

**A. I. N°** - 019290.0018/07-9  
**AUTUADO** - R. SANTANA MINIMERCADO LTDA.  
**AUTUANTE** - PAULO CÉSAR DE CARVALHO GOMES  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 03. 12. 2008

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0402-01/08

**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. Comprovada a ilegitimidade parcial da presunção. Infração parcialmente caracterizada. **b)** NOTAS FISCAIS. EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL EM LUGAR DA EMISSÃO DE CUPOM FISCAL QUE ESTÁ OBRIGADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração não descaracterizada. Modificada a multa de 5% para 2%, conforme dispositivo legal relativo à penalidade aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 25/09/2007 para exigir ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total do débito de R\$32.600,48, 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 no valor de R\$31.449,96, relativo aos meses de janeiro a agosto, novembro e dezembro de 2006, janeiro a maio de 2007;

02. emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, sendo aplicado multa no valor de R\$1.150,52, relativo aos meses de agosto a dezembro de 2006, janeiro a maio de 2007.

O autuado, na defesa apresentada, às fls. 40 a 59 dos autos, argui, preliminarmente, nulidade em razão de o autuante não ter aplicado a proporcionalidade em razão de operar com mercadorias antecipadas, enquadradas na substituição tributária, isentas e com não incidência. Solicita diligência para apuração do alegado e aplicação da proporcionalidade.

Além disso, assevera que opera com mercadorias com alíquota de 7% e com redução da base de cálculo de 58,81%, além de efetuar a antecipação parcial para algumas mercadorias. Traz Acórdãos de do CONSEF sobre nulidade por insegurança da ação fiscal, nulidade por utilização do roteiro da infração 01, em estabelecimentos que operam apenas com saídas isentas e outras cujo imposto já havia sido antecipado. Segue trazendo outro acórdão que indica a aplicação da proporcionalidade. Elabora os cálculos do imposto devido, de acordo com seu entendimento, relativo à infração 01, para cada mês, considerando as notas fiscais emitidas, a proporcionalidade por ele apurada e o crédito presumido de 8%, que foram calculados, conforme planilha constante à fl. 61 dos autos,

totalizando o imposto devido no valor de R\$ 8.779,95, relativos aos períodos fiscalizados de 2006 e 2007.

Quanto à infração 02, alega que as notas emitidas foram todas autorizadas pela SEFAZ e registradas na escrita fiscal da empresa. Assegura que a emissão das notas D-1 foi em razão de defeitos técnicos do equipamento e falta de energia elétrica, alega que houve boa fé e não houve dolo. Entende que é aplicável apenas a multa de 50,00, com fundamento no §7º do art. 42 da Lei 7014/96 e art. 158 do RPAF.

Apresenta como amparo de seus argumentos os Acórdãos desse CONSEF, números: CJF 0167.12/05 e CJF 0106-12/05.

Considera confiscatória, com base no art. 150, IV da CF, a multa aplicada de 5% sobre o valor dos documentos fiscais emitidos em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, trazendo como aparo a doutrina de Hugo Machado, Sacha Calmom e Ilves Jose de Miranda.

Requer que sejam acolhidas as arguições postas nas linhas da defesa.

O autuante, à fl. 1041, reconhece que é devida a aplicação da proporcionalidade, reafirma legalidade de seus procedimentos, mantendo a totalidade da exigência em seu valor original.

A 1ª JJF, deliberou que o processo fosse encaminhado à Infaz de origem, para que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado, tomasse as seguintes providências:

1 – levantasse, no exercício fiscalizado, qual a proporção das saídas tributáveis pelo ICMS, em relação às não tributáveis ou já tributadas por antecipação ou pelo Regime de Substituição Tributária;

2– apresentasse nova “Planilha Comparativa de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito”, constante à fl. 8, considerando, para efeito de apuração do imposto devido apenas, em relação às notas fiscais emitidas, aquelas que guardem identidade de valor e data em relação às operações individualizadas do relatório TEF, aplicando sobre o “ICMS DEVIDO”, o percentual das saídas tributáveis, apurados no item anterior

3 – efetuasse a correção da multa em relação à infração 02, tendo em vista a vigência do novo percentual;

4 – apresentasse um novo demonstrativo de débito do Auto de Infração, resultante dos ajustes efetuados;

O autuante, à fl. 1048, atende à solicitação de diligência, apresentando novas planilhas de cálculos para apurar os valores solicitados, às fl. 1049 a 1247, calculando a proporcionalidade, registrando o cálculo do valor devido do imposto com dedução apenas das notas fiscais que guardam identidade de valor e datas com as operações constantes do Relatório TEF, aplicando a proporcionalidade apurada e concedendo o crédito presumido, totalizando para o exercício de 2006, o imposto devido no valor de R\$ 8.655,67, e para o exercício de 2007 o valor de R\$ 2.747,97.

O autuado tomou ciência dos cálculos e demais elementos constantes do resultado da diligência, às fls. 1249 a 1252, com reabertura do prazo para sua manifestação e não mais se pronunciou.

## VOTO

O Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre o somatório das vendas realizadas por meio de cartão de débito e de crédito e o valor informado pelas operadoras de cartão de crédito, além de multa de 5% sobre o valor do documento fiscal emitido em lugar do equipamento de controle fiscal que estava obrigado.

Ficam, preliminarmente, rejeitadas as nulidades argüidas direta ou indiretamente pelo autuado, uma vez que a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, não havendo falta de motivação, vez que foram indicados os fatos que ensejaram o

ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática. A não aplicação da alegada proporcionalidade, não trouxe prejuízo à legalidade do lançamento, visto que foi determinada a diligência e aplicado o percentual das mercadorias tributáveis. Superada essa questão, foi obedecido o devido processo legal. Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes do processo administrativo fiscal.

O atendimento da diligência solicitada por essa JJF, sanou, como já dito, a incorreção da falta relativa à aplicação da proporcionalidade concernente às mercadorias tributáveis, conforme consta das novas planilhas de cálculos para apurar os valores solicitados, às fls. 1049 a 1247. Foi realizado o cálculo do valor devido do imposto com dedução apenas das notas fiscais que guardam identidade de valor e datas com as operações constantes do Relatório TEF, aplicando a proporcionalidade apurada e concedendo o crédito presumido, totalizando para o exercício de 2006 o imposto devido no valor de R\$ 8.655,67, e para o exercício de 2007 o valor de R\$ 2.747,97, conforme consta dos demonstrativos às fls. 1049 e 1050 dos autos.

Quanto às à infração 02, em relação à argüição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório, 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 abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que trouxe danos ao fisco, prejudicando os superiores interesses da coletividade.

Quanto às alegadas faltas de energia ou defeitos técnicos, não foram materialmente comprovadas.

É importante lembrar que 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.

Sedo assim, cabe a pertinência da multa aplicada. Ocorre, entretanto, que a multa a ser aplicada, relativa à infração 02, é na verdade de 2% (dois 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, conforme art. 42, XIII-A, alínea “h” da Lei 7014/96. Restando, portanto, a modificação do demonstrativo de débito, conforme segue:

Voto pela PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração, com as retificações, já mencionadas nas infrações 01 que foi alterada em conformidade com os ajustes efetuados pelo autuante às fls. 11049 e 1050, bem como a modificação da infração 02 que passou a exigir, a partir 28/11/2007, através da Lei nº 10847/07, a multa de 2%, quando originalmente era exigida 5%.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Val./Julgado (R\$)
05.08.01	1	31/1/2006	9/2/2006	809,63
05.08.01	1	28/2/2006	9/3/2006	831,39
05.08.01	1	31/3/2006	9/4/2006	931,33
05.08.01	1	30/4/2006	9/5/2006	1.032,70
05.08.01	1	31/5/2006	9/6/2006	1.084,66
05.08.01	1	30/6/2006	9/7/2006	946,58
05.08.01	1	31/7/2006	9/8/2006	1.101,37
05.08.01	1	31/8/2006	9/9/2006	832,16
05.08.01	1	30/11/2006	9/12/2006	297,75
05.08.01	1	31/12/2006	9/1/2007	788,11
05.08.01	1	31/1/2007	9/2/2007	665,31

05.08.01	1	28/2/2007	9/3/2007	623,32
05.08.01	1	31/3/2007	9/4/2007	751,86
05.08.01	1	30/4/2007	9/5/2007	172,52
05.08.01	1	31/5/2007	9/6/2007	534,96
16.12.16	2	31/8/2006	9/9/2006	29,50
16.12.16	2	30/9/2006	9/10/2006	69,20
16.12.16	2	31/10/2006	9/11/2006	45,12
16.12.16	2	30/11/2006	9/12/2006	48,23
16.12.16	2	31/12/2006	9/1/2007	23,75
16.12.16	2	31/1/2007	9/2/2007	58,63
16.12.16	2	28/2/2007	9/3/2007	46,86
16.12.16	2	31/3/2007	9/4/2007	57,02
16.12.16	2	30/4/2007	9/5/2007	48,08
16.12.16	2	31/5/2007	9/6/2007	33,85
<b>TOTAL</b>				<b>11.863,87</b>

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **019290.0018/07-9**, lavrado contra **R. SANTANA MINIMERCADO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.403,63**, 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\$460,24**, prevista no mesmo artigo, inciso XIII-A, “h”, da citada Lei e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões CONSEF, 24 de novembro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR