

A. I. N.º - 157064.0051/06-3
AUTUADO - MULTIMÍDIA NEWS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS OLIVEIRA FERREIRA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 03.11.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0336-02/09

EMENTA: ICMS. 1. 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 tributáveis sem pagamento do imposto devido. Caracterizada a infração. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ESTABELECIMENTO USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE VENDA A CONSUMIDOR CONCOMITANTEMENTE AO USO DO EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir notas fiscais de venda a consumidor, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, ou por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal. Excluída a exigência relativa ao período em que o autuado demonstrou que o equipamento encontrava-se sob intervenção. Adequação da penalidade a redação atual do art. 42, XIII-A, “h”, por retroatividade benéfica, art. 106 do CTN. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2006, imputa ao sujeito passivo a cometimento de duas infrações, conforme segue:

Infração 01 - omissão de saída de mercadoria tributada por meio de levantamento de venda com pagamento através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito/débito. ICMS no valor de R\$18.357,86, multa de 70%;

Infração 02 – emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente de uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Multa no valor de R\$6.780,85.

O autuado, às fls. 23 e 24 dos autos, apresenta a impugnação ao lançamento, argumentando, em relação à infração 01, que auferiu, também, receitas de prestação de serviços, cujas notas fiscais no total de R\$51.638,50, não foram deduzidas da base de cálculo do para apuração do imposto reclamado, conforme planilha que relaciona às fls. 23 e 24.

Pede a procedência parcial do auto de Infração.

O autuante, às fls. 72 e 73 dos autos, apresenta a informação fiscal, argüindo que o autuado deveria comprovar que os pagamentos das prestações de serviços relativos às notas fiscais

apresentadas foram efetuados por meio de cartão de crédito/débito, pois só assim poderia reduzir-los dos valores exigidos.

A 1ª JJF, solicita a entrega do Relatório Diário das Operações TEF ao autuado, com a reabertura do prazo de 30 dias para se manifestar. Tal solicitação só foi atendida em 10/09/2008, conforme consta à fl. 388 dos autos.

O autuado, às fls. 138, volta a se manifestar, afirmando que, em relação à infração 01, a planilha objeto da apuração fiscal esta desajustada ao real montante comercializado pelo autuado; 1 - tendo em vista que as vendas arroladas com saídas por ECF-1 estão divergentes do valor real; 2- as vendas tidas como saídas das notas fiscais D-1, em verdade são dos talonários modelo – 1; 3 – as vendas constantes das notas fiscais modelo 2 D-1, não constam da referida planilha; 4 – as vendas de serviços, igualmente, não foram incluídas na já referida planilha.

Assim, apresenta, à fl. 142, planilha analítica do movimento diário das vendas pelo ECF-1, onde consta mês a mês e data, os cupons, GT e o valor total das vendas. Informa, ainda, que deixa de junta os cupons leitura “Z”, por não haver sido devolvidos pelo autuante.

Informa, ainda, que das planilhas analíticas elaboradas pelo autuante, esta aproveitando os valores levantados, nota fiscal D-1, uma vez que apenas divergem na verdade o modelo das notas que, ao contrario das D-1 como indicado, são de notas fiscais modelo-1. Afirma que, igualmente, os talonário não foram devolvidos.

Aduz, também, que o autuante deixou de constar as vendas com notas fiscais de prestação de serviços, acostando cópia das mesmas.

Assegura que não foram apresentadas as vendas efetuadas junta as Administradoras de Cartões.

Em relação à infração 02, afirma que a multa foi calculada sobre R\$135.017,20, entendendo que não cabe tal base de cálculo.

Afirma que as notas fiscais arroladas como D-1, em verdade são notas fiscais modelo-1 e as notas fiscais D-1, que o autuante não pegou, foram emitidas quando o ECF apresentou defeito em 23 de janeiro a 02 de março, quando foi concluído o reparo, conforma atestado de intervenção (docm. 12), fazendo referencia ao § 2º do art. 238 do RPAF.

Apresenta planilha relativa às vendas efetuadas a partir de 03/03/2006, após o encerramento do atestado de intervenção, totalizando R\$1.219,90, calculando a multa de R\$60,99.

Requer, por fim, que seja exigido o valor do ICMS de R\$ 6.553,44, relativo à infração 01 e a multa de R\$ 60,99, relativa à infração 02, totalizando R\$ 6.613,43.

O autuante, às fls. 384 e 385, volta a se manifestar, informando que reconhece os valores argüidos pelo autuado relativos à infração 01 e, em relação à infração 02, efetua, às fls. 385, novos demonstrativos, para prevalecer a exigência da multa no valor de R\$6.179,47, com base de cálculo de R\$ 123.589,49, reduzindo o valor que era originalmente de R\$6.780,85, pois após os ajuste às fls. 385 (demonstrado com cálculos detalhado pelo autuante), efetuados pelo mesmo o autuado não mais se manifestou, apesar da ciência e reabertura do prazo de defesa.

Às fls. 398 dos autos, a 1ª JJF, encaminha os autos para que seja intimado o autuado para informara a relação entre as operações do Relatório TEF, diário por operações e as vendas efetuadas através das notas ficais constantes de sua planilha às fls. 225 dos autos. O autuante, à fl. 401, informa que foi dado ciência ao autuado em relação à sua última informação fiscal, com reabertura de prazo para a defesa, o mesmo não mais se manifestou.

Desse modo, mantém a presente exigência.

VOTO

O presente lançamento de ofício traz a imputação ao sujeito passivo a cometimento de duas infrações, conforme segue: Infração 01 - omissão de saída de mercadoria tributada por meio de levantamento de venda com pagamento através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito/débito; Infração 02 – emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente de uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

Preliminarmente, não ficou demonstrado haver divergências dos valores constantes das planilhas e o faturamento do autuado, pois os valores ali constantes são informados pelas administradores, relativas às vendas através de cartões e os respectivos documentos fiscais emitidos relativas às aludidas vendas. Não ficou demonstrado, também, que o autuado não dispunha dos documentos necessários para a sua defesa, haja vista que lhe foram entregues os relatórios TEFs, individual por operações, bem como não há elementos para comprovar que o mesmo não dispunha de qualquer documento fiscal para o exercício do seu direito de ampla defesa.

Verifico, em relação à infração 01, que o autuado não apresentou em sua defesa ou mesmo demonstrou que os valores constantes nas reduções “Z” ou das notas fiscais apontadas, inclusive prestações de serviços que alega existirem, são concernentes às operações com cartões de créditos ou débitos, necessitando, para tanto, que apontasse a coincidência entre os valores e datas dos aludidos registros individualizados do relatório TEF e as aludidas notas e reduções “Z” (cupons fiscais).

Vale ressaltar, quanto aos demais dados constantes da planilha original, que o autuado acolhe a planilha às fls. 386, em que o autuante ajusta os valores devidos, incluindo uma redução “Z” maior do que a original, tendo em vista os argumentos do autuado, ratificando, portanto, os valores nela constantes (planilha à fl. 386) relativos à planilha original, constante à fl. 10 dos autos. Essas considerações são para demonstrar que o autuado ratifica os dados constantes da planilha original.

Cumpra, assim, considerar procedente a infração 01, em seus valores originais.

Cabe, contudo, representar à Inspetoria de Origem, para realizar, em relação à infração 01, uma nova ação fiscal, visando apurar a existência de créditos tributária não exigidos, tendo em vista que tanto as reduções Z, como as notas fiscais ora utilizadas para deduzir do total informado pelas administradoras de cartões, da presente exigência tributária, não consta a demonstração que se referem às vendas através de cartões de créditos e débitos, indicando a visível possibilidade de não se referirem a tais vendas, principalmente em relação às notas fiscais, pois foram deduzidas de forma sequencial, em sua totalidade. Assim, no presente caso, o ICMS poderá ter sido reclamado em valores menores do que os efetivamente o devidos.

Quanto à segunda infração, verifico que o autuante, com base nos novos valores de faturamento trazidos pelo autuado aumentou o valor das vendas com notas fiscais, alvo dessa exigência, não cabendo tal inclusão, pois não faz parte da imputação do lançamento do crédito tributário constante do presente Auto de Infração.

Resta, portanto, os ajustes para excluir os valores relativos ao período em que efetivamente o equipamento encontrava-se sob intervenção, ou seja, 16/02/2006 a 02/03/2006. As notas fiscais emitidas concernentes ao aludido período de intervenção são apenas as relacionadas nos demonstrativos, às fls. 11 e 13, no valor total de R\$19.164,00, que, por sua vez, é exatamente o valor constante do demonstrativo de débito da infração 02, que faz parte do Auto de Infração, com ocorrência em 28/02/2006. Tal valor, assim, fica excluído da exigência constante dessa Infração.

Ocorre, entretanto, que em relação à penalidade aplicada na infração 02, vigia, à época em que foi lavrado o Auto de Infração, a redação do art. 42, XIII-A, aliena “h”, da Lei 7014/96, que determinava, nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de

sistema eletrônico de processamento de dados, a aplicação da multa de 5% (cinco por cento) 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. A redação atual desse dispositivo, porém, foi dada pela Lei 10.847, de 27/11/2007, DOE de 28/11/2007, com efeito a partir de 28/11/2008, conforme segue:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou sistema eletrônico de processamento de dados:

...

h) 2% (cinco por cento) do valor da operação ou prestação de serviço ao contribuinte obrigado ao uso de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento;”

Assim, fica modificada a penalidade aplicada para 2% do valor da operação ou prestação de serviço ao contribuinte, em conformidade com a nova redação dada ao art. 42, XIII-A, alínea “h”, da Lei 7014/96, amparado no que dispõe a alínea “c”, II, do art. 106 do CTN, a seguir reproduzido:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

...

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

...

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

Diante das considerações, acima alinhadas, cabe redução da multa por força da nova lei, passando de 5% pra 2%, conforme indica, a seguir, o demonstrativo de débito ajustado:

Débito	Ocorrência	Vencimento	B. Cálculo	Multa	Val. Histórico/Julgado (R\$)
2	31/1/2006	9/2/2006	13.940,00	2%	278,80
2	31/3/2006	9/4/2006	10.768,00	2%	215,36
2	30/4/2006	9/5/2006	45.951,50	2%	919,03
2	31/5/2006	9/6/2006	28.775,50	2%	575,51
2	30/6/2006	9/7/2006	17.018,20	2%	340,36
TOTAL					2.329,06

Quanto à nova solicitação de diligência, efetuada pela 1ª JJF, realmente se mostrou desnecessária, pois o autuado apesar das inúmeras oportunidades que teve ao se manifestar nos autos, inclusive após receber o Relatório TEF às fls. 388, com reabertura do prazo de defesa de 30 dias, não trouxe o cotejamento das notas que indicasse se tratarem de operações com cartões de créditos/débitos.

Considero subsistente a infração 01 e parcialmente subsistente a infração 02.

Isso posto, voto pela **PROCÊDENCIA PARCIAL** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **157064.0051/06-3**, lavrado contra **MULTIMÍDIA NEWS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.357,86**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III,” da Lei nº 7.014/96, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.329,06**, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR