

**A. I. N°** - 206921.0021/06-1  
**AUTUADO** - N. F. E. MERCEARIA LTDA.  
**AUTUANTE** - MARCOS VINÍCIUS BADARÓ CAMPOS  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 16.04.08

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JF N° 0081-04/08

**EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. a) 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. Diligência fiscal refez o demonstrativo original contemplando as operações não tributadas, o que reduziu o débito. Infração elidida em parte. b) NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DO EMISSÃO DE CUPOM FISCAL QUE ESTÁ OBRIGADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Restou comprovado que no período fiscalizado o contribuinte não estava obrigado a utilizar ECF e consequentemente, emissão cupom fiscal. Infração descaracterizada. c) NOTAS FISCAIS. INUTILIZAÇÃO. MULTA. Mesmo que o contribuinte não tenha contribuído para a inutilização dos documentos fiscais é legal a aplicação da multa pela não apresentação dos documentos à fiscalização, sob alegação de perda por incêndio. Infração subsistente. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/09/06 para exigir o ICMS, no valor de R\$6.990,50, acrescido da multa de 70%, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando de R\$863,58, em decorrência das seguintes infrações:

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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito (01/06 a 06/06) - R\$6.990,50.
02. Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Consta, na descrição dos fatos, que foi apurado de acordo com planilha comparativa de venda por cartão/apuração mensal, com as vendas por cartão estimadas através de notas fiscais, sendo aplicada multa - R\$403,58.
03. Inutilizou documentos fiscais. Consta, na descrição dos fatos, que a firma sofreu um incêndio, perdendo todos os talonários de notas fiscais de vendas ao consumidor de números 1901 a 2250, de acordo com planilha juntada ao processo, sendo aplicada multa - R\$460,00.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 33 a 62), inicialmente discorre sobre as infrações, relaciona os documentos juntados com a impugnação, esclarece que exerce atividade de comércio varejista

de produtos alimentícios e afirma que a maioria dos produtos que comercializa trata-se de produtos: hortícolas e frutas (isentos); mercadorias sujeitas ao regime de antecipação tributária (fase de tributação encerrada); cesta básica, com alíquota de 7% (milho, macarrão, fubá de milho, sal de cozinha e vinagre); com base de cálculo reduzida nas saídas (óleo de soja, açúcar e charque).

Ressalta que a Secretaria da Fazenda vem incluindo a cada dia, mais produtos no regime de substituição tributária e instituiu mais recente a antecipação parcial do ICMS nas compras interestaduais fora do Estado de mercadorias adquiridas para comercialização, que vem pagando regularmente.

Alega que o roteiro de fiscalização na presente ação fiscal é inadequado em virtude da sua atividade econômica, tendo em vista que no período de janeiro a junho/06, apurou percentuais de vendas realizadas em torno de 47,90% a 55,34%, e média de 52,24% de produtos isentos e sujeitos à antecipação tributária, sendo que as mercadorias tributadas com alíquota de 17% representam 47,76% das operações realizadas no período. Transcreve às fls. 38 a 43, diversas ementas de decisões contidas em Acórdãos prolatados pelas Juntas e Câmaras do CONSEF, para reforçar o seu posicionamento pela nulidade, improcedência ou adequação à proporcionalidade das mercadorias tributadas e não tributadas.

Solicita que caso a Junta de Julgamento não acate a nulidade pretendida, que o autuante revise o demonstrativo analítico para que ajuste o mesmo com base nas entradas de mercadorias, pela proporcionalidade entre operações tributadas e não tributadas. Diz que efetuou levantamento próprio relativo ao período fiscalizado, aplicando a proporcionalidade em cada mês e apurou valores devidos de R\$706,17, R\$795,74, R\$77,90, R\$946,15 e R\$733,11, respectivamente nos meses de janeiro, fevereiro e abril a junho/06, conforme demonstrativos juntados às fls. 64 a 74.

Relativamente à infração 2, afirma que não existe a infração apontada pelo autuante, tendo em vista que não emitiu cupom fiscal porque não tinha equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) e emitiu NF D-1 regularmente. Esclarece que é inscrita no cadastro de contribuintes como Microempresa 1, não está obrigada a usar ECF e se foi desenquadrada, não tem conhecimento do fato por não ter sido comunicado e mesmo que ocorresse, só poderia ter sido a partir de 01/04/06, quando teria sessenta dias de prazo para instalar o ECF, que encerraria em 01/06/06.

Requer a nulidade desta infração por falta de requisitos necessários e se não atendida, que seja convertida em multa de R\$50,00, prevista no art. 915, XXII do RICMS/BA, por não ter passado a utilizar o ECF no prazo determinado, de acordo com o art. 824 do mencionado diploma legal. Transcreve às fls. 47 a 54, diversas ementas de Acórdãos de julgamentos prolatados pelas Juntas de Julgamento e Câmaras do CONSEF, nos quais foram decididos pela redução ou cancelamento de multas em situações análogas a esta infração.

Salienta que é uma ME com baixa capacidade contributiva, localizada num bairro periférico de Salvador e que o valor da multa aplicada de 5% sobre as receitas já tributadas totalizando R\$403,58 no período fiscalizado (janeiro/junho), corresponde ao recolhimento mensal de quase oito vezes, tendo em vista que recolhia mensalmente o valor de R\$55,00, o que configura efeito confiscatório. Afirma que os juros moratórios já cumprem a função de recompor o patrimônio de que foi lesado pela mora. Cita trechos de autoria dos juristas Celso Bandeira de Mello, Hugo de Brito Machado, José Cretella Júnior, Sacha Calmon Navarro Coelho, Ilves José de Miranda Guimarães e artigos 37 e 150 da Constituição Federal, para demonstrar que a aplicação de multas com percentuais elevados, colide com os princípios constitucionais (moralidade, racionalidade, capacidade contributiva, proporcionalidade, publicidade, economicidade) e que desvirtua a sua finalidade, configurando efeito confiscatório. Apela pelo cancelamento da multa pela equidade.

Quanto à infração 3, afirma que há um equívoco por parte do autuante, tendo em vista que não houve inutilização de documentos fiscais e sim de um incêndio ocorrido no seu estabelecimento, conforme ocorrência policial devidamente registrada na Secretaria de Segurança Pública. Afirma que não teve a intenção de queimar os documentos de sua propriedade, nem guardar as provas do

incêndio ocorrido antes da ação fiscal. Pondera que a multa de R\$5,00 por documento, é também confiscatória, por emitir notas fiscais normalmente com valores diminutos, conforme cópias de documentos que relacionou à fl. 61, com valores variáveis entre R\$1,25 a R\$5,49. Diz que a acusação fiscal carece de provas e requer a sua nulidade.

Por fim, requer a nulidade da primeira infração e se não acatada, que seja aplicada a proporcionalidade entre entradas tributadas e não tributadas; reduzido o valor da multa da infração 2 para R\$50,00, considerando que não houve dolo, fraude ou simulação e, também, nulidade da infração 3, ou que seja reduzida para R\$50,00, por não ter agido com dolo, fraude ou simulação.

O autuante, na informação fiscal prestada à fl. 369, contesta as alegações defensivas, conforme passou a expor.

Quanto à proporcionalidade no cálculo do imposto em relação às operações tributadas e não tributadas pelo ICMS, afirma que cabe ao CONSEF determinar a necessidade e critério para sua aplicação.

Com relação à multa aplicada por emitir notas fiscais em lugar do cupom fiscal, alega que o contribuinte não especificou qualquer irregularidade no levantamento fiscal.

Relativamente à multa aplicada pela inutilização de documentos, diz que a legislação tributária não faz distinção do fato ter decorrido de incêndio, não intenção do contribuinte ou existência de dolo.

Finaliza dizendo que pela falta de elementos concretos que importe na redução do débito, solicita a procedência total do Auto de Infração.

Esta JJF determinou a realização de diligência à Infaz de Origem para que o autuante esclarecesse quanto às divergências entre valores indicados nos demonstrativos de débito e o constante no Auto de Infração, bem como proceder ao ajuste do débito com base na proporcionalidade de mercadorias comercializadas tributadas e não tributadas.

O autuante prestou nova informação fiscal à fl. 374, e esclareceu que tendo a firma extraviado notas fiscais de venda ao consumidor relativo ao período de 01/03 a 16/04/06, ficou impossibilitado de apurar o imposto relativo a este período, tendo aplicado a multa indicada na infração 3.

Com relação à proporcionalidade, diz que refez o demonstrativo original, tomando como base os demonstrativos juntados às fls. 64/72, o que reduziu o valor da infração 1 de R\$6.990,50 para R\$3.259,09 de acordo com o demonstrativo de débito acostado à fl. 375, tendo reduzido o débito total para R\$4.122,67.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência (fl. 376), inclusive fornecido cópia da informação fiscal e demonstrativo juntados ao processo e concedeu prazo de dez dias para se manifestar, caso quisesse, o que não ocorreu no prazo legal.

## **VOTO**

O contribuinte suscitou a nulidade da infração 1, sob o argumento de que é inadequado o roteiro de fiscalização no seu estabelecimento. Rejeito a nulidade suscitada, tendo em vista que foi determinado a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, tendo sido ajustada a base de cálculo de acordo com as operações tributadas, em atendimento a pedido do autuado, e comunicado o fato ao sujeito passivo, mediante fornecimento de cópia dos novos elementos juntados ao processo e concedido prazo para se manifestar, o que não ocorreu.

No mérito, o Auto de Infração em lide acusa a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre o somatório das vendas realizadas por meio de cartão e o valor informado pelas operadoras de cartão de crédito, além de aplicação de multas por ter emitido outro documento em lugar do emitido por ECF e pela inutilização de documento fiscal.

Com relação à infração 01, o autuado não contestou os valores apurados pela fiscalização, relativo às diferenças apontadas relativas aos valores informados pelas empresas administradoras

de cartão de crédito e das notas fiscais emitidas no período fiscalizado. Argumentou que comercializava produtos sujeitos à tributação do ICMS e também não tributáveis (isentos, com fase de tributação encerrada, com base de cálculo reduzida nas saídas).

Em atendimento a diligência determinada pelo CONSEF, o autuante refez os demonstrativos originais, aplicando a proporcionalidade, relativa aos percentuais das operações tributadas realizadas, o que considero correto. Dessa forma, acato o demonstrativo de débito juntado pelo autuante à fl. 375 e considero devido o valor de R\$3.259,10 desta infração. Além do mais, o recorrente foi cientificado do resultado da diligência e não se manifestou o que implica em reconhecimento tácito dos valores apurados na mesma. Infração elidida em parte.

Em relação à infração 2, o autuado alegou que no período fiscalizado não tinha ECF; desconhecia a obrigatoriedade de tê-lo e que em momento algum foi comunicado pela SEFAZ, o que foi contestado pela autuante, afirmando que descumpriu o art. 824-B do RICMS/97.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que no demonstrativo elaborado pelo autuante e juntado à fl. 9, em relação à infração 1, foi confrontado os valores das vendas informados pelas empresas administradoras de cartão de crédito, relativo ao contribuinte, com os valores das notas fiscais emitidas no período fiscalizado. Em consulta ao sistema de informações do contribuinte do banco de dados da SEFAZ, constatei que o contribuinte declarou vendas no exercício de 2004 de R\$15.792,68 e em 2005 de R\$20.446,97, bem como só requereu uso de ECF por meio do processo 200627230 em 21/11/2006.

O art. 824-B, § 3º, III do RICMS/BA com redação dada pelo Decreto nº 9513/05, com efeitos a partir de 01/09/05 estabelece que:

§ 3º Não se exigirá o uso do ECF:

...

III - aos contribuintes do ICMS optantes pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, enquadrados na condição de microempresa cuja receita bruta anual não exceda a R\$ 144.000,00 (cento e quarenta e quatro mil reais).

Constato que o art. 42, XIII-A, “h”, prevê 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.

Portanto, com base na receita declarada do exercício de 2005, o contribuinte estava dispensado da obrigatoriedade de utilizar o ECF (art. 824-B, § 3º, III do RICMS/BA), e não cabe a aplicação da multa por emitir outro documento, o que descaracteriza a infração apontada. Infração insubsistente.

Relativamente à infração 3, o autuado alegou que ocorreu um incêndio no seu estabelecimento, queimando parte dos documentos fiscais da sua empresa e que a multa aplicada de R\$5,00 por documento, é também confiscatória, tendo em vista que os valores das notas fiscais emitidas são diminutos e normalmente inferiores ao valor da multa aplicada.

O art. 42, XIX da Lei 7.014/96, estabelece multa de R\$5,00 (cinco reais), por documento inutilizado, extraviado, perdido ou guardado fora do estabelecimento, em local não autorizado, limitada à penalidade, no seu total, a R\$460,00 (quatrocentos sessenta reais), quando o infrator for microempresa. Embora o contribuinte tenha juntado certidão passada pelo Corpo de Bombeiros (fl. 366) atestando a ocorrência do incêndio, a legislação do ICMS estabelece que o contribuinte deve manter sob sua guarda os livros e documentos fiscais e exibir à fiscalização quando solicitado. Mesmo que o contribuinte não tenha tido a intenção de inutilizar os documentos fiscais não apresentados à fiscalização, é legal a aplicação da multa tendo em vista que a mesma é prevista em lei.

Quanto à alegação de que a multa é confiscatória, verifico que conforme descrito na infração, foram extraviados os jogos de notas fiscais de números 1901 a 2250, perfazendo 350 unidades e aplicando-se a multa correspondente de R\$5,00 por documento resultando o débito de R\$1.750,00. Por se tratar de estabelecimento inscrito como Microempresa, o valor da multa ficou limitado a

R\$460,00, conforme disposto na alínea “b” do art. 42, XIX da Lei 7.014/96. Pelo exposto, deve ser mantida a multa aplicada.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206921.0021/06-1** lavrado contra **N. F. E. MERCEARIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.259,10**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no art. 42, XIX da citada Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de abril de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR