

A. I. Nº - 206921.0017/06-4  
AUTUADO - J. J. UNIÃO COMÉRCIO LTDA.  
AUTUANTE - MARCUS VINICIUS BADARO CAMPOS  
ORIGEM - INFRAZ ATACADO  
INTERNET - 16/08/2007

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0255-03/07**

**EMENTA:** ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença apurada entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito e o valor informado pela administradora do cartão indica que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. Infração subsistente. 2. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. MULTA. Os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir as notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1, por outro meio que não o ECF, nos casos de sinistro ou defeito do equipamento, por se encontrarem impedidos de emitir o cupom fiscal, ou concomitantemente ao ECF. Infração comprovada. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 29/09/2006, refere-se à exigência de R\$7.948,40 de ICMS, acrescido da multa de 70%, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$82,19, tendo em vista que foram constatadas as 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a junho de 2006. Valor do débito: R\$7.948,40.
2. Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, sendo exigida multa no valor total de R\$82,19.

O autuado apresentou impugnação (fls. 28 a 38), alegando que está inscrito como microempresa, adquire mercadorias em outros Estados, paga diferença de alíquotas e antecipação parcial e o valor do ICMS a ser recolhido pelo impugnante se enquadra na faixa de até R\$270.000,00. Diz que o levantamento efetuado pela fiscalização não ultrapassa o mencionado limite, não foi observado o princípio da não cumulatividade, tendo em vista que todas as notas fiscais fiscalizadas foram registradas nos livros fiscais próprios, dando direito à utilização de créditos fiscais relativo às aquisições de mercadorias para comercialização. O deficiente apresenta o entendimento de que houve excesso de exação, esbarrando o procedimento fiscal no consagrado princípio da não cumulatividade tipificada na Constituição Federal, art. 155, inciso I, alínea "b", que transcreveu. Comenta sobre ensinamentos de Ferrara, e diz que os princípios estão presentes em todos os níveis do ordenamento jurídico. Na apreciação de qualquer questão jurídica, deve-se, antes de tudo, reportar-se à direção apontada pelos princípios constitucionais. Assim, o deficiente

salienta que a regra da não-cumulatividade é mantida na atual Constituição Federal, e a respeito da mencionada previsão constitucional, cita ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Melo e do tributarista Ives Gandra Martins. Em relação à multa de 70%, o impugnante alega que a mesma tem caráter punitivo, e com o fim da inflação não se pode falar em multa de tamanha monta porque fere o princípio do não confisco. Diz que o próprio governo já reconheceu e reduziu as multas de alguns segmentos da economia e a cobrança de multas escochantes não combinam com o próprio plano real, tendo em vista que, com a edição do mencionado plano de estabilização da economia o país passou a ter uma deflação e uma moeda com valor preservado, e por isso, a multa de 70% não coaduna com a atual realidade. Assim, entende que a norma tributária vigente no país terá que se adequar à economia no momento atual, sob pena de inviabilizar qualquer empreendimento. Cita Recurso Especial do STJ e os arts. 113 e 114 do CTN. Diz que as prestações relativas à multa têm em comum o fato de serem prestações pecuniárias, e de acordo com Alberto Xavier, para configuração do fato gerador da obrigação principal, é preciso que o tipo tributário se conforme aos estritos contornos da lei. Assegura que o descumprimento da obrigação acessória não se confunde com a hipótese de incidência tributária. Fala sobre os ensinamentos de Perez de Ayala, e afirma que a doutrina e a jurisprudência já se pronunciaram sobre a exigência de multas exacerbadas e confiscatórias, atingindo até 100% do tributo, transformando seu caráter punitivo para se transformar em tributo arrecadatório, comprometendo o princípio da capacidade contributiva do contribuinte. Transcreve ementas e acórdãos por ocasião dos julgamentos de embargos de declaração e recursos no âmbito do judiciário. Diz que a autoridade administrativa não tem autorização para praticar atos ilimitados, sem atender aos preceitos constitucionais das limitações ao poder de tributar e dentro das garantias asseguradas ao contribuinte está a garantia de ele poder exigir um comportamento leal dos representantes do fisco. Finaliza, pedindo a improcedência do presente lançamento tributário, requerendo diligência a ser realizada por preposto estranho ao feito, conforme lhe faculta o RPAF-BA.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 41 dos autos, rebate as alegações do autuado, dizendo que em relação ao argumento defensivo de que o levantamento fiscal não alcançou a faixa de faturamento em que o contribuinte está enquadrado, o autuado incorreu nas hipóteses do art. 408-S do RICMS/BA, e o imposto deve ser exigido com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, tendo o contribuinte direito ao crédito presumido de 8%. Quanto à multa exigida (infração 02), diz que o autuado não teceu qualquer comentário.

## VOTO

Inicialmente, quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência fiscal, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide. Ademais, o defensor não comprovou a necessidade de realização de diligência, e se trata de fato vinculado à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na posse do autuado, cuja prova poderia ter sido acostada aos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi apresentada pelo defensor qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, e por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

A primeira infração refere-se à exigência de ICMS, por omissão de saída de mercadoria tributável 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, no período de janeiro a junho de 2006, conforme demonstrativo à fl. 09 do PAF.

Sendo apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96:

“Art. 4º

*§ 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”.*

Para elidir a exigência fiscal, o contribuinte deveria apresentar, além das fotocópias dos documentos fiscais por ele emitidos, a cópias dos correspondentes comprovantes de débito dos cartões com indicação das respectivas formas de pagamento, o que possibilitaria a análise quanto à exclusão do valor efetivamente comprovado.

Saliento que de acordo com o Recibo de Arquivos Eletrônicos à fl. 21, foram fornecidos ao contribuinte o Relatório TEF por Operação Diária, constando no mencionado recibo que o autuado abriu ao receber o relatório em meio magnético (CDR), relativo ao período de 01/01/06 a 30/06/06.

Observo que o autuante elaborou o demonstrativo de fl. 09, tendo considerado os totais de cartões de débito/crédito, fornecidos pelas administradoras, comparou esses totais mensais fornecidos pelas administradoras com os totais da Redução Z e Notas Fiscais D-1, tendo sido apuradas as diferenças objeto da exigência fiscal.

O autuado alega que o ICMS a ser recolhido se enquadra na faixa de até R\$270.000,00; o levantamento efetuado pela fiscalização não ultrapassa o mencionado limite; não foi observado o princípio da não-cumulatividade, tendo em vista que todas as notas fiscais fiscalizadas foram registradas nos livros fiscais próprios, dando direito à utilização de créditos fiscais relativo às aquisições de mercadorias para comercialização.

Não acato as alegações defensivas, tendo em vista que não se trata de exigência de imposto relativo a notas fiscais de entradas, e sim, por presunção legal porque foi constatada declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Observo que, estando o autuado enquadrado no SIMBAHIA, na condição de microempresa, e sendo apurada operação realizada sem documentação fiscal, a legislação prevê a perda do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração, ficando o contribuinte obrigado a recolher pelo regime normal em decorrência da prática da infração definida na legislação como de natureza grave. Neste caso, tendo sido apurado que houve omissão de saídas, mediante levantamento fiscal, a exigibilidade do imposto foi efetuada aplicando a alíquota normal, de 17%, e considerado o crédito de 8% sobre o valor das saídas apuradas, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos, conforme previsto no § 1º do art. 19, da Lei 7.357/98. Portanto, os cálculos efetuados pelo autuante, estão de acordo com a legislação em vigor.

Quanto à multa indicada no Auto de Infração, que foi objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou no presente lançamento, tendo sido indicado corretamente o percentual de 70%, de acordo com o art. 42, inciso III da Lei 7.014/96. Mantida a exigência fiscal.

A segunda infração trata de exigência da multa de 5% do valor das operações realizadas, pelo

fato de o contribuinte, usuário de Equipamento de Controle Fiscal (ECF), ter emitido outro documento fiscal (Notas Fiscais de Venda a Consumidor) em lugar daquele decorrente do uso do citado ECF, nas situações em que está obrigado, referente aos meses de janeiro a junho de 2006, conforme demonstrativo à fl. 09.

O autuado está inscrito na condição de Microempresa, não foi dispensado pela legislação de usar ECF, sendo constatada emissão de Notas Fiscais D-1 em lugar do documento fiscal decorrente do uso de ECF.

Em relação ao uso de ECF, de acordo com os disposto no art. 238 do RICMS/97, os usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) estão autorizados a emitir nota fiscal modelo 1 em três situações elencadas nos incisos I e II, e no § 2º do mencionado artigo. Portanto a legislação não impede a emissão de notas fiscais, devendo o contribuinte, para tal procedimento, observar as regras estabelecidas no RICMS-BA, e no caso em exame, não foi comprovado o motivo que levou o autuado a emitir outro documento fiscal. Infração subsistente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206921.0017/06-4, lavrado contra **J.J. UNIÃO COMÉRCIO LTDA.**, 206921.0017/06-4, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.948,40**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$82,19**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “h” da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de agosto de 2007

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR