

**PROCESSO** - A. I. Nº 269610.0054/10-6  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - COMERCIAL DE ALIMENTOS FLOR DA CHAPADA LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4º JJF nº 0108-04/13  
**ORIGEM** - INFAZ ITABERABA  
**INTERNET** - 22.10.2013

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0321-12/13

**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 fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido. Efetivada a proporcionalidade, com base na Instrução Normativa nº 56/2007. Reduzido o valor exigido. Infração parcialmente subsistente. 2. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Valor reduzido por comprovação de registro tempestivo de parte dos documentos fiscais e expurgado os documentos fiscais que não foram resgatadas as cópias e comprovação do recebimento pelo contribuinte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.**

## RELATÓRIO

O presente processo foi encaminhado para esta Câmara, na forma de Recurso de Ofício, para exame da Decisão exarada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, consoante Acórdão nº 0108-04/13, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 130076.0008/07-2, lavrado em 27/06/2007, o qual reclama a cobrança do ICMS, no valor de R\$87.764,24, e multas por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$38.060,24 em decorrência das seguintes infrações:

*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 montante inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Apuradas omissões de NF ou cupom fiscal nas operações com cartão de crédito, confrontando-se dia a dia as vendas em cartão informadas pelas administradoras com as vendas constantes nas reduções Z, com forma de pagamento em cartão. Valor Histórico: R\$87.764,24. Período: janeiro 2005 a dezembro 2006. Multa de 70%;*

*Infração 02. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal. O contribuinte adentrou mercadorias no estabelecimento, sem a devida informação na escrita fiscal, como se verificou do confronto entre o SINTEGRA próprio, o SINTEGRA de terceiros, o CFAMT e as Notas Fiscais entregues ao fisco, sendo aplicada multa de 1% sobre o total apurado das diferenças, nas mercadorias isentas ou não tributáveis, e de 10% sobre as mercadorias tributáveis. Multa de 10%: R\$35.411,18. Período: dezembro 2005 e 2006;*

*Infração 03. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal. O contribuinte adentrou mercadorias no estabelecimento, sem a devida informação na escrita fiscal, como se verificou do confronto entre o SINTEGRA próprio, o SINTEGRA de terceiros, o CFAMT e as Notas Fiscais entregues ao fisco, sendo aplicada multa de 1% sobre o total apurado diferenças, nas mercadorias*

*isentas ou não tributáveis, e de 10% sobre as mercadorias tributáveis. Multa de 1%: R\$2.649,06. Período: dezembro 2005 e 2006.*

O autuado, às fls. 1274/1285, apresentou, tempestivamente, defesa, e o autuante, presta a informação fiscal (fls. 1315/1320), mantendo na íntegra a imputação 01 e acolhendo parcialmente as alegações referentes às infrações, 02 e 03, quanto as notas fiscais que o contribuinte confirmou a escrituração.

Em seguida o processo foi convertido em diligência, para a inspetoria de origem, fls. 1359/1360, objetivando providências, quanto à aplicação da proporcionalidade referente à infração 1 e saneadoras quanto às infrações 2 e 3.

Por meio do Acórdão JF Nº. 0108-04/13, o Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte, tendo o Relator, em seu voto, fundamentado a sua Decisão no teor adiante transcrito:

*O Auto de Infração exige ICMS e multa, relativos a três infrações: 1) Omissão de saída de mercadoria tributável apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartões de crédito e/ou débito em valores inferiores aos fornecidos pelas Administradoras dos cartões; 2) Entrada de mercadoria tributável no estabelecimento sem registro na escrita fiscal; 3) Entrada de mercadoria não tributável no estabelecimento sem registro na escrita fiscal.*

*Para a infração 1, arguindo decadência, o autuado suscitou a nulidade da exigência tributária relativa aos fatos geradores do período janeiro a novembro 2005 e, embora reconhecendo a ocorrência dos fatos geradores relativos ao período restante, pleiteou a aplicação da proporcionalidade indicada na Instrução Normativa nº 56/07. Para as infrações 1 e 2, arguiu nulidade por cerceamento ao seu direito de defesa em face da não entrega das notas fiscais que sustentam as acusações, e, embora de modo não muito claro, a improcedência por duplicidade de penalização em face da exigência do imposto (infração 1). De modo suplementar, também pediu a redução ou cancelamento das multas com base no §7º do art. 42, da Lei nº 7014/96.*

*Não acolho a nulidade suscitada pelas seguintes razões:*

*A uma, porque o procedimento fiscal atende as normas regulamentares, em especial quanto ao cumprimento dos requisitos dispostos nos artigos 15, 16, 19, 22, 26, 28, 38, 39, 41, 42, 44, 45 e 46, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia - RPAF/99. As infrações estão claramente descritas, foram corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais contidos nos autos.*

*A duas, porque as notas fiscais relacionadas nos demonstrativos SINTEGRA e CFAMT de fls. 37-55 que inicialmente não constavam dos autos, atendendo ao pleito do Impugnante, sendo um dos objetos da diligência de fl. 1359-1360, foram aportadas ao PAF (fls. 1404-1844) e as que constam registradas nos livros do autuado foram excluídas do lançamento. O lançamento foi ajustado com exclusão das notas fiscais escrituradas e das que inicialmente computadas, mas que não foram aportadas aos autos e foi aplicada a proporcionalidade prevista na IN 56/07. Saneou-se, assim, o vício na forma prevista no §1º do art. 18, do RPAF.*

*Quanto ao período de homologação, deve ser observado que o CONSEF/BA tem sedimentado entendimento que a decadência do direito de constituir crédito relacionado ao ICMS se opera de acordo com o art. 173 do CTN.*

*Portanto, em que pese o fato de parte da doutrina conceber que a fixação de prazo prevista no §4º do art. 150 do CTN somente serve para interstícios temporais menores que cinco anos, cumpre ressaltar que esse mesmo artigo confere à Lei competência para fixar prazo de homologação, o que nesse Estado foi feito no § 1º do art. 28 da Lei 3.956/81 (COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia), determinando o início da contagem a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte.*

*Ademais, o art. 107-B da Lei nº 3.956/1981 (COTEB), que incorporou o art. 150 do CTN, dispõe no seu § 5º que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 05 (cinco) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

*Portanto, considerando que as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator e que o contribuinte exerceu o direito à ampla defesa e contraditório demonstrando pleno conhecimento dos fatos arrolados no Auto de Infração, rejeito a nulidade suscitada.*

*O pedido de diligência foi atendido, os autos estão saneados e não vislumbro obscuridades, omissões ou lacunas que ensejem a necessidade de outra diligência, cujo pedido indefiro com fundamento no art. 147, I, do RPAF, uma vez que os elementos contidos nos autos são suficientes para formar minha convicção.*

*Compulsando os autos, vejo que a infração 1 inicialmente consta demonstrada nas fls. 56 a 84, inclusive Relatório TEF-Diário que consta no CD acostado à fl. 85, exigindo-se ICMS relativo às vendas por ECF pagas via cartões de crédito e/ou débito sem emissão do correspondente cupom fiscal.*

O contribuinte não contestou os dados da presunção da receita omitida da tributação na forma apurada. Apenas e como lhe é direito, protestou pela não aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07 que, sob alegação de uma discricionariedade que não lhe é permitida no exercício da função fiscal estritamente vinculada à lei, o autuante não aplicou.

Considerando que por força da diligência fiscal o lançamento foi devidamente ajustado aplicando-se a proporcionalidade requerida pelo autuado, acolho o demonstrativo de fls. 1368-1369 que reduz a exigência fiscal da infração 1 de R\$53.803,92 para R\$ 21.337,94 (2005) e de R\$ 33.960,32 para R\$ 15.025,28 (2006), valores estes, por sinal, reconhecidos devidos pelo contribuinte, tendo em vista seu pedido de parcelamento para pagamento, conforme pedido de fls. 1859-1860.

*Infração procedente em parte.*

Pelas infrações 2 e 3 (entrada de mercadoria no estabelecimento sem registro na escrita fiscal) propõe-se a aplicação da multa pelo descumprimento de obrigação acessória prevista no art. 42, IX e XI, respectivamente.

Defendendo-se dessas infrações, o autuado, além da alegação de cerceamento ao seu direito de defesa como visto e superado na apreciação da preliminar, pediu a exclusão das diversas notas fiscais relacionadas às fls. 1301-1306, por estarem devidamente escrituradas em seus livros. Ademais disso, falando que, por isso, lhe fora exigido imposto, alegou uma duplicidade de pena pecuniária, aduzindo que, caso mantidas as infrações, as multas fossem canceladas com fundamento no § 7º do art. 42, da Lei nº 7014/96.

Pois bem, o saneamento do vício apontado e que, de fato, cerceava o amplo direito de defesa do autuado, bem como a exclusão das notas fiscais que inicialmente indevidamente compunham a autuação por estarem registradas na escrita fiscal foram objetos da diligência fiscal que ajustou o valor das multas pelas infrações.

Neste caso, não há falar em dupla penalidade, haja vista que pela infração 1 se exige imposto relativo à presunção legal de saídas de mercadorias tributáveis omitidas apuradas via levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido pelas Administradoras tendo sido aplicada à proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, enquanto que pelas infrações 2 e 3 se aplica penalidade pelo descumprimento da obrigação acessória referente à falta de registro dos documentos relativos às aquisições de mercadorias na escrita fiscal.

Aplica-se, portanto, nesse caso, a cumulatividade penal prevista no §4º do art. 42, da Lei nº 7014/96, uma vez que a multa pelo descumprimento da obrigação acessória é absorvida pela multa para o descumprimento da obrigação principal apenas quando seja uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, não sendo este o caso, uma vez que a obrigação principal exigida nessa infração, repito, é concernente às saídas omitidas e não à falta de registro das notas.

Ressaltando que o cometimento das infrações resta comprovado nos autos e considerando que intimado do resultado da diligência (fl. 1857), o autuado não se manifestou, aplicando a disposição do art. 143 do RPAF, acolho as planilhas ajustadas de fls. 1370-1375 e o novo demonstrativo dos valores exigidos (fl. 1367), com o que a multa pela infração 1 em 2005 passa de R\$ 26.355,38 para R\$ 19.370,70 e em 2006 de R\$ 9.055,80 para R\$ 7.214,15. Do mesmo modo, a multa pela infração 2 em 2005 passa de R\$ 1.583,78 para R\$ 11.017,75 e em 2006 de R\$ 1.065,28 para R\$ 1.034,72. Após preliminares contestações, o autuado reconheceu devido esses valores pedindo parcelamento do débito, conforme fls. 1887-1898.

*Infrações procedentes em parte.*

Ante o exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido, conforme demonstrativo abaixo:

INF.	RESULTADO	VLR HISTÓRICO (R\$)	VLR JULGADO (R\$)	MULTA
1	PROCEDENTE EM PARTE	87.764,24	36.363,23	70%
2	PROCEDENTE EM PARTE	35.411,18	26.584,85	-----
3	PROCEDENTE EM PARTE	2.649,06	2.052,47	-----
<b>TOTAL</b>		<b>125.824,48</b>	<b>65.000,55</b>	

Face a desoneração decorrente da Decisão, a JF formalizou o pertinente Recurso de Ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, em obediência à legislação vigente (art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99).

## VOTO

Versa este PAF, consoante explicitado no Relatório, sobre três infrações acima descritas detalhadamente, sendo todas objeto do presente Recurso de Ofício, contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

Examinada, cuidadosamente, a procedimentalidade, verifica-se ter sido a Decisão recorrida exemplarmente julgada, desmerecendo qualquer tipo de reforma, porquanto, consoante reproduzido no Relatório, foram de forma incensurável, acolhidos os argumentos sustentados pelo sujeito passivo, os quais se encontravam alicerçados em elementos probantes.

Com efeito, no que tange à infração 1, analisados os elementos acostados à demanda, principalmente a manifestação sobre a diligência fiscal, por auditor designado pela Inspetoria de origem e os demonstrativos de fls. 1368/1369, onde estão demonstrados os valores apurados pelo auditor diligente, após a aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007, com base nas informações contidas nas DMAS e comprovadas, em atenção ao solicitado na diligência determinada pela JJF, reputo como correta a conclusão da Decisão recorrida, reduzindo a exigência fiscal da infração 1 de R\$53.803,92 para R\$21.337,94, exercício de 2005 e de R\$33.960,32 para R\$15.025,28 para o exercício de 2006, valores estes, conforme se verifica nos autos reconhecidos pelo sujeito passivo, inclusive com o pedido de parcelamento para pagamento constante às fls. 1859/1860.

Nesse contexto, relativamente à infração 1, o Recurso não pode prosperar, posto que demonstrada a existência, no período constante da autuação, de operações de saídas com mercadorias isentas, não tributadas e sujeitas à substituição tributária, devendo ser aplicada a Instrução Normativa nº 56/07, disso restando a redução do valor originalmente imputado, ao contribuinte, conforme atestam os documentos anexados quando do atendimento das diligências.

Tangentemente às imputações 2 e 3, onde são exigidas multa pelo descumprimento de obrigação acessória, previstas no artigo 42, IX, XI, respectivamente, pela falta de escrituração de notas fiscais de entradas de mercadorias tributadas e não tributáveis.

Destaco o aspecto de ser a matéria eminentemente fática, encontrando-se o julgamento de primeira instância embasado em provas documentais, valendo salientar que ditos fatos-suportes foram acolhidos pelo próprio Auditor designado pela Inspetoria em substituição ao autuante, na oportunidade em que foi solicitado pela JJF a exclusão das notas fiscais cujas cópias não foram disponibilizadas para o autuado, bem como as notas fiscais obtidas junto ao SINTEGRA, que não estivessem acompanhadas de provas da efetiva realização das operações pelo sujeito passivo, disso resultando os ajustes e correções efetuados pelo auditor diligente e acatados integralmente pela Junta de Julgamento Fiscal.

Assim é que, após ajustes e correções efetuados pelo auditor e acatados, de forma integral, pela Junta de Julgamento Fiscal, quando foram refeitos e acompanharam a Decisão os novos demonstrativos de débito, referentes a cada imputação, os quais, no ensejo, reputo incensuráveis, porquanto em estrita consonância com as normas vigentes, disso resultando, no particular, a procedência parcial das referidas infrações.

Ante o exposto, evitando delongas desnecessárias, comungo do entendimento esposado pela Instância de Piso, no sentido de acolher a revisão dos demonstrativos de débito realizada pelo auditor diligente, fl. 1367, acompanhado dos demonstrativos de fls. 1370/1375 de tudo restando a redução dos valores totais das imputações para infração 2, R\$135.411,18 para R\$26.854,85 e para a infração 3 de R\$2.469,06 para R\$2.052,47, repita-se, em conformidade com as provas que se encontram apresentadas no PAF, valores esses reconhecidos pelo sujeito passivo, conforme atestam os documentos de Pedido de Parcelamento de fls. 1887/1888. .

Concludentemente, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício advindo da 4ª JJF, ratificada a Decisão e mantido o valor ali fixado para as imputações rotuladas como 1, 2 e 3, de acordo com o demonstrativo de débito abaixo, devendo serem homologados os valores já efetivamente pagos.

INF.	RESULTADO	VLR HISTÓRICO (R\$)	VLR JULGADO (R\$)	MULTA
1	PROCEDENTE EM PARTE	87.764,24	36.363,23	70%
2	PROCEDENTE EM PARTE	35.411,18	26.584,85	-----
3	PROCEDENTE EM PARTE	2.649,06	2.052,47	-----
<b>TOTAL</b>		<b>125.824,48</b>	<b>65.000,55</b>	

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269610.0054/10-6**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS FLOR DA CHAPADA LTDA.** devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36.363,23**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$28.637,32**, prevista nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de outubro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

LEILA VON SÖHSTEN RAMALHO - REPR. DA PGE/PROFIS