

A. I. Nº - 108875.0010/08-7
AUTUADO - OPF MERCEARIA LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO MATTOS DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 09.05.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0102-05/11

EMENTA: ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE 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. A aplicação do índice de proporcionalidade implicou diminuição do valor exigido. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/12/2008, lança crédito tributário de ICMS no valor de R\$9.519,96, decorrente de omissão de saída de mercadoria tributada por utilização de documento fiscal inidôneo em operação de saída de mercadoria tributada.

O autuado apresenta defesa, às fls. 28 e 29, dizendo que o Auto de Infração está com vícios e erros, porque no anexo do demonstrativo de débito, consta o percentual de redução da multa, porém o valor a ser pago não apresenta a redução correspondente. Acrescenta que a multa por infração aplicada pela fiscalização foi de 100% e, em outros casos semelhantes, fora aplicada a multa de 70%.

Destaca que a autuação identificou os valores de vendas apuradas nas Reduções Z e/ou notas fiscais, exceto nos meses de julho e agosto de 2006. Aduz que refazendo os cálculos, detectou que houve equívoco por parte da fiscalização, por não considerar cupom fiscal emitido por impressora fiscal devidamente homologada no Estado e com uso de aplicativo comercial também homologado, de acordo com as especificações e exigências do fisco estadual.

Argumenta que as vendas com cartão de crédito ou débito realizadas são devidamente comprovadas, mediante reduções Z diárias, emitidas por ECF – IF, regularmente instalada e lacrada, inclusive aquelas referentes aos meses de julho e agosto de 2006.

Conclui, que pelos documentos apresentados, não utilizou em nenhum momento de documento inidôneo conforme insinua a fiscalização, nem tampouco omitiu as vendas realizadas no período fiscalizado, através de cartão de crédito e/ou débito.

Defende que descabe o Auto de Infração com os valores do imposto e da multa por infração cobrados, uma vez que houve vendas comprovadas pelo autuado efetivamente realizadas com cartão de crédito, sem a ocorrência de qualquer prejuízo à fazenda estadual.

Salienta que, no levantamento não foi aplicado o cálculo da proporcionalidade previsto na Instrução Normativa nº 56/2007. Assinala que faz parte da sua rotina a compra e venda de mercadorias com ICMS isento, não tributado e/ou sujeito à substituição tributária. Pelo que, solicita que seja acolhido por parte da fiscalização, o pedido de aplicação do cálculo da proporcionalidade. Solicita a revisão do procedimento fiscal.

Conclui, dizendo que descabe a infração apontada pela fiscalização.

Auditor fiscal estranho ao feito presta informação fiscal, às fls. 57 e 58, transcreve os argumentos da defesa, afirma que tem razão o autuado quanto ao enquadramento da infração detectada pelo autuante, uma vez que, o trabalho desenvolvido foi de confrontar as operações de vendas em cartão de crédito/débito com as informações prestadas pelas administradoras, e que, nesses casos, a infração a ser considerada seria a de *“omissão de saída de mercadoria tributada 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”*, com multa de 70%, sujeita à redução, e não a infração aplicada de *“omissão de saída de mercadoria tributada por utilização de documento fiscal inidôneo em operação de saída de mercadoria”* com multa de 100%, sem aplicação da redução.

Informa que o trabalho desenvolvido pelo autuante teve como base os documentos fiscais apresentados pelo autuado, gerando a lavratura do Auto de Infração pela falta de informações de dados atinentes aos meses de julho, agosto e parte de setembro de 2006.

Assinala que verificando os documentos juntados ao PAF pelo contribuinte, às fls. 31 a 53, desenvolveu os procedimentos pertinentes e elaborou novo demonstrativo de crédito tributário, que modificou o valor original de R\$9.519,96 para R\$9.146,36. Assevera que os documentos apresentados pelo autuado não foram suficientes para a descaracterização das irregularidades apuradas pelo autuante, conforme declara o autuado.

Destaca que o autuado cita a proporcionalidade, diz que anexa ao processo as notas fiscais de compras de mercadorias, entretanto, tais documentos não se encontram nos autos, impedindo qualquer ação fiscal direcionada para este fim.

Conclui, dizendo que diante dos fatos, no seu entendimento, a irregularidade existe, entretanto o enquadramento não tem vínculo com o roteiro de auditoria desenvolvido. Diz que deixa a cargo do órgão julgador definir pela nulidade ou procedência da ação fiscal.

O contribuinte foi intimado, à fl. 63, para tomar conhecimento da informação fiscal, bem como da concessão do prazo de 10 dias para se pronunciar, se quisesse.

Às fls. 67 a 69 do PAF, o autuado apresenta manifestação, afirmando que recebeu cópia da informação prestada pelo Auditor Fiscal que mantém a decisão preliminar que dispõe o Auto de Infração, referente à *“omissão de saída de mercadoria tributada por utilização de documento fiscal inidôneo em operação de saída de mercadoria”*, e *“omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento em operação 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.”*

Sustenta que os valores apurados pelo autuante estão em desacordo com os constantes nas fitas de “Redução Z”, apresentadas à fiscalização, detecta que o autuante deixou de calcular os valores vendidos através de cartão de crédito ou débito constantes nas fitas de “Redução Z”, nos meses de julho e agosto/2006.

Argumenta que o autuante ao informar a *“omissão de saída de mercadoria tributada por utilização de documento fiscal inidôneo”*, deixa de observar o art.209, incisos I, “a”, VII, e parágrafo único do Regulamento do ICMS do estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284/2007, que transcreve.

Afirma que, em relação à proporcionalidade, foram anexados ao PAF cópias de notas fiscais de compras, no entanto, o autuante diz que tais documentos não se encontram anexados ao PAF, impedindo qualquer ação fiscal direcionada para este fim.

Informa que encaminhará planilha com todas as notas fiscais de compras para compor o PAF, objetivando a utilização pelo autuante, no sentido de ele acolher o cálculo da proporcionalidade, conforme determina a I.N. nº 56/2007.

Conclui, pedindo que sejam acolhidas todas as razões expostas.

O Auditor Fiscal designado, presta nova informação fiscal, à fl. 88, dizendo que aplicou o índice de proporcionalidade de 87,6%, a partir das informações de aquisições de mercadorias nos meses de julho, agosto e setembro de 2006.

O contribuinte foi intimado, à fl. 91, para tomar conhecimento da informação fiscal, bem como da concessão do prazo de 10 dias para se pronunciar, se quisesse.

O autuado apresenta manifestação, às fls. 93 e 94, dizendo que o autuante informa na folha 88 a aplicação do índice de proporcionalidade de 87,6%, a partir das informações de aquisições de mercadorias nos meses de julho, agosto e setembro de 2006, deixando de aplicar o mesmo fundamento nos demais meses fiscalizados.

Conclui sua manifestação, pedindo a revisão do Auto de Infração, para que seja feito o cálculo da proporcionalidade nos demais meses no período fiscalizado, considerando-se, também, os valores de suas operações com venda através de cartão de crédito, ainda não contabilizados pelo autuante.

O Auditor Fiscal designado, presta informação fiscal, à fl. 102, aduz que aplicou o percentual de proporcionalidade de 87,6%, com base nas planilhas elaboradas pelo contribuinte, anexadas às fls. 77 a 86 do PAF. Acrescenta que o autuado se manifestou, e nada trouxe de novo. Aduz que a alegação de que deixou de aplicar nos demais meses é totalmente fora de contexto. Esclarece que todos os valores das “Reduções Z” já foram considerados.

Conclui sua informação, pede que seja mantida a autuação com a redução do valor original apurado de R\$9.519,96, para R\$8.014,00.

O autuado foi intimado, à fl.103, para tomar conhecimento da informação fiscal, bem como da concessão do prazo de 10 dias para se pronunciar, se quisesse. O autuado não se manifestou.

VOTO VENCIDO

De início, é importante registrar, que a exigência de ICMS formalizada no presente Auto de Infração diz respeito à omissão de saída de mercadoria tributada por utilização de documento fiscal inidôneo em operação de saída de mercadoria tributada, com a aplicação da multa de 100%.

Analisando a peça acusatória, vejo que a infração está enquadrada no art. 209 do RICMS-BA, que trata da consideração do documento fiscal inidôneo.

Entretanto, o que se constata neste PAF é a pretensão de exigência do imposto relativo à falta de recolhimento do ICMS, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento efetuado através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior àquele fornecido por instituições financeiras e administradoras dos citados cartões, com enquadramento na forma prevista no art. 2º, § 3º, inciso VI do RICMS/97, consoante ficou demonstrado na descrição dos fatos e nos demonstrativos que embasaram a autuação.

Portanto, verifico explícita desconformidade entre o enquadramento legal da infração e a pretensão fiscal, que são situações distintas, o que inquina de vício insanável o Auto de Infração, situação que foi expressamente reconhecida pelo preposto fiscal designado, por ocasião da informação fiscal.

Deste modo, é de se concluir que a divergência aventada vicia de forma absoluta o lançamento, vez que sua correção nos autos não é possível por implicar mudança de fulcro da acusação. Com base no art. 18, inciso IV, do RPAF/99, em concordância com os elementos trazidos aos autos, bem como, com o reconhecimento do preposto fiscal que prestou a informação ao PAF, declaro nulo o Auto de Infração.

Com fundamento no art. 156 do mesmo Regulamento, recomendo à autoridade competente a

renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas acima apontadas, no sentido de exigir eventual crédito tributário a favor da Fazenda Pública.

Diante do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Peço vênha para discordar do voto do ilustre colega Relator, pois não vejo como decretar a nulidade do presente lançamento pelas razões a seguir.

Consta na descrição dos fatos, em dois momentos, na peça vestibular, ou seja, no campo descrição dos fatos e logo abaixo da descrição da infração 01 – 05.09.01, após o demonstrativo do débito que *“as vendas em cartões de débito/crédito, informadas pelas administradoras dos citados cartões, excedeu as vendas em “Cupom Fiscal TEF” e/ou “Notas Fiscais de venda ao Consumidor” do contribuinte. Em sendo assim, caracteriza-se a presunção de omissão de saída. Note-se que apesar de intimado a apresentar planilha de proporcionalidade, o contribuinte não o fez”*.

Portanto, apesar de ser apontado no Auto de Infração em lide *“omissão de saída de mercadoria tributada por utilização de documento fiscal inidôneo em operação de saída de mercadoria tributada”*, existe a descrição fática de que esta omissão de saída decorreu por conta de vendas em cartões de débito/crédito em valores maiores do que os valores que o contribuinte forneceu à tributação, por meio de vendas através de cartão de crédito/débito.

Também os demonstrativos de fls. 07 a 14, que fazem parte integrante do Auto de Infração, (§ 4º, II, art.28 c/c art. 41, II, do RPAF/99 - Decreto nº 7.629/99), pontuam que a infração decorreu das apurações das vendas em cartões de débito/crédito, pelas Reduções Z e apuram o índice de proporcionalidade na comercialização de mercadorias tributadas, isentas, tributadas por antecipação, consoante norma da Portaria nº 056/2007.

Outrossim, o sujeito passivo recebeu o Relatório TEF Diário, consoante o Recibo de fl. 15. Portanto, em nenhum momento houve cerceamento de defesa para o contribuinte, que nem sequer o alegou em sua impugnação, pois entendeu a infração que lhe foi imputada e defendeu-se com os meios e recursos próprios.

Observo ainda que, embora o enquadramento legal da multa aplicada esteja equivocado, apontado como o art. 42, inciso IV, alínea “h” da Lei nº 7.014/96, este fato não invalida a autuação, pois a multa apontada no Auto de Infração é uma sugestão do autuante, que fica sujeita à aplicação deste órgão julgador, que poderá cancelar, reduzir, ou corrigi-la, nos termos do art. 176, I, RPAF/99. Neste caso, a multa a ser aplicada é a prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96. Ademais, o enquadramento da infração fica suplantado pela descrição fática e esta foi por duas vezes relatada no corpo do Auto de Infração, cabe aplicação do art. 19 do RPAF/99: *“a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro de indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.”*

Portanto, cabe a aplicação do § 2º do art. 18 do RPAF/99, *“Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingido a sua finalidade”*. Em conclusão, entendo que não há motivos que acarretem a nulidade do presente lançamento, além do que é possível a determinação da natureza da infração, do autuado e o montante do débito tributário.

Assim, ultrapassada a preliminar de nulidade, adentro no mérito, para apreciar a infração, regulada pelo § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/94, que trata das presunções legais, posto que está sendo exigido ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada mediante as vendas efetuadas por meio de cartões de crédito/débito e não oferecidas à tributação, nos meses de julho, agosto e setembro de 2006.

De acordo com o disposto no § 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96, “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.”

A planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito, está anexa fls. 07/08, referente ao exercício de 2006, e o sujeito passivo recebeu o Relatório TEF Diário, consoante CD de dados, fl. 16 e recibo de fl. 15.

Com o intuito de sanear o processo, tendo em vista a verificação da possibilidade de ser aplicada a Instrução Normativa nº 56/2007, o auditor fiscal aplicou o índice de proporcionalidade, de 87,6%, a partir das informações de aquisições de mercadorias, nos meses objeto da autuação, mas, posteriormente, aplicou o mesmo índice para os demais meses, com base nas planilhas elaboradas pelo contribuinte, fls. 77 a 86 do PAF. Deste modo, a infração passou a ser no valor de R\$ 8.014,00, e o autuado intimado para tomar conhecimento não se manifestou.

Deste modo, concordo com o resultado apurado pelo autuante, ao reduzir o valor da infração para R\$ 8.014,00, conforme planilhas de fls. 77 a 86, e Demonstrativo de fl. 89, que resultou no seguinte demonstrativo de débito:

Data Ocorr	Data Venc	B. de cálculo (R\$)	Aliq.%	ICMS (R\$)
31/07/2006	09/08/2006	19.487,24	17	3.312,83
31/08/2006	09/09/2006	16.171,24	17	2.749,11
30/09/2006	09/10/2006	11.482,71	17	1.952,06
TOTAL				8.014,00

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108875.0010/08-7**, lavrado contra **OPF MERCEARIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.014,00**, acrescido da multa de 70%, prevista no art.42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2011.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR/VOTO VENCIDO

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA/VOTO VENCEDOR