

A. I. Nº - 206921.0024/06-0  
AUTUADO - MERCADINHO OLIVEIRA CONI LTDA.  
AUTUANTE - MARCUS VINÍCIUS BADARO CAMPOS  
ORIGEM - INFRAZ ATACADO  
INTERNET - 22.08.2007

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF Nº 0235-02/07**

**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. 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. Infrações comprovadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2006, para constituir o crédito tributário no valor de R\$8.728,61, em razão de:

1- 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, com ICMS devido no valor de R\$8.315,47.

2- Multa no valor de R\$413,14, imputando ao autuado a acusação de emitir outro documento fiscal em lugar do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

O autuado, às folhas 31/59, impugnou o lançamento tributário, inicialmente informando que a impugnação encontra-se acompanhada de: 01- Demonstrativo das entradas de mercadorias através de notas fiscais por alíquota e por tipo de tributação, referente aos meses de janeiro a junho de 2006; 2- Demonstrativo comparativo de vendas com o cálculo do ICMS devido através da aplicação do princípio da proporcionalidade; 03- cópia de notas fiscais de aquisições de mercadorias isenta; 4- cópias de notas fiscais de aquisições de mercadorias que sofreram tributação pelo regime de substituição tributária e/ou Antecipação Tributária; 5- cópias de notas fiscais de aquisições de mercadorias cuja base de cálculo sofre redução quando das suas saídas e

notas fiscais de aquisições de mercadorias que fazem parte da cesta básica; 6- cópia de DAE's referente ao ICMS SimBahia e 7- cópia por amostragem de notas fiscais série D-1 emitidas no período de janeiro a junho/2006.

Diz que o estabelecimento está localizado em um bairro da periferia da cidade de Salvador e atua no ramo varejista de produtos alimentícios, onde a maioria dos produtos não sofre tributação nas saídas por estarem incluídos no art. 14 do RICMS/97, como isentos, outros enquadrados no regime de substituição tributária, com ICMS pago na entrada, outros produtos com alíquota de 7%, cesta básica e outros com base de cálculo reduzida (óleo de soja, açúcar, vinagre e charque).

Argumenta que o roteiro aplicado é inadequado, pois 50,42% de suas vendas são de produtos isentos e não tributados, transcrevendo trechos dos Acórdãos JJF nº 0095-02/05, CJF nº 0203-11/05, JJF nº 0023-02/05, JJF nº 0029-02/05, JJF nº 0249-03/05, JJF nº 0052-04/05 e JJF nº 0882-04/05.

Aduz que apresenta demonstrativo que apura o valor real da diferença e também mostra que grande parte das mercadorias comercializadas são isentas ou não sofrem tributação quando das suas saídas. Entende que a pretensão do autuante é nula, por não ter procedência, nem a mínima condição de prosperar, pois o autuante acusou o autuado por presunção, mas, não tem a prova material para comprovar a infração.

Ressalta que o CONSEF vem aceitando, recentemente, durante os julgamentos realizados, a aplicação do princípio da proporcionalidade, mediante o Acórdão CJF nº 0291-12/06, requerendo que seja adotado o mesmo procedimento para o caso em tela.

Em relação à infração 02, diz que a mesma não existe, pois o autuante não emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, simplesmente por que não existia ECF instalado no estabelecimento.

Aduz que a Secretaria da Fazenda desenquadrou o estabelecimento de Microempresa 1 para Microempresa 2 e não lhe comunicou este fato. Logo, tinha conhecimento do fato e da conseqüente obrigação de passar a utilizar ECF. Informa que durante o período fiscalizado, somente emitiu notas fiscais série D1 e não houve emissão de documento fiscal inidôneo. Ainda que tivesse sido comunicado do desenquadramento (o que não aconteceu) a infração cometida pelo mesmo seria de não ter passado a utilizar ECF no seu estabelecimento até o sexagésimo dia daquele em que ficar configurada a situação prevista no artigo 824 do RICMS.

Argumenta que a acusação fiscal contém todos os requisitos para ser julgada nula. Não entendendo dessa forma Junta de Julgamento, requer que seja considerada como infração o fato de não ter passado a utilizar o ECF no prazo determinado, conforme previsto no artigo 824 do RICMS/97. Como a infração seria de descumprimento de obrigação acessória, não tendo penalidade prevista em Lei, solicita que seja aplicada a multa prevista no artigo 915, XXII, correspondente à R\$ 50,00, transcrevendo trechos dos ACORDÃOS: JJF Nº0049-02/05; CJF Nº 0167-12/05; CJF Nº0197-12/05; CJF 0198-12/05 e CJF Nº 0206-12/05.

Prosseguindo, assevera que a multa aplicada tem a natureza confiscatória, citando doutrina sobre o tema.

Ao finalizar, requer que, caso não seja acatado o pedido de nulidade ou que o autuante aplique a proporcionalidade em relação às entradas, seja julgada improcedente e seja aplicada a redução da multa da infração 02.

O autuante, à fl. 307, ao prestar a informação fiscal, aduz que cabe ao CONSEF determinar se há necessidade de se aplicar a proporcionalidade requerida pelo autuado.

Em relação a infração 02, frisa que o autuante não especificou qualquer irregularidade acerca do levantamento realizado na ação fiscal.

Ao finalizar, opina pela manutenção integral da autuação.

## 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.

Na infração 01 é imputado ao autuado a 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 valor 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 como vendas realizadas como cartão de crédito e/ou débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas 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. 2º, §3º, VI do RICMS/97, *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.” (Grifo nosso)*

O pedido de nulidade do autuado sob a alegação de ter o autuante utilizado de presunção, não pode ser acolhido uma vez que se trata de uma presunção legal, conforme acima transcrita.

O argumento defensivo de que 50% de suas vendas são de mercadorias isentas e com tributação antecipada, não é capaz de elidir a acusação, uma vez que a presunção prevista na Lei 7.014/96 é de que o autuado omitiu saídas de **mercadorias tributáveis**, não prevendo a aplicação de nenhuma proporcionalidade, sendo este o entendimento dominante deste Conselho de Fazenda.

Logo, entendo que a infração em tela restou caracterizada.

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 impugnou a infração alegando que não foi informado do seu desenquadramento de microempresa 1 para microempresa 2, razão pela qual não sabia que estava obrigado a utilizar o ECF. Na Informação Fiscal o autuante não contestou essa alegação defensiva.

Apesar do autuante não ter contestado essa alegação, ela não é capaz de elidir a autuação, uma vez que é obrigação do contribuinte comunicar a Secretaria da Fazenda a alteração da faixa de enquadramento, sempre que a receita bruta exceder aos limites estabelecidos no art. 384-A do RICMS/97, conforme determinação contida no artigo 404-A, inciso II, alínea “b” do citado regulamento.

Assim, era obrigação do autuado ter comunicado a SEFAZ sua alteração de faixa, como o autuado não atendeu a determinação legal, a Administração Tributária adotou a medida prevista no artigo 404-A do RICMS/97. Portanto, não cabe a alegação do autuado.

Assim, a infração 02 deve ser mantida.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206921.0024/06-0, lavrado contra **MERCADINHO OLIVEIRA CONI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$8.315,47, 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\$413,14, prevista no art. 42, XIII-A, “h” da mesma lei, e dos acréscimos moratórios conforme estabelecido pela Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2007.

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR