

A. I. N º - 178891.0008/05-5  
AUTUADO - N Q BAHIA COMÉRCIO DE SUPLEMENTOS NUTRICIONAIS LTDA.  
AUTUANTE - NELSON LIMA GARCÉZ MONTENEGRO  
ORIGEM - INFRAZ IGUATEMI  
INTERNET - 18.03.2010

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0029-02/10**

**EMENTA: ICMS.** 1. 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. Contribuinte elide em parte a autuação. Não acolhidos ar argüições de nulidades. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO EM LUGAR DO CUPOM FISCAL. MULTA. Foram emitidas, em lugar do Cupom Fiscal, a que estava obrigado, notas fiscais de venda a consumidor. Apesar de não acolhido o pedido de cancelamento ou redução das multas aplicadas, relativas à infração, pelos motivos trazidos pelo autuado, coube redução da mesma por força da nova lei que alterou a multa de 5% para 2%. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2005, imputa ao contribuinte o cometimento das 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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a dezembro de 2003 e janeiro a dezembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$38.230,07, acrescido da multa de 70%;

2) emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, nas situações em que está obrigado, referente aos meses de julho a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, sendo exigida a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$9.960,48.

O Autuado, às fls. 72 a 86 dos autos, apresenta a impugnação ao crédito tributário exigido, mediante o presente Auto de Infração, argüindo, preliminarmente, em relação à infração 01, que a autuação é passível de nulidade, uma vez que não lhe foram entregues as provas materiais da ocorrência do fato gerador e da determinação da base de cálculo, especificando cada operação de venda realizada com a participação individual de cada uma das administradoras de cartão de crédito, para facilitar a defesa sem qualquer limitação ou dificuldade, bem cinda a ampla contraditório.

Afirma que a autuação é nula por ausência das provas materiais através da exibição de informações de terceiros vinculados ao fato gerador, ou seja, os relatórios com detalhamento de cada operação de compra e venda com a intermediação de cada empresa administradora de cartão de crédito ou débito, na forma da Cláusula Segunda do Convênio ECF 01/01, que o fisco ao negar a oportunidade da conferência de valores por parte do Autuado, evidencia a impossibilidade de contestação da imposição fiscal com grave prejuízo financeiro, se afinal houver o pagamento do tributo sem causa. Além do mais, argui o Autuado, o comportamento adotado, criou embaraços ao exercício do direito de defesa e o amplo contraditório, violando o princípio do devido processo legal na pretensão de cobrança de crédito tributário ilíquido e incerto, vez que não foi (e efetivamente não está) demonstrada cabalmente a origem de direito do fisco.

Em relação à infração 02, alega nulidade, uma vez que a multa de 5%, calculada sobre o valor da operação de venda, é por demais onerosa e apresenta contornos de expropriação patrimonial confiscatória, com violação de princípios constitucionais de proteção do contribuinte e do cidadão, considerando que a alíquota do ICMS nas operações internas é de 17% para os contribuintes submetidos ao regime normal, e as alíquotas reduzidas para os contribuintes optantes do SimBahia, como é o caso da impugnante.

Aduz que o autuante indica, na infração 2, a transgressão ao inciso II do art. 824-D do RICMS que em seu caput é dirigido ao cadastramento na SEFAZ do programa aplicativo utilizado para envio de comandos ao Software Básico do ECF, e o inciso II que é mencionado no Auto de Infração, representa uma vedação na arquitetura do programa, ou seja, “não possuir função que faculte ao operador a não emissão do documento fiscal relativo aos registros realizados. Assim, entende que o enquadramento da infração 2 em nada tem de compatibilidade com a descrição da infração, de que a autuada “emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Nem sequer o inciso II do artigo 824-D do RICMS em vigor, parece guardar alguma identidade com a capitulação da multa prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei 7014/96, que trata da desconformidade de emissão de documento fiscal.

Complementa que para conferir o acerto da tipificação da infração, em realidade, precisa verificar se a autoridade fiscal descreveu corretamente os contornos da relação jurídica instaurada com a concretização, no mundo fático, da hipótese prevista na regra-matriz como capaz de fazer nascer a obrigação tributária.

Argumenta que, se neste processo o fato descrito pelo autuante não se coaduna com o tipo legal descrito no Auto de Infração, indiscutivelmente, inexiste o fenômeno da configuração do fato à hipótese legal, tecnicamente, conhecido como subsunção. Por tudo isso, pede-se pela nulidade da infração 2, porque se a ocorrência descrita no Auto de Infração não está fiel ao tipo tributário, não produz a consequência jurídica da lei, e descharacteriza a imputação da ilicitude do contribuinte.

Quanto ao mérito, alega que a infração 01 encontra-se apoiada na presunção de omissão de saídas constante do Regulamento do ICMS (Decreto 6284/97), significa que o fisco utiliza as informações de terceiros, no caso, as administradoras de cartão de crédito, para identificação do possível fato gerador. Mas, como se trata de uma presunção relativa, não está dispensado de trazer aos autos os demonstrativos específicos contendo a identificação do valor de cada operação de venda, dia a dia, e separada por cada administradora de cartão de crédito, cujo somatório vai alcançar o total mensal utilizado na determinação da base de cálculo por data de ocorrência discriminada no Auto de Infração.

Pede a improcedência da infração 01 pela falta no processo de elementos informativos do detalhamento do aspecto quantitativo do fato gerador presumido pela fiscalização, com base em meros indícios de “valores de vendas inferiores aos informados p de crédito”, conforme a acusação genérica e sintetizada na “planil

meio de cartão de crédito/débito”, campo venda com cartão informado pelas administradoras” que fundamenta o lançamento de ofício.

Entende que a autuação merece uma revisão para adequar-se à realidade fática da subsunção do caso, segundo a norma prevista no § 2º do art. 238 do RICMS (Dec. 6284/97), que exclui a incidência de penalidade quanto à infração 2, ou, se ultrapassada a situação da inaplicabilidade de sanção, que se determine com exatidão o aspecto quantitativo do fato gerador da infração 2.

Em relação às multas aplicadas, reproduz texto do Prof. Sacha Calmon Navarro Coelho, em seu livro intitulado de “Teoria e Prática das Multas Tributárias”, Ed. Forense, 2001, pág. 66 e segs., para amparar seus argumentos de que as mesmas são confiscatórias, e, portanto, inconstitucionais.

Conclui por existir a inconstitucionalidade do art. 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da Lei 7014/96 alterada pela E dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, nº 8534/02, por violação do princípio da vedação de utilização de tributos e multas com efeito de confisco (art. 150, IV, CF).

Argumenta que não agiu com dolo, fraude ou simulação, e, se não deixou de recolher o imposto devido nas operações de saída utilizadas no cálculo da multa formal, adimpliu a obrigação principal, apenas não cumpriu a obrigação de fazer na forma original por impossibilidade material (defeito do equipamento emissor de cupom fiscal), e disso decorre a impossibilidade jurídica da imposição da multa formal, por ausência de dano ou prejuízo para a Fazenda estadual, se todo o tributo, referente à emissão das notas fiscais Série D-1, foi e está pago, como comprovou a fiscalização. Destarte, pede, no presente processo, que seja considerado para o deslinde da questão controvertida, a recomendação do § 7º do art. 42 da Lei nº 7014/96.

Afirma que solicitou das administradoras extratos com as vendas dos meses em análise, em relação à infração 01, informando a necessidade de futura juntada de planilhas de cálculos e demonstrativos das vendas através dos cartões de créditos.

Pede diligencia, em relação à infração 01, para que lhe seja entregue o relatório TEF por operações diárias, bem com pede que seja informado se lhe foram entregues os demonstrativos pormenorizados anteriormente.

Por fim, requer o Autuado:

“a) Seja decretada a nulidade da Infração 01 em face da insegurança e incerteza do critério adotado pelo Autuante para a determinação da base de cálculo na presunção de omissão de saídas com base em planilha em que não comprova as informações do montante de vendas fornecidas por cada uma das administradoras de cartão de crédito, bem ainda, pela falta de entrega ao contribuinte de cópia dos demonstrativos de cada operação, dia a dia, para o regular exercício do direito de defesa, e a realização da prova em contrário da “planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito”;

b) seja declarada a nulidade da infração 02 por erro na identificação do tipo tributário em relação à descrição do fato;

c) seja deferida diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito para comprovar os fatos controvertidos demonstrados pela Autuada com base nos elementos constantes dos autos, bem ainda, das provas integrantes desta impugnação e da documentação em poder do contribuinte que precisa ser levada em consideração neste processo;

d) seja declarada a improcedência da autuação relativa à Infração 1, considerando que o fisco não trouxe aos autos todas as informações fornecidas por cada uma das administradoras de cartão de crédito demonstrando cada operação de venda, dia a dia, sendo estas as provas necessárias para a comprovação da ocorrência do fato gerador e determinação da base de cálculo com vistas ao lançamento do imposto;

e) Seja relevada a multa aplicada com relação à Infração 2, considerando a permissão concedida pela Lei 7014/96 (art. 42, § 7º), desde quando o dito descumprimento da obrigação acessória ocorreu sem a prática de dolo, fraude ou simulação, e a fiscalização não apontou à falta de recolhimento do tributo devido em referência as notas fiscais da Série D1 que foram emitidas para documentar as operações de vendas de mercadorias.

Protesta, ainda, por todos os meios de prova em direito admitidos, indicando, de logo, juntada posterior de documentos e demonstrativos, pareceres, decisões dos Tribunais Administrativos e Judiciais, inclusive em contra prova, diligências, exames, vistorias e revisão do lançamento.

O autuante, à fls. 89 dos autos, apresenta a informação fiscal alegando que obedeceu rigorosamente às determinações na ordem de serviço, e utilizou o que dispunha o Sistema INC desta SEFAZ, com o nível de detalhamento nele determinado. Afirma que não alcança a idéia da nulidade proposta pelo Autuado.

Afirma que as diferenças apuradas e autuadas na infração 01 são decorrentes do confronto entre vendas em ECFs indicadas como pagas em cartões de débito (crédito, somadas às notas fiscais apresentadas pelo contribuinte, e os valores mensais fornecidos pelas administradoras de cartões de débito/crédito, conforme determinação da O.S. acima citada. Da mesma forma, continua o autuante, a infração 02 é decorrente de vendas em Notas Fiscais sem o cupom fiscal à via da nota em poder do contribuinte e sem comprovação de emissão do cupom fiscal, como reza a legislação.

A 5ª JJF, objetivando a instrução do presente PAF, converte-o em diligência a INFZ Iguatemi, para que o auditor entregue ao Autuado, mediante assinatura em recibo, cópia das informações repassadas a esta Secretaria da Fazenda e entregue ao Autuado o demonstrativo com a base de cálculo apurada, reabrindo o prazo de trinta dias para a manifestação do Autuado.

Conforme solicitado, consta o atendimento da intimação às fls. 97 a 99 dos autos.

O Autuado de posse dos elementos trazidos pela diligência, volta a se manifestar às fls. 102 a 113, salientando que as informações foram entregues em disquete, entretanto não garantem que as informações prestadas foram realmente provenientes das Administradoras de Crédito, tendo em vista que as mesmas deveriam ser entregues através de papel timbrado da administradora e assinadas pelos seus representantes legais. Por este motivo, não aceita como prova a apresentação de arquivos eletrônicos, como comprovação das vendas efetuadas por cartões de crédito/débito.

Impugna os cálculos realizados pelo autuante, as informações trazidas pelo Auditor e elabora planilha, buscando demonstrar que o faturamento mensal oferecido à tributação é superior às vendas informadas nas planilhas eletrônicas que foram enviadas, exceto nos meses de abril/2003, outubro/2003, janeiro/2004, março/2004, abril/2004, maio/2004 e julho/2004, o que perfaz um valor total pago a menor do ICMS de R\$ 434,59. Cabe ainda informar que para comprovar os pagamentos do ICMS, está anexado os DAE's devidamente autenticados.

Requer, diante do exposto, que o Auto de Infração seja julgado improcedente, uma vez que os valores apresentados pela fiscalização não são os devidos por ele.

Para provar que tributou as vendas, junta ao processo cópias de alguns comprovantes de vendas em cartão de crédito/débito, devidamente assinados e os seus respectivos cupons fiscais.

Reproduz, a partir daí, os argumentos já alinhados em sua primeira manifestação.

O autuante, à fls. 141, afirma que a entrega dos arquivos em meio magnético obedeceu a orientação de sua supervisão, procedimento padrão, por ele adotado.

Afirma que o Autuado não apresenta novos documentos fiscais que alterem os valores exigidos. Sendo assim, mantém a infração imputada.

O Autuado à fls. 144 a 166 dos autos, volta a se manifestar para apensar aos autos os boletos de cartões de créditos, juntamente com os cupons fiscais, que alega serem originários da mesma operação, constante do relatório TEF.

O autuante, às fls., 169, se manifesta e com base nos documentos apresentados refaz o seu demonstrativo excluindo os cupons que coincidem com os boletos apresentados, deduzindo, assim, os respectivos valores exigidos, conforme documentos às fls. 170 a 219.

O Autuado, às fls. 222 a 224 dos autos, entende que a exclusões efetuadas pelo autuante reforçam as suas argumentações anteriores e pede a dilatação do prazo de 120 dias para juntada de novos comprovantes, seja deferido o seu pedido de diligência, bem como seja relevada a multa da infração 02.

O Autuado, à fls. 235, protocola a entrega de novos boletos de cartões de créditos/débitos, juntamente com os cupons fiscais, conforme consta às fls. 237 a 736.

A 5ª JJF, à fl. 738 e 739 dos autos, solicita, a Infaz de Origem, diligência para que o autuante a vista dos documentos às fls. 237 a 736 dos autos, intime o contribuinte a apresentar os documentos originais, análise a pertinência dos mesmos como contraprova do Autuado e elabore, se necessário, novos demonstrativos.

O autuante, à fl. 742, alega que já verificou que todos os cupons de vendas apresentados estão elencados no arquivo de movimento entregue ao contribuinte (fls. 98) e também apresentados ao PAF (vide disquete no envelope à fls. 96 do PAF). Sendo assim, continua o autuante, os cupons já se encontram totalizado na planilha elaborado após defesa do contribuinte (fls. 170 do PAF), não havendo porque recalcular nenhum dado, pois não existem novidades factuais nestes cupons agora apresentados.

A 5ª JJF, à fls. 747 e 748 dos autos, reitera os termos da diligencia, anteriormente solicitada, demonstrando que há cupons, que há novos cupons e boletos, agora apresentados, que guardam semelhança de valor e data, não considerados anteriormente pelo autuante.

O autuante, à fl. 752, pede a INFRAZ que intime o contribuinte a apresentar a Reduções Z originais, e/ou fitas detalhes originais, onde devem constar cópias das Reduções Z, ou cupons fiscais originais, com respectivos boletos originais de venda em cartão de débito/crédito. No caso de apresentação dos boletos, deve elencá-los em listagem ou planilha. Sugere, mais uma vez, a reabertura de prazo, esperando que seja esta a última vez.

O Autuado, às fls. 757 a 1370, apresenta as planilhas e os documentos originais solicitados.

O autuante, com base nos cupons e boletos trazidos pelo Autuado, apresenta nova informação fiscal, à fl. 1373, alegando, inicialmente, que não considerou os cupons já excluídos anteriormente por ele, conforme relaciona no corpo de sua informação. Apresenta novas planilhas e demonstrativos, às fls. 1374 a 1464, nos quais exclui os valores, relativos aos boletos e seus respectivos cupons fiscais, apresentados pelo Autuado, reduzido o valor exigido da infração 01 para R\$ 31.867,26.

O Autuado, em sua manifestação, às fls. 1469 a 1472, afirma que as exclusões efetuadas pelo autuante reforçam seus argumentos. Solicita a juntada de novos documentos, tendo em vista o grande volume de operações, que, segundo ele, podem ser comprovadas pelas planilhas do “RELATÓRIO DIÁRIO OPERAÇÕES TEF”, enviado pelo autuante.

Pede a nulidade do Auto de Infração por carência de certeza e liquidez; sejam aceitos os novos documentos apresentados; seja deferida diligencia para comprovar os fatos por ele alegados, tendo em vista as provas ainda em seu poder.

O autuante, à fl. 1578, apresenta nova informação fiscal, alegando que o Autuado não atendeu a intimação relativa às fitas de Redução Z e notas fiscais refer

fiscalizado (vide fls. 62 e 755 do autos) e que por diversas vezes tem apresentado, aos poucos, boletos e cupons fiscais, que da forma como tem sido fito, só protela o tempo do presente PAF.

O autuado, à fls. 1581, manifesta-se mais uma vez, protocolando a entrega de novos boletos de cartões de créditos/débitos, juntamente com os cupons fiscais.

Encaminhado o PAF para julgamento, a 1ªJJF, à fls. 2367, na assentada do julgamento, deliberou que o processo fosse encaminhado à Infaz de origem, para que o autuante tome as seguintes providências:

“1-elaborar demonstrativo, em relação às notas fiscais constantes da planilha, às fls. 24 a 61 dos autos, bem como as notas fiscais apresentadas na assentada do julgamento, período de janeiro a junho de 2003, mantendo apenas àquelas que guardem correspondência de data e valor com as operações individualizadas, constantes do Relatório TEF diário;

2-apresentar nova planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito /débito, deduzindo dos valores informados pelas administradoras de cartões de crédito e débito, constante das planilhas à fl. 1464, além dos valores já consignados da Redução Z, os valores das notas fiscais que foram mantidas para fins de dedução, acima citadas.”.

O autuante, à fl. 2370, se insurge contra o artifício utilizado pelo autuado de apresentar homeopaticamente os boletos e cupons, resultando e diversas diligência. Pede, por fim, o encaminhamento do PAF a Auditor estranho ao feito.

Após retorno do PAF para julgamento, a 1ªJJF, à fls. 2377 e 2378, na assentada do julgamento, deliberou que o processo fosse encaminhado à Infaz de origem, para que Auditor estranho ao feito, tome as mesmas providencia, solicitada na diligência anterior.

Às fls. 2380 e 2381, o Auditor estranho ao feito, alegando o princípio da economia processual, encaminha o PAF para que o autuante atenda a diligência solicitada.

O autuante, à fl. 2382, informa que acatou as notas fiscais apresentada pelo autuado, elaborando nova Planilha de Apuração do exercício de 2003, bem como um Demonstrativo das Notas fiscais acatadas às fls. 2384 a 2405.

Destaca que só houve modificação nos valores dos meses de janeiro a junho de 2003, que tiveram o ICMS devido reduzido para R\$29,98, R\$13,81, R\$306,29, R\$241,84, R\$154,87 e R\$735,99, respectivamente.

Anexa Planilha Comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito, indicando mês a mês os valores ajustados, totalizando o valor devido em R\$ 20.477,42.

O autuado toma ciência da conclusão da diligência, bem como os documentos a ela inerentes, com reabertura de prazo de 10 dias para sua manifestação, conforme documentos às fls. 2413 a 1415, não mais se manifestando.

## VOTO

O Auto de Infração em lide atribui ao contribuinte o cometimento de irregularidades decorrentes de: Infração 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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, sendo exigido o correspondente ICMS devido; Infração 2- emissão de outro documento fiscal, em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, nas situações em que está obrigado, sendo exigida a multa por descumprimento de obrigação acessória.

Do exame das peças processuais, rejeito as arguições de nulidades, em relação à infração 01, trazidas pelo Autuado, pois o relatório TEF por operação diária foi devidamente entregue em meio magnético ao Autuado, conforme atesta o seu recebimento à fl 97 dos autos não restando dúvidas quanto à legitimidade e perfeita clareza de suas inforr

Autuado, em sua manifestação à fl. 1470, quando solicita a juntada

Created with

em vista o grande volume de operações, que, segundo ele, “podem ser comprovadas pelas planilhas do RELATÓRIO DIÁRIO OPERAÇÕES TEF, enviado pelo autuante”.

Em relação à infração 02, também não acato os argumentos de nulidade, tendo em vista que indicação do inciso II do art. 824-D, para tipificar a infração não trouxe nenhum dano ao direito de ampla defesa e do contraditório, pois ficou claro, com a descrição dos fatos e o próprio conteúdo do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7014/96, que fixa a multa, a infração imputado ao Autuado, ou seja, “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” (grifo nosso). O Autuado não pode desconhecer tal exigência e tanto é que cumpre a obrigação de utilizar o equipamento de controle fiscal (ECF), contida no ART. 824-B, inclusive no que determina o seu § 2º, conforme segue:

**“Art. 824-B. 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.**

....

**§ 2º Os contribuintes enquadrados no Cadastro de Contribuintes do ICMS na condição de microempresa, cuja receita bruta anual tenha sido superior a R\$ 144.000,00 (cento e quarenta e quatro mil reais), deverão passar a utilizar o ECF a partir do 1º dia do ano seguinte.”**

É importante salientar que sabedor com precisão da infração 02, a ele imputada, reclama, inclusive, a exclusão da penalidade com base no inciso II do art. 238. Argüição que será melhor avaliada quando da análise do mérito.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência, pois, além de já terem sido efetuadas inúmeras e exaustivas diligências, para o devido deslinde das controvérsias trazidas pelo Autuado - especialmente as várias apresentações de documentos -, os elementos existentes no processo já são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas.

O Autuado, em suas manifestação, às fls. 72 a 86; 102 a 112; 222 a 224; 235; 757; 14467, alega exigüidade de tempo para apresentação de documentos fiscais (boletos de cartões de créditos/débitos e cupons fiscais), entretanto teve o período entre 06/ 07/ 2005, quando tomou ciência do Auto de Infração e 19/09/2007, quando apresentou os últimos documentos fiscais às fls. 1469 dos autos, portanto, mais de dois anos.

Atendendo as solicitações da 5ª e da 1ª JJF, através do pedido de diligência, o autuante efetuou as devidas exclusões de seus demonstrativos dos valores exigidos, exclusivamente em relação às operações constantes do Relatório TEF, para as quais o Autuado apresentou os respectivos boletos e cupons fiscais que coincidiram em valores e datas.

Após diversos ajustes, já relatados, com inúmeras diligências, após o autuado apresentar novos cupons fiscais e boletos de cartões, o autuante, à fl. 2382, informa que acatou as notas fiscais apresentadas pelo autuado, elaborando nova Planilha de Apuração do exercício de 2003, bem como um Demonstrativo das Notas fiscais acatadas às fls. 2384 a 2405.

Anexa Planilha Comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito, à fls. 2383, indicando mês a mês os valores ajustados, totalizando o valor devido da infração 01 em R\$20.477,42.

O autuado toma ciência da conclusão da diligência, bem como os documentos a ela inerentes, com reabertura de prazo de 10 dias para sua manifestação, conforme documentos às fls. 2412 a 2415, não mais se manifestando.

No que diz respeito à reclamação quanto ao tratamento adotado pelo autuante no cálculo do imposto, observo que não assiste razão à defesa, pois apesar de estar enquadrado no SimBahia, ante a constatação da omissão de saídas de mercadorias relativas à infração apontada, o imposto deve ser calculado pelos mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, conforme previsão do artigo 408-S, do RICMS/97, com a aplicação da alíquota de 17%.

Sendo assim, a infração 01 é parcialmente subsistente, conforme demonstrativo à fl. 2383, totalizado o crédito tributário em R\$20.477,42.

Não obstante a infração 02, a argüição de que a exigência da infração 01 absorve a multa aplicada na infração 02, não cabe acolhimento, pois uma não decorre da outra, a primeira decorre da falta de emissão de documentos fiscais para amparar as vendas através de cartões de créditos/débitos, ao passo que a infração 02, exige a multa por emissão de outros documentos fiscais em substituição ao cupom fiscal a que estava obrigado Autuado.

Reclama, o Autuado, a exclusão da penalidade imposta na infração 02, com base no que dispõe o II do art. 238 do RICMS/BA. Esquece, todavia, de mencionar o alinhado no §1º do aludido dispositivo, que obriga a emissão do cupom fiscal, mesmo sob a exigência do consumidor para emitir a nota fiscal, conforme segue:

*Art. 238. O contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitirá o Cupom Fiscal, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou o Bilhete de Passagem por meio deste equipamento, nas operações ou prestações destinadas a não contribuinte do ICMS, observada a natureza da operação ou prestação, podendo também ser emitido, em relação a mesma operação e/ou prestação:*

*I - a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, se a Legislação Federal dispuser desta forma;*

*II - a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, quando houver solicitação do adquirente dos bens.*

*§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos I e II, a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF, deverá ser anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual serão consignados o número seqüencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.*

A defesa, em relação à infração 02, argüí suposta inconstitucionalidade da multa exigida. O inciso V, do art. 97, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), determina que a Lei pode fixar a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos ou para outras infrações nela definidas. Aplicou o autuante a multa previstas na alínea “h”, inciso XIII do art. 42 da Lei nº 7.014/96, em ajustada cominação com o descumprimento da obrigação tributárias descrita.

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”, 7º 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 albergar, no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco, o contribuinte omissso que trouxe danos ao fisco, prejudicando os superiores interesses da coletividade.

Ademais, 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 conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Quanto ao pedido de redução das multas por descumprimento de obrigações acessórias não ficou demonstrado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo e que não tenham implicado em falta de recolhimento de tributo, razão pela qual voto pela sua não redução.

Ocorre, entretanto, que em relação à penalidade aplicada na infração 02, vigia, à época em que foi lavrado o Auto de Infração, a redação do art. 42, XIII-A, aliena “h”, da Lei 7014/96, que determinava, nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados, a aplicação da 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. A redação atual desse dispositivo, porém, foi dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/2007, DOE de 28/11/2007, com efeito a partir de 28/11/2008, conforme segue:

*“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

...

*XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou sistema eletrônico de processamento de dados:*

...

*h) 2% (cinco 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;”*

Assim, fica modificada a penalidade aplicada para 2% do valor da operação ou prestação de serviço ao contribuinte, em conformidade com a nova redação dada ao art. 42, XIII-A, aliena “h”, da Lei nº 7014/96, amparado no que dispõe a alínea “c”, II, do art. 106 do CTN, a seguir reproduzido, tendo em vista que os fatos geradores ocorreram nos exercícios de 2003 e 2004:

*“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:*

...

*II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:*

...

*c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”*

Diante das considerações, acima alinhadas, apesar de não acolher o pedido de cancelamento ou redução das multas aplicadas, relativas à infração 02, pelos motivos expostos pelo autuado, cabe redução da mesma por força da nova lei, passando de 5% pra 2%, conforme indica, a seguir, o demonstrativo de débito ajustado:

Infração	Ocorrência	Vencimento	B. Cálculo	Multa	Val.Julgado (R\$)
2	31/7/2003	9/8/2003	27.651,04	2%	553,02
2	31/8/2003	9/9/2003	27.926,76	2%	558,54
2	30/9/2003	9/10/2003	11.223,18	2%	224,46
2	31/10/2003	9/11/2003	16.989,06	2%	339,78
2	30/11/2003	9/12/2003	13.574,95	2%	271,50
2	31/12/2003	9/1/2004	12.165,41	2%	243,31
2	31/1/2004	9/2/2004	11.490,07	2%	229,80
2	29/2/2004	9/3/2004	7.677,99	2%	153,56
2	31/3/2004	9/4/2004	8.427,95	2%	168,56
2	30/4/2004	9/5/2004	11.608,45	2%	232,17
2	31/5/2004	9/6/2004	15.078,77	2%	301,58
2	30/6/2004	9/7/2004	11.570,97	2%	231,42
2	31/7/2004	9/8/2004	3.907,40	2%	78,15
2	31/8/2004	9/9/2004	2.247,82	2%	
2	30/9/2004	9/10/2004	3.576,55	2%	

Created with

2	31/10/2004	9/11/2004	4.741,29	2%	94,83
2	30/11/2004	9/12/2004	4.447,96	2%	88,96
2	31/12/2004	9/1/2005	4.905,87	2%	98,12
Total					3.984,25

Assim, cabe a procedência parcial da infração 01, em seus valores, acima indicados, bem como a procedência parcial da infração 02, conforme demonstrativo acima alinhado.

Voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 17891.0008/05-5, lavrado contra **N Q BAHIA COMÉRCIO DE SUPLEMENTOS NUTRICIONAIS LTDA.**, devendo ser intimado o Autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.477,44**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais ale, da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$3.984,25**, prevista na alínea “h”, inciso XIII do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR