

A. I. Nº - 117227.0013/06-6
AUTUADO - RETICÊNCIAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - ROQUE PEREIRA DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 02.10.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0330-04/09

EMENTA: ICMS. 1. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente comprovada. **2.** DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação tributária estadual determina que os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. O não atendimento resulta na aplicação da multa de 5% do valor da operação ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento nas situações em que está obrigado. Infração comprovada. Aplicado o princípio da retroatividade benigna previsto no artigo 106, II, “c” do Código Tributário Nacional - CTN, reduzindo o percentual da multa aplicada de 5% para 2%, prevista no art. 42, XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, de acordo com a nova redação dada pela Lei nº 10.847/07, por ser mais benigna. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 29/09/2006, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 51.412,64, em razão de:

Infração 01 - omissão de saídas de mercadoria tributada, valor da infração de R\$ 51.056,76, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Infração 02 - emitiu outros documentos fiscais em lugar daqueles decorrentes do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Valor da infração, R\$ 355,88.

O autuado, às folhas 21 a 28 ao impugnar o lançamento tributário, inicialmente diz que a verdade não foi observada pela ação fiscalizadora, que se utilizou da multa, no item 01 do Auto de Infração, com efeito confiscatório. Discorre sobre o princípio tributário geral da proibição de

utilização de tributo com efeito confiscatório, citando doutrina de direito tributário, jurisprudência do STF.

Quanto à Infração 01, diz que não houve omissão de saída de mercadorias tributáveis e sim erro das administradoras de cartão de crédito. Observa que analisando o faturamento mensal da empresa nos meses autuados, chega-se à conclusão de que os valores apresentados pelas administradoras são completamente díspares da realidade, no que acosta demonstrativo de débito elaborado e assinado pelo profissional que responde pela contabilidade da empresa autuada, fl. 35, onde diz constar o valor do faturamento mensal da mesma (meses de janeiro a maio de 2006), o valor das vendas efetuadas com cartão de crédito e/ou débito, e o valor informado pelas administradoras, do qual decorreu a equivocada lavratura do presente Auto de Infração.

Quanto à Infração 02, diz que o autuado somente emitiu documento fiscal diverso, porque ficou impedido, por força maior, qual seja queda de energia elétrica, de emití-lo através de cupom fiscal - ECF. Alega que a emissão de documento fiscal diverso não causou nenhum prejuízo aos cofres públicos da Fazenda Estadual, desde quando o imposto foi lançado, recolhido e, ainda, houve a emissão de documento fiscal, embora tenha sido nota fiscal de talonário e não máquina ECF.

Ao finalizar, requer a improcedência ou a procedência parcial da autuação com a redução da multa do item 01 do Auto de Infração ao percentual considerado legal, qual seja de 30%.

O auditor autuante, fls. 37 a 39, ao prestar a informação fiscal, diz que inicialmente não lhe cabe discutir o percentual da multa aplicada à Infração, uma vez que tem origem em Lei. Quanto às alegações do contribuinte de possibilidade de erro nos valores informados pelas Administradoras de Cartão, diz não ter nenhum embasamento legal, não tendo o autuado em nenhum momento apresentado prova material dessa possibilidade, restando somente a comprovação da omissão de receita praticada pelo contribuinte.

Frisa que o autuado entra em contradição quando apresenta o demonstrativo de débito, fl. 35, pois, fica clara e comprovada a existência de omissão de receita. Não obstante essa análise, diz não considerar o demonstrativo apresentado, posto que, tem aplicação de um percentual fixo e aleatório de 93% sobre o total da receita declarada e considera este valor como se fora venda em cartão, apresentando um valor devido de R\$ 21.879,25.

Quanto à Infração 02, observa que os argumentos apresentados na peça defensiva, não surtem efeito prático, pois, o contribuinte não apresentou nenhuma prova material sobre a ocorrência das suas alegações de “falta de energia elétrica”, não constando em seu livro Registro de Termos de Ocorrências e Utilização de Documentos Fiscais, registro sobre esse fato.

Argumenta que o pedido de improcedência não tem fundamento legal e quanto à multa destacada na Infração 01 de 70%, tem previsão de desconto de 80% se pago o crédito tributário no prazo de 20 dias da ciência do contribuinte, o que equivale dizer que é uma redução superior ao requerido pelo autuado.

Esclarece que em 14 de junho de 2007, intimou o contribuinte, fl. 40, a apresentar um demonstrativo detalhado vinculando o cupom fiscal à operação de cartão de crédito/débito correspondente, para que, mediante análise, pudesse apurar o imposto devido ao erário público.

Em novembro de 2007, recebeu do contribuinte os demonstrativos intimados e assim constituídos, fls. 41 a 84 do PAF: planilha 01, com dados sintetizados mês a mês; planilha 02, com operações analíticas diárias, totalizando mês a mês as operações; cópias de diversos cupons fiscais vinculados a operações de cartão de crédito/débitos referentes aos meses de janeiro a junho/06, fls. 85 a 136 do PAF.

Conclui que reconhece a existência de redução do imposto inicialmente cobrado no valor de R\$ 51.056,76, para o valor de R\$ 35.352,65, de acordo com os demonstrativos que anexa ao PAF.

Ao finalizar, opina pela procedência parcial do PAF, no valor total de R\$ 35.708,53, de acordo com os seguintes valores: Infração 01 –R\$ 35.352,65; Infração 02 –R\$ 355,88.

O autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal e do novo demonstrativo, fl. 139, porém não se manifestou.

À fl. 142, a Coordenação Administrativa do CONSEF, devolveu o PAF à INFAZ de origem solicitando que o autuante juntasse o Relatório Diário Operações TEF do período fiscalizado, entregasse ao autuado este Relatório, reabrindo o prazo de defesa, de 30 dias, para a defesa fazer o confronto dos valores informados pelas Administradoras de cartão de crédito com o lançado no ECF, no que foi atendido à fl. 150.

O auditor autuante, em nova informação fiscal, fls. 146 e 147, em cumprimento ao despacho da Coordenação Administrativa do CONSEF, diz que acosta ao PAF os relatórios solicitados, apesar da sua inutilidade processual, uma vez, com o objetivo de gerar a Informação Fiscal inicial, fls. 37-A a 39, intimou o contribuinte, fl. 40, a apresentar um demonstrativo detalhado e vinculando o cupom fiscal à operação de cartão de crédito/débito correspondente, no período de janeiro de 2006 a junho de 2006. Atendendo a intimação a empresa apresentou relatórios, constante às folhas 41 a 84 em cujo resumo reconhece o montante devido de R\$ 35.352,65.

A fl. 150 consta recebimento do contribuinte do relatório TEF, sendo intimado sobre a reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias, atendendo as determinações do CONSEF, entretanto o autuado não se manifestou.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multa em decorrência de 02 duas infrações.

Inicialmente, em relação a argüição de inconstitucionalidade da multa aplicada, sob a alegação defensiva de que seria confiscatória, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Quanto ao pedido de redução da multa de 70% para 30%, não acato por falta de previsão legal, pois o art. 158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte, pois a referida infração 01 trata de omissão de saída de mercadoria tributada, ou seja, falta de pagamento do ICMS, obrigação principal. Assim entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.

No mérito, na infração 01 é imputado ao autuado a omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administrativa de cartão de crédito.

Observo que o levantamento realizado pela autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte com vendas realizadas com cartão de crédito e/ou débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão do art. 4º, § 4º, VI da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

....

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de

declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”

Em sua defesa o sujeito passivo alegou que houve erros no levantamento fiscal, pois os valores informados pelas administradoras são diferentes dos dados levantados por ele.

Durante o período para prestar sua informação fiscal, o autuante, intimou o sujeito passivo, fl. 40, para que fosse apresentado um demonstrativo vinculando o cupom fiscal à operação de cartão de crédito/débito correspondente, no período de janeiro de 2006 a junho de 2006.

Atendendo a intimação a empresa apresentou relatórios, constante às folhas. 41 a 84 em cujo resumo reconhece o montante devido de R\$ 35.352,65.

Analisando os documentos apresentados pela empresa, o auditor autuante, reconheceu a pertinência da alegação defensiva, aduzindo que o sujeito passivo, após intimado durante o período da informação fiscal inicial, demonstrou o vínculo existente entre o cupom fiscal e o valor da operação com cartão de crédito/débito, no período objeto da autuação, tendo refeito o levantamento fiscal, o qual resultou na redução da autuação. Por essa razão, acolho o demonstrativo de débito revisado pelo autuante quando da informação fiscal, folha 41, onde constam os valores dos débitos remanescentes.

Assim, entendo que a infração 01 restou parcialmente caracterizada no valor R\$ 35.352,65, conforme abaixo:

MÊS /ANO	ICMS DEVIDO
JAN/06	3.994,30
FEV/06	3.961,41
MAR/06	5.843,37
ABR/06	8.395,56
MAI/06	5.938,41
JUN/06	7.219,60
TOTAL	35.352,65

Na infração 02 é imputado ao autuado a emissão de outro documento fiscal em lugar do uso de Equipamento de Controle Fiscal nas situações em que está obrigado, sendo aplicada a multa de 5% sobre as operações.

O autuado diz reconhecer a infração, porém argumenta que jamais deixou de cumprir com suas obrigações no que tange ao pagamento do imposto e que a não utilização do ECF foi em decorrência de falta de energia elétrica, sem apresentar nenhuma prova da ocorrência. Ressalto que o artigo 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Observe que a infração encontra-se embasada nas planilhas, onde o autuante especifica as datas, números e valores das notas fiscais emitidas no lugar dos cupons fiscais.

Entretanto, entendo que deva ser aplicado o princípio da retroatividade benigna previsto no artigo 106, II, “c” do Código Tributário Nacional - CTN, reduzindo o percentual da multa aplicada de 5% para 2%, prevista no art. 42, XIII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, de acordo com a nova redação dada pela Lei nº 10.847/07, por ser mais benigna.

Logo, a infração 02, com a redução do percentual da multa para 2%, fica reduzida para R\$142,35 conforme abaixo:

DATA OCORR	BASE DE CÁLCULO	MULTA DEVIDA DE 2%
31/1/2006	1.560,00	31,20
28/2/2006	965,00	19,30
31/3/2006	3.638,70	72,77
30/4/2006	655,00	13,10
31/5/2006	299,00	5,98
TOTAL		142,35

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 117227.0013/06-6, lavrado contra **RETICÊNCIAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$35.352,65**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$142,35**, prevista no art. 42, XIII-A, “h” da mesma lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de setembro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR