

PROCESSO - A. I. Nº 108875.0010/08-7
RECORRENTE - OPF MERCEARIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JFJ nº 0102-05/11
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 11/07/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0196-11/12

EMENTA: ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àsquelas 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. A aplicação do índice de proporcionalidade implicou diminuição do valor exigido. Preliminar de nulidade não acolhida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 5ª JFJ, que através do Acórdão JFJ Nº 0102-05/11, julgou Procedente em Parte o Auto de infração, lavrado em 19/12/2008, no valor de R\$ 9.519,96, em razão da constatação de omissão de saída de mercadoria tributada por utilização de documento fiscal inidôneo em operação de saída de mercadoria tributada. Consta na descrição dos fatos que se trata de omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

A Junta de Julgamento Fiscal, através de decisão não unânime, assim dirimiu a lide posta à sua apreciação:

“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.

Observe 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.”

Em seu Recurso Voluntário, às fls. 119 a 121 dos autos, o recorrente inicialmente esclarece que o autuante, após diligência fiscal sugeriu a imposição da multa, sob a alegação de ter apurado vendas com valores abaixo daquelas informadas pela operadora de cartão de crédito, porém, ao ser notificado, foi exigido um cumprimento de uma obrigação inexistente, já que o Auto de Infração o acusa de ter utilizado documento fiscal inidôneo, sem demonstrar, com fatos e provas, que documentos inidôneos são esses, já que, o equipamento emissor de cupom fiscal por ele utilizado, bem como seu aplicativo comercial, são devidamente homologados pela autoridade pública competente.

Disse que a total desconformidade entre o enquadramento legal da infração e a pretensão fiscal vicia completamente o auto de infração, ferindo o princípio da legalidade e da ampla defesa, causando uma incerteza jurídica quanto à eficácia dos atos administrativos.

Arguiu que o Auto de Infração contém vício insanável, conforme expressamente reconhecido pelo preposto fiscal designado, por ocasião da informação fiscal, não podendo ser objeto de reforma, uma vez que tal procedimento implica em mudança de fulcro da acusação, acarretando cerceamento de defesa.

Acrescenta que o fato do preposto fiscal enquadrar com inexatidão da multa aplicada, bem como não considerar os valores de registro da redução Z de julho a setembro de 2006, são fatos que invalidam a autuação.

Pugnou pela nulidade do Auto de Infração, invocando o artigo 18, IV, “a” do RPAF/99.

Remetidos os autos à PGE/PROFIS, para emissão de parecer, o Dr. José Augusto Martins Júnior opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário sob o entendimento de que as razões recursais não se amparam em qualquer prova documental e tampouco em argumento jurídico plausível, configurando-se uma autêntica contestação genérica.

VOTO

É objeto de Recurso Voluntário a Decisão da primeira instância que manteve parcialmente o lançamento tributário realizado, julgando o Auto de Infração procedente em parte.

A acusação fiscal refere-se “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%”.

Apesar da infração estar assim descrita, após analisar as peças que compõem o presente PAF, constato que na descrição do fato o autuante consignou que lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente da 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,

Para embasar a infração foram elaborados os demonstrativos de fls. 07 a 14, que demonstram claramente que o autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito e de débito, com as saídas declaradas pelo contribuinte como sendo vendas realizadas através de cartões de crédito e de débito através das Reduções, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito e de débito, conforme previsão contida no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96.

Ressalto que o sujeito passivo recebeu o Relatório TEF Diário, consoante o Recibo de fl. 15. Portanto, entendo que em nenhum momento houve cerceamento de defesa para o contribuinte, pois o mesmo entendeu a infração que lhe foi imputada, tanto que, ao apresentar a sua defesa pleiteou e foi atendido, através de diligência requerida pela JJF, a inclusão, nos meses de julho a setembro de vendas através de cartão não consideradas na peça inicial, assim como a aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 056/2007, o que resultou na redução do débito originalmente exigido de R\$9.519,96 para R\$8.014,00, demonstrando claramente que pretendia defender-se da presunção de 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 valor fornecido por instituição.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, mantendo, em todos os termos, a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **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, 12 de junho de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS