

A. I. N.<sup>º</sup> - 206921.0011/06-6  
AUTUADO - EDVALDO CARMO SERRA  
AUTUANTE - MARCUS VÍNICIUS BADARÓ CAMPOS  
ORIGEM - INFRAZ ATACADO  
INTERNET - 03/10/2007

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

#### ACÓRDÃO JJF N°0319-03/07

**EMENTA:** ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF. 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. Infração subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. 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. Refeitos os cálculos conforme demonstrativo apresentado pelo autuante. Preliminar de nulidade rejeitada. Infração parcialmente procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2006 reclama ICMS no valor de R\$11.560,88, e penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$1.395,61, com as seguintes irregularidades:

Infração 01: Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao montante fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no exercício de 2006, no valor de R\$11.560,88, com multa aplicada de 70%. Consta na descrição dos fatos que: “As vendas por cartão não foram discriminadas no meio de pagamento das reduções Z, apesar de a firma ter sido intimada para cumprir este requisito, conforme anexo, sendo, por isso mesmo, consideradas nulas”.

Infração 02: Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Total do débito: R\$1.395,61.

Inconformado, o autuado apresenta impugnação tempestiva às fls. 30/50 do presente processo administrativo fiscal, argüindo preliminarmente a nulidade da infração 01, com suporte no artigo 5º, II, da Constituição Federal, em razão do princípio da legalidade. Diz que a autuação foi promovida com base no RICMS-BA, e que o regulamento não ampara imposição tributária para exigência de tributo. Entende que somente a lei pode permitir ao ente público impor obrigações

tributarias. Cita o artigo 84, IV da Carta Magna que delimita o sentido e a competência regulamentar do chefe do Poder Executivo, Governadores dos Estados e Prefeitos Municipais. Reproduz também, o artigo 150, I da Constituição Federal, além de citar o artigo 97, I e II do CTN, para fortalecer suas alegações defensivas sobre a necessidade de lei para instituir, majorar ou extinguir tributos. Aduz que o artigo 100 do CTN, preleciona normas complementares, entendidas como fontes secundárias da legislação tributária, que são vinculantes para os agentes públicos, mas não podem criar obrigações que não estejam previstas em lei, conforme ensinamentos do Professor Ives Gandra Martins. Ressalta que as disposições violadas são as do RICMS. Continua a sua intelecção, dizendo que o tipo tributário não foi definido no Auto de Infração, descrevendo genericamente o artigo 218 do RICMS-BA como infringido, não especificando o parágrafo do artigo violado, por isso, suscita que deve ser anulado por erro de enquadramento legal, que fere o princípio da tipicidade. Sustenta que o artigo 18, IV do RPAF-BA, estabelece a nulidade do lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator. Acrescenta que o princípio do *numerus clausus* se põe em evidencia na utilização de listas de fatos tributáveis empregadas pelo legislador e que os elementos do fato gerador devem ser definidos apenas na lei, sendo que toda tipificação tributária é taxativa. Entende que admitir uma lista exemplificativa no Direito Tributário implica aceitar que os elementos do fato gerador são apenas suficientes e não necessários para a verificação da consequência legal, e isso importaria no reconhecimento de que o tributo possa decorrer de outros pressupostos que não os definidos na lei pelo legislador. Ressalta que o CTN em decorrência dos seus artigos 97 e 114, dispõe no artigo 108 que inexistindo disposição legal expressa, o legislador pode se utilizar da analogia, dos princípios gerais de Direito Tributário e de Direito Publico e da equidade, entretanto proíbe o emprego da analogia para criar tributo não previsto em lei e do emprego da equidade para dispensar pagamento de tributo devido. Cita ensinamentos de Yone Dolacio de Oliveira sobre o fato tipo no modo e extensão determinados pelo CTN. Reconhece que se infração à lei existiu, diz respeito tão somente a multa de 5% constante da infração 02. Reproduz o artigo 18, IV do RPAF-BA para suscitar a nulidade do item 01 do Auto de Infração. No mérito, discorre sobre a infração imputada, dizendo que a totalidade das vendas realizadas através de cartão de débito/crédito conforme ficaram comprovadas pelos lançamentos constantes nas fitas de Redução Z, representam: R\$12.119,73, R\$15.889,42, R\$22.310,53, R\$20.564,27, R\$24.637,86 e R\$15.431,62 correspondentes aos meses de janeiro a junho de 2006, sendo que tais valores estão discriminados no Anexo II do Auto de Infração, constantes como item 01 das vendas cartão de débito/crédito (Redução Z). Diz que os lançamentos constantes na Redução Z, impressos na fita detalhe por um pequeno ajuste da impressora resultou em dúvida do autuante, que por questão de zelo, deixou de considerar na conclusão do lançamento de ofício as vendas na modalidade cartão de crédito/débito, e pelo princípio da verdade material que rege o processo administrativo tributário deve ser sanado. Cita ensinamentos de Luciano Amaro sobre o princípio do *in díubio pro reu*. Argüi que o autuante deixou de considerar que se trata de uma microempresa, e mesmo que o autuado tenha ultrapassado em 20%, o limite máximo da faixa em que estiver enquadrado, não perde a condição de empresa vinculada ao SIMBAHIA, tendo somente que efetuar o recolhimento pela nova faixa ou na condição de EPP, por determinação expressa do Inspetor Fazendário e comunicação ao contribuinte, e não através de Auto de Infração. Cita as faixas de enquadramento e os valores devidos mensalmente pelas empresas inscritas na condição de SIMBAHIA e regras insculpidas no RICMS-BA, para as citadas empresas, além de reproduzir o artigo 407-A, do referido diploma legal. Assevera que em consonância com o preceito constitucional o Estado da Bahia já tinha editado a Lei 7.357/98 que estabelece tratamento diferenciado às microempresas Empresas de Pequeno Porte e ao Ambulante, sendo também dedicado o capítulo IV do RICMS-BA, nos seus artigos 383-A a 408-R a estes tipos especiais de contribuintes. Cita julgados do Conseg, através dos Acórdãos JJF 0474-04/02, JJF 0449-01/02, JJF 2038/00, CJF 0295-12/02, JJF 0378-01/02, para fortalecer o seu pedido pela nulidade da autuação. Discorre sobre o artigo 112 do CTN para requerer a interpretação benigna em matéria

de infrações e penalidades, pois o fato é certo, mas é incerta sua capitulação legal, citando ensinamentos do Professor Hugo de Brito Machado. Finaliza, requerendo a procedência parcial ou nulidade parcial da exigência fiscal.

O autuante, por sua vez, produz informação fiscal à folha 55, dizendo que a empresa não discriminou na Redução Z as vendas com cartão de crédito/débito, sendo intimada por essa razão, durante a ação fiscal. Objetivava, segundo ele, identificar as operações no Relatório TEF, cruzando com as vendas com cartões. Diz que a empresa apresentou um Atestado de Intervenção relativo ao dia 27/06/2006, cujas vendas representaram neste dia o valor de R\$700,00, e por isso, reduziu o valor do débito para R\$477,61 no mês de junho de 2006. Quanto à multa formal aduz que o autuado não teceu comentário a respeito. Finaliza, informando a redução do valor total do débito para R\$12.921,49.

A DAT-METRO, intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal produzida pelo autuante, concedendo o prazo de 10 dias para manifestação do sujeito passivo (fl. 56), que permaneceu silente.

## VOTO

Inicialmente, em relação à preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, rejeito, por considerar que não foram descumpridos os incisos I a IV do art. 18 do RPAF. Verifico que se encontram claramente identificados, os elementos necessários para determinar com segurança a infração, o infrator e o montante do débito tributário, consoante disposto no artigo do citado diploma regulamentar. No corpo do Auto de Infração, estão descritos claramente os fatos considerados como ilícito tributário, e todos os anexos ao Auto de Infração, descritos pelo autuante, inclusive documentos e demonstrativos foram recebidos pelo próprio autuado. Não foi desobedecido o princípio da legalidade alegado pelo impugnante, tendo em vista que a autuação está amparada na legislação pertinente. Constatou, também, que não há vício de caráter formal no lançamento efetuado. Observo, ainda, que o autuado entendeu perfeitamente a infração imputada no item 01 do Auto de Infração. Ademais a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal, nos termos do artigo 19 do RPAF. Quanto as demais alegações de nulidade por ser questão relativa ao mérito serão apreciadas neste voto.

No mérito o Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS, por presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de pagamentos não registrados mediante o confronto entre os valores informados pelas operadoras de cartões de créditos e os valores lançados no TEF.

Da análise das peças processuais, verifico que o autuado não impugnou a infração 02. Observo, entretanto, que o autuante reduziu o valor do débito relativo ao mês de junho de 2006, tendo em vista que foi acostado ao PAF a folha 19, Atestado de Intervenção Técnica do dia 27/06/2006, cujas vendas nesta data representaram R\$700,00 (fl. 16) em notas fiscais D1. Consequentemente, o valor da penalidade aplicada deve ser reduzida em R\$35,00, e por isso, acato os cálculos elaborados pelo autuante na sua informação fiscal à folha 55, e julgo parcialmente procedente a infração 02, devendo ser reduzido o débito para R\$1.360,61.

Quanto à infração 01, constato que o autuante elaborou demonstrativo à folha 09, discriminando as operações com cartão de crédito e débito, cotejando-as com a Redução Z do autuado que resultou na exigência de ICMS no valor de R\$11.560,88. Verifico, também, à folha 07 que o referido autuante intimou a empresa para discriminar os valores registrados na Redução Z contendo as vendas realizadas com cartão de crédito/débito, não tendo sido atendido pelo impugnante.

Verifico, ainda, que o autuado não acostou aos autos quaisquer provas para elidir a exigência fiscal nos termos do artigo 123 do RPAF, limitando-se a arguir que foi desenquadrado irregularmente pelo autuante da condição de empresa inscrita no SIMBAHIA, alegação que não acato, uma vez que os artigos 408-L, V, e 408-S, do RICMS-BA prelecionam a perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no SIMBAHIA, o contribuinte que incorrer na prática de infrações de natureza grave, e o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, fato constatado neste item da autuação. Mantida a exigência fiscal

Constatou, igualmente, que foi concedido o crédito presumido de 8%, a que faz jus a empresa inscrita no regime do SIMBAHIA.

Por todo o exposto, e à luz da legislação pertinente voto pela PROCEDENCIA PARCIAL do presente Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº 206921.0011/06-6, lavrado contra **EDVALDO CARMO SERRA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.560,88**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, inciso III da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.360,61**, prevista no artigo 42, XIII-A, alínea “h”, da mencionada Lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de setembro de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA