

PROCESSO - A. I. N° 178891.0008/05-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - N.Q. BAHIA COMÉRCIO DE SUPLEMENTOS NUTRICIONAIS LTDA. (NATURAL
QUALITY STORE)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2º JJF nº 0029-02/10
ORIGEM - INFAS VAREJO (IGUATEMI)
INTERNET - 18/03/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0033-12/2011

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELAS OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO E OS VALORES LANÇADOS NAS LEITURAS REDUÇÕES Z – ECF - DO CONTRIBUINTE. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Após diligência saneadora foi reduzido o valor do imposto exigido. Mantida a Decisão recorrida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO EM LUGAR DO CUPOM FISCAL. MULTA. Foram emitidas, em lugar do Cupom Fiscal, a que estava obrigado, notas fiscais de venda a consumidor. Apesar de não acolhido o pedido de cancelamento ou redução das multas aplicadas, relativas à infração, pelos motivos trazidos pelo autuado, coube redução da mesma por força da nova lei que alterou a multa de 5% para 2%. Infração não elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0029-02/10, ter desonerado em parte o sujeito passivo do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, § 2º, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2005, imputa ao contribuinte o cometimento das seguintes irregularidades:

1. omissão de saídas de mercadorias tributáveis, 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2003 e janeiro a dezembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$38.230,07, acrescido da multa de 70%;
2. emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, nas situações em que está obrigado, referente aos meses de julho a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, sendo exigida a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$9.960,48.

Após diversas diligências saneadoras, inúmeras intervenções da empresa autuada nos autos e da aceitação, pelo autuante, de diversos documentos apresentados pelo sujeito passivo tributário, a 2ª JJF pronuncia a seguinte Decisão:

O Auto de Infração em lide atribui ao contribuinte o cometimento de irregularidades decorrentes de: Infração 01- omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas 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, sendo exigido o correspondente ICMS devido; Infração 2- emissão de outro documento fiscal, em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, nas situações em que está obrigado, sendo exigida a multa por descumprimento de obrigação acessória.

Do exame das peças processuais, rejeito as arguições de nulidades, em relação à infração 01, trazidas pelo Autuado, pois o relatório TEF por operação diária foi devidamente entregue em meio magnético ao Autuado, conforme atesta o seu recebimento à fl. 97 dos autos, não restando dúvidas quanto à legitimidade e perfeita clareza de suas informações, conforme contesta o Autuado, em sua manifestação à fl. 1470, quando solicita a juntada de novos documentos, tendo em vista o grande volume de operações, que, segundo ele, “podem ser comprovadas pelas planilhas do RELATÓRIO DIÁRIO OPERAÇÕES TEF, enviado pelo autuante”.

Em relação à infração 02, também não acato os argumentos de nulidade, tendo em vista que indicação do inciso II do art. 824-D, para tipificar a infração não trouxe nenhum dano ao direito de ampla defesa e do contraditório, pois ficou claro, com a descrição dos fatos e o próprio conteúdo do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7014/96, que fixa a multa, a infração imputada ao Autuado, ou seja, “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” (grifo nosso). O Autuado não pode desconhecer tal exigência e tanto é que cumpre a obrigação de utilizar o equipamento de controle fiscal (ECF), contida no ART. 824-B, inclusive no que determina o seu § 2º, conforme segue:

“Art. 824-B. 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.

....

§ 2º Os contribuintes enquadrados no Cadastro de Contribuintes do ICMS na condição de microempresa, cuja receita bruta anual tenha sido superior a R\$ 144.000,00 (cento e quarenta e quatro mil reais), deverão passar a utilizar o ECF a partir do 1º dia do ano seguinte.”

É importante salientar que sabedor com precisão da infração 02, a ele imputada, reclama, inclusive, a exclusão da penalidade com base no inciso II do art. 238. Arguição que será melhor avaliada quando da análise do mérito.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência, pois, além de já terem sido efetuadas inúmeras e exaustivas diligências, para o devido deslinde das controvérsias trazidas pelo Autuado - especialmente as várias apresentações de documentos -, os elementos existentes no processo já são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas.

O Autuado, em suas manifestação, às fls. 72 a 86; 102 a 112; 222 a 224; 235; 757; 14467, alega exiguidade de tempo para apresentação de documentos fiscais (boletos de cartões de créditos/débitos e cupons fiscais), entretanto teve o período entre 06/07/2005, quando tomou ciência do Auto de Infração e 19/09/2007, quando apresentou os últimos documentos fiscais às fls. 1469 dos autos, portanto, mais de dois anos.

Atendendo as solicitações da 5ª e da 1ª JJF, através do pedido de diligência, o autuante efetuou as devidas exclusões de seus demonstrativos dos valores exigidos, exclusivamente em relação às operações constantes do Relatório TEF, para as quais o Autuado apresentou os respectivos boletos e cupons fiscais que coincidiram em valores e datas.

Após diversos ajustes, já relatados, com inúmeras diligências, após o autuado apresentar novos cupons fiscais e boletos de cartões, o autuante, à fl. 2382, informa que acatou as notas fiscais apresentadas pelo autuado, elaborando nova Planilha de Apuração do exercício de 2003, bem como um Demonstrativo das Notas fiscais acatadas às fls. 2384 a 2405.

Anexa Planilha Comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito, à fls. 2383, indicando mês a mês os valores ajustados, totalizando o valor devido da infração 01 em R\$20.477,42.

O autuado toma ciência da conclusão da diligência, bem como os documentos a ela inerentes, com reabertura de prazo de 10 dias para sua manifestação, conforme documentos às fls. 2413 a 1415, não mais se manifestando.

No que diz respeito à reclamação quanto ao tratamento adotado pelo autuante no cálculo do imposto, observo que não assiste razão à defesa, pois apesar de estar enquadrado no SimBahia, ante a constatação da omissão de saídas de mercadorias relativas à infração apontada, o imposto deve ser calculado pelos mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, conforme previsão do artigo 408-S, do RICMS/97, com a aplicação da alíquota de 17%.

Sendo assim, a infração 01 é parcialmente subsistente, conforme demonstrativo à fl. 2383, totalizado o crédito tributário em R\$20.477,42.

Não obstante a infração 02, a arguição de que a exigência da infração 01 absorve a multa aplicada na infração 02, não cabe acolhimento, pois uma não decorre da outra, a primeira decorre da falta de emissão de documentos fiscais para amparar as vendas através de cartões de créditos/débitos, ao passo que a infração 02, exige a multa por emissão de outros documentos fiscais em substituição ao cupom fiscal a que estava obrigado Autuado.

Reclama, o Autuado, a exclusão da penalidade imposta na infração 02, com base no que dispõe o II do art. 238 do RICMS/BA. Esquece, todavia, de mencionar o alinhado no §1º do aludido dispositivo, que obriga a emissão do cupom fiscal, mesmo sob a exigência do consumidor para emitir a nota fiscal, conforme segue:

Art. 238. O contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitirá o Cupom Fiscal, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou o Bilhete de Passagem por meio deste equipamento, nas operações ou prestações destinadas a não contribuinte do ICMS, observada a natureza da operação ou prestação, podendo também ser emitido, em relação a mesma operação e/ou prestação:

I - a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, se a Legislação Federal dispuser desta forma;

II - a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, quando houver solicitação do adquirente dos bens.

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos I e II, a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF, deverá ser anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual serão consignados o número sequencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.

A defesa, em relação à infração 02, argui suposta inconstitucionalidade da multa exigida. O inciso V, do art. 97, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), determina que a Lei pode fixar a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos ou para outras infrações nela definidas. Aplicou o autuante a multa previstas na alínea "h", inciso XIII do art. 42 da Lei nº 7.014/96, em ajustada cominação com o descumprimento da obrigação tributária descrita.

É importante lembrar que o art. 150, IV da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Alinho meu entendimento ao da Professora Mizabel Derzi - em notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar", 7ª edição, à fl. 519, quando afirma que o referido dispositivo constitucional não impede, entretanto, a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode albergar, no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco, o contribuinte omisso que trouxe danos ao fisco, prejudicando os superiores interesses da coletividade.

Ademais, este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Quanto ao pedido de redução das multas por descumprimento de obrigações acessórias não ficou demonstrado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo e que não tenham implicado em falta de recolhimento de tributo, razão pela qual voto pela sua não redução.

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 nº 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 nº 7014/96, amparado no que dispõe a alínea "c", II, do art. 106 do CTN, a seguir reproduzido, tendo em vista que os fatos geradores ocorreram nos exercícios de 2003 e 2004:

"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, apesar de não acolher o pedido de cancelamento ou redução das multas aplicadas, relativas à infração 02, pelos motivos expostos pelo autuado, cabe redução da mesma por força da nova lei, passando de 5% pra 2%, conforme indica, a seguir, o demonstrativo de débito ajustado:

Assim, cabe a procedência parcial da infração 01, em seus valores, acima indicados, bem como a procedência parcial da infração 02, conforme demonstrativo acima alinhado.

.....
Voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração.

Recorreram de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, "a", 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Em 31/05/2010, o recorrente recolhe o débito do imposto conforme decidido pela 2ª JJF com os benefícios da Lei nº 11.908/2010 (fls. 2446/2453).

VOTO

O lançamento fiscal, e motivador do Recurso de Ofício, diz respeito a duas infrações cometidas pela empresa autuada, ou seja, omissão de saídas de mercadorias tributáveis, 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 e a emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, nas situações em que está obrigado.

Não merece reparo a Decisão recorrida.

Todos os questionamentos apresentados nesta lide em relação à infração 1 foram de ordem puramente material. A empresa, em diversas intervenções no PAF, apresentou documentos (boletos de cartões com os respectivos documentos fiscais) que desconstituíram parcialmente a infração a ela imputada. O próprio autuante analisou a documentação apensada aos autos e refez o demonstrativo de débito, passando o valor originalmente exigido de R\$38.230,07 para R\$20.477,42. Chamada para tomar conhecimento da modificação do débito realizado, a empresa restou silente (fls. 2413/2414). Acertadamente, a 2ª JJF o acatou e decidiu pela procedência parcial da autuação.

No que concerne à infração 2, diante da alteração ocorrida na redação do art. 42, XIII-A, alínea "h", da Lei 7.014/96, dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/2007, DOE de 28/11/2007, com efeitos a partir de 28/11/2008, a JJF diminuiu o valor da multa aplicada que passou do percentual de 5% para 2%, conforme demonstrativo de débito apresentado por aquela instância e com amparo no que dispõe a alínea "c", II, do art. 106 do CTN, tendo em vista que os fatos geradores ocorreram nos exercícios de 2003 e 2004.

O contribuinte, após julgamento proferido pela 1ª Instância deste Colegiado, recolhe o tributo, conforme decidido, com os benefícios da Lei nº 11.908/2010 (fls. 2446/2453).

Em assim sendo, comungando com o entendimento expedido pela 2^a JJF, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida em sua totalidade. Solicita-se ao órgão competente desta Secretaria de Fazenda a homologação dos valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **178891.0008/05-5**, lavrado contra **N.Q. BAHIA COMÉRCIO DE SUPLEMENTOS NUTRICIONAIS LTDA. (NATURAL QUALITY STORE)**, devendo o recorrido ser cientificado desta decisão e os autos encaminhados à repartição de origem para fim de homologação dos pagamentos efetuados com os benefícios da Lei nº 11.908/2010 e posterior arquivamento do processo.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS