

A. I. Nº - 269610.0054/10-6
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS FLOR DA CHAPADA LTDA. (SUPERMERCADO FLOR DA CHAPADA)
AUTUANTE - GILSON GILENO DE SÁ OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET 05.06.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0108-04/13

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS REGISTRADOS NO ECF. 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. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. 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. Rejeitado pedido de cancelamento ou redução de multa. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/12/2010, reclama ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no total de R\$125.824,48, imputando ao autuado as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Omissão de saída da mercadoria tributada, 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. 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 2 - 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 3 - 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 apresenta defesa às fls. 1274/1285. Descreve as imputações e, com relação à infração 1, requer nulidade das ocorrências de Janeiro/2005 a Novembro/2005 por arguição de decadência.

Para o período dezembro 2005 a dezembro 2006 chama atenção para a proporcionalidade editada na Instrução Normativa nº 56/2007, que não foi aplicada e junta a planilha de fl. 1299 para demonstrar o que entende devido.

Frisa que ampara o pleito da decadência no art. 173, II, do CTN e reproduz o art. 59 do Dec. 70.235/72, além de doutrinas nesse sentido.

Diz que como o objeto da nulidade parcial da infração 1 é a decadência, a parte impugnada deve ser extinta sem julgamento do mérito. Sem citá-los, fala que há diversos julgados (inclusive do Conselho de Recursos Fiscais – CARF) sobre essa matéria, cujo entendimento se reporta a considerar decaído o direito de exigência do crédito tributário, quando a ciência é efetuada depois de findo o prazo quinquenal estabelecido no art. 173, I, do CTN.

Argumenta que o STJ vem decidindo nos seguintes termos: a) o art. 173, I, do CTN deve ser interpretado em conjunto com seu art. 150, §4º; b) o termo inicial da decadência prevista no art. 173, I não é a data em que ocorreu o fato gerador; c) a decadência relativa ao direito de constituir crédito tributário somente ocorre depois de cinco anos, contados do exercício seguinte em que se extinguiu o direito potestativo de o estado rever e homologar o lançamento; d) se o fato gerador ocorreu em outubro de 1974, a decadência opera-se em 1º de janeiro de 1985 (Resp 69.308-SP. 1ª Turma).

Nesta esteira, cita o Acórdão 203-09091 do 2º Conselho de Contribuintes / 3ª. Câmara / Publicado no DOU em: 28.07.2004 - Relator: VALMAR FONSÊCA DE MENEZES - Recorrente: MERCANTIL COMERCIAL DE SECOS E MOLHADOS LTDA.

Portanto, reafirma a nulidade para as ocorrências do período jan/05 a nov/05, e reconhece a procedência parcial dos períodos de dez/05 a dez/06.

Sobre as infrações 2 e 3, salienta que ficou cerceado no seu direito de defesa, visto que não conhece o verdadeiro teor da acusação, pois a fiscalização não definiu como obteve cada documento objeto da autuação e, mais que isso, era essencial que lhe fosse possibilitado um prévio conhecimento dos documentos.

Entretanto, observa que, apesar de não lhe ter sido entregue as referidas notas fiscais, localizou algumas e as apresenta nesta oportunidade lançadas e escrituradas, conforme planilha que anexa. Quanto às demais notas fiscais que não apresenta se justifica em face de o autuante não lhe ter entregue.

Registra que o autuante não teve o cuidado de buscar informações na contabilidade ou na escrita fiscal dos emitentes das notas fiscais, o que deveria ter feito, por dever de ofício. Aduz que, para tanto, existe um roteiro de auditoria denominado circularização. Por conta disto, e com base no Princípio da Inquisitorialidade, pede a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, a fim de que seja levado a efeito o roteiro de auditoria denominado circularização.

Ratifica o argumento de cerceamento de defesa em face do não-recebimento das notas fiscais em comento. Quanto à exigência que se faz da apresentação de tais notas que não possui, salienta que cabe ao Estado investigar, com todas as suas prerrogativas para comprovar sua “suspeita”, pois não lhe compete fazer provas negativas.

Diz que a presunção admitida pelo autuante não goza de certeza jurídica e que seria essencial a demonstração das notas fiscais pelo preposto fiscal, mas a fim de atender, e por excesso de cuidado e zelo localizou as que foram possíveis obter, vez que lhe deveria ter sido entregues todas.

Não obstante suas explicações, se ainda se entenda que a acusação deva prosperar, ainda que parcialmente, diz ser obrigatório refazer o demonstrativo fiscal, a fim de conceder-lhe as notas fiscais objeto da acusação. Neste sentido, requer diligência fiscal.

Transcrevendo o art. 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96, argumenta que, supondo restar confirmada a irregularidade fiscal, entende que a sanção a ser aplicada seria a multa de 10% ou 1% do valor comercial das mercadorias, e não a exigência do imposto, por ser a penalidade mais branda, em face da previsão contida no art. 112 do CTN.

Desta forma, se for mantida as infrações 02 e 03 ainda que parcialmente, será preciso se fazer uma diligência fiscal a fim de que se aplique os citados percentuais de multa, conforme as operações sejam tributáveis ou não. Portanto, entende improcedente a presunção indicada nas infrações 02 e 03.

Ao final, sintetizando as infrações, pede: a) nulidade parcial da infração 1 em face da decadência relativa às ocorrências do período janeiro a novembro 2005 e procedência das ocorrências dezembro 2005 a dezembro 2006, aplicando-se a proporcionalidade, conforme demonstrativo apresentado; b) improcedência das infrações 2 e 3 diligência para que lhe seja entregue as notas fiscais e excluídas as notas fiscais lançadas e escrituradas conforme planilha em anexo; c) cancelamento da multa conforme previsto no art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96.

O autuante presta informação fiscal às fls. 1315 a 1320. O reproduzindo, estranha a posição do contribuinte sobre a interpretação do Art. 173, do CTN porque o próprio confirma a posição do STJ no sentido de manter o prazo. No entanto, na postulação, diz que devem ser declaradas caducas as exações dos períodos de janeiro a novembro de 2005.

Afirma que, conforme o REsp 719350 cuja ementa transcreve, o STJ já pacificou a interpretação conjunta dos arts. 173 e 150 do CTN, declarando que: “... o prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o ‘primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado’ corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário ...”.

Quanto à aplicação da Instrução Normativa nº 56/2007, ressalta que é disposição interna de que não ressaí direito para o contribuinte, por representar uma faculdade ao fiscal (“poderá”) e está em conflito com a Lei nº 7.014/96, art. 4º, § 4º, VI, “b”.

Assevera que o comportamento comercial do contribuinte, apurado por seus índices contábeis, gera dúvidas em razão da enorme flutuação de lucratividade das mercadorias, em função do ano, como se vê em tabela anexa, tornando duvidoso usar índices baseados na proporção dos valores de entrada das mercadorias, para cada situação tributária, razão pela qual não aplicou a Instrução Normativa nº 56/07.

Sobre as infrações 2 e 3, diz que a situação declinada não se subsume ao conceito jurídico da prova negativa, pois corresponde a uma situação genérica, com distensão vasta no tempo e no espaço, em que não seria razoável pedir à parte que produzisse prova sobre o fato, em função da sua inviabilidade. Por exemplo: “exigir-se prova de que a pessoa “é honesta”. A pessoa deveria provar que, a todo o tempo e em todos os lugares por onde percorreu, ela jamais praticou um ato desonesto, o que parece claramente inviável”.

Entende que a situação, neste caso, é específica, pois se aponta na nota fiscal: o valor, a data da transação e o CNPJ do fornecedor com o qual o contribuinte mantém estreitos laços comerciais, assim, tanto é que, anteriormente à emissão desta nota fiscal, posta sob dúvida pelo contribuinte, e posteriormente, o mesmo realizou e continua realizando operações comerciais com o fornecedor, sem nenhum tipo de entrave ou dificuldade.

Com relação à disposição de poder de polícia e de poder de fiscalizar outros contribuintes, diz que não exigiu que o contribuinte usasse de poder de polícia ou de poder de fiscalizar outros contribuintes e o autuado não demonstrou que tentou obter ou confirmar informação com outro contribuinte (seu fornecedor) e que este se recusou a prestar-lhe informações.

Enfatiza que nenhuma legislação prevê que prova documental em procedimento ou processo tributário tenha de ser “cópia de nota fiscal”. Entende que o Auto de Infração contém prova documental, como sejam, relatórios do CFAMT e do SINTEGRA.

Diz que o SINTEGRA corresponde a declarações de terceiros contribuintes passadas por meio magnético, informando sobre suas movimentações e as operações que realizam com outros contribuintes ou com consumidores, sendo um documento de natureza essencialmente declaratória e, a princípio, isento de ânimos, que constitui, por excelência, prova documental. Enfatiza que um mesmo sistema informatizado imprime as notas fiscais do fornecedor do autuado e sumariza as informações das notas fiscais deste fornecedor, gerando o arquivo do SINTEGRA.

Desta maneira, reitera que não é de haver diferença entre a informação constante do arquivo SINTEGRA e a informação constante em cada nota fiscal, de sorte que o contribuinte dizer que não confirma a operação constante no SINTEGRA equivale a não reconhecer a operação constante em uma nota fiscal. Diz que ao contribuinte é endereçado o risco da atividade empresarial e o fisco não pode deixar de considerar o princípio da boa-fé, pelo qual os documentos emitidos com declarações de terceiros são prova documental para todos os efeitos de direito e fazem prova contra o contribuinte. Assim como acontece com nota fiscal não reconhecida, se o contribuinte não reconhece as informações constantes no SINTEGRA (em tese, iguais às das notas fiscais correspondentes, pois geradas pelo mesmo sistema) cabe a ele também, nesta hipótese, alegar e comprovar falsidade ou fraude documental destes documentos para desconstituir a presunção *juris tantum* de veracidade de que gozam os documentos declaratórios do SINTEGRA.

Com relação ao CFAMT, declara que é um documento de listagem das 3^{as} e/ou 4^{as} vias de notas fiscais capturadas no trânsito, por servidores públicos ou por alguém a seu serviço, sendo elaborado de forma neutra, pois quem os digita nem imagina se algum dia algum contribuinte irá por em dúvida o conteúdo daquelas notas fiscais. Entende que as cópias das notas fiscais representam desnecessários elementos de prova adicional, já que os fatos se encontram provados pelos documentos juntados, acrescentando que a lei não exige do fisco a obrigatoriedade de provar as suas alegações por dois ou mais meios diferentes.

Aduz que ao analisar a questão de forma extremada, nem mesmo cópia de nota fiscal representa prova absoluta da realização da operação porque um fornecedor pode extrair nota fiscal em nome de outro contribuinte, por engano ou maliciosamente, sem que a operação seja realizada ou que seja realizada para outro contribuinte. Desta maneira, não haveria prova absoluta da realização da operação. Assim, cabe ao fisco apresentar prova de suas alegações e cabe ao contribuinte efetuar prova de sua discordância.

Firma entendimento que a legislação processual prevê que o ônus da prova cabe a quem alega. O fisco juntou documentos CFAMT e SINTEGRA. Se o contribuinte os impugna, cabe a ele o ônus de provar a suposta não veracidade destes documentos, conforme pressupõe o art. 143 do RPAF.

Diante disto, pontua não restar dúvida de que relatórios do CFAMT e do SINTEGRA gozam de presunção de veracidade. Entende que a desconstituição de veracidade dos documentos juntados como prova passa pela alegação e comprovação de falsidade ideológica ou de falsificação documental. Em caso contrário, vigem as provisões (*sic*) do art. 143 do RPAF.

Quanto à questão de revisão dos percentuais de multas aplicadas nestas infrações ora combatidas (de 10% e 1%), observa que os percentuais mencionados são exatamente os que foram usados no cálculo do débito das infrações.

Informa ter refeitos os cálculos excluindo as notas fiscais que o contribuinte conseguiu localizar, o que gerou os novos demonstrativos anexos.

Conclui pedindo a Procedência Parcial do Auto de Infração.

Às fls. 1342/1348 o autuado se manifesta sobre a informação fiscal. Diz que os argumentos do autuante no que se refere a decadência são absoletos e que a recusa do autuante em utilizar a Instrução Normativa nº 56/07 não encontra respaldo legal de acordo com o entendimento do CONSEF, e ainda, a forma de cálculo que apresenta, além de não seguir a orientação doutrinária, legal e jurisprudencial, não encontra nenhum acolhimento em dispositivo a que possa ser aplicado no Estado da Bahia, razão pela qual deve ser reconhecida sua inicial de defesa, em especial, quanto aos argumentos relativos à decadência, que repete.

Para as infrações 2 e 3, também repete as razões trazidas na inicial, e que a ausência das notas fiscais cerceia o direito de defesa, conforme reiterado entendimento do CONSEF e que excluindo do lançamento todas as notas que apresentou na defesa, se conclui ser a única parte aproveitável da informação fiscal e que se ainda for entendido que a acusação deva prosperar, mesmo que parcialmente, será obrigatório o refazimento do demonstrativo fiscal, afim de excluir as notas fiscais objetos da acusação, por força da diligência.

Por fim, pede: a) acolhimento da decadência relativa aos fatos geradores do período janeiro a novembro 2005; b) improcedência das infrações 2 e 3 ou diligência para exclusão das notas fiscais não apresentadas; c) que as intimações sejam enviadas ao endereço do seu representante legal.

Às fls. 1359/1360, o relator solicitou diligência para que fossem adotadas as seguintes providências:

- a) “Intimar o autuado a apresentar: a.1) demonstrativo relacionando, separadamente, as notas fiscais de saídas ou entradas das mercadorias sujeitas à tributação normal, sujeitas à substituição tributária, isentas, ou seja, de tributação normal e outras, acompanhado dos respectivos livros fiscais referentes a todo o período fiscalizado; a.2) demonstrativo sintético, indicando a proporção das distintas situações tributárias citadas;*
- b) Atendido o exposto no item “a”, se for o caso, conferir a proporcionalidade e aplicá-la no levantamento fiscal concernente à infração 1, conforme prevista na Instrução Normativa nº 56/07;*
- c) Juntar ao processo e fornecer ao contribuinte cópias das notas fiscais que restarem na exigência fiscal relativas às infrações 2 e 3;*
- d) Com relação às notas fiscais cujas informações foram obtidas no SINTEGRA, juntar provas da efetiva realização das operações pelo sujeito passivo, a exemplo de: prova de recebimento das mercadorias; prova de pagamento das operações ao fornecedor pelo autuado; prova de transporte das mercadorias pelo autuado; etc.*
- e) Se for o caso, excluir das infrações 2 e 3, as notas fiscais cujas cópias não sejam disponibilizadas ao autuado;*
- f) Se for o caso, excluir das infrações 02 e 03, as notas fiscais com informações obtidas no SINTEGRA sem prova da efetiva realização das operações, por parte do autuado;*
- g) Se for o caso, elaborar novos demonstrativos das infrações, inclusive demonstrativo de débito.”*

Após as providências solicitadas, cientificar o autuado do resultado da diligência, concedendo o prazo de 10 (dez) dias para, caso queira o autuado, se pronunciar, depois retornar ao CONSEF para prosseguimento processual dos autos.

Na fl. 1367, em atendimento da solicitação de diligência deferida pela 4ª JJF, o Auditor Fiscal estranho ao feito Joelson Rocha Santana disse que:

Na infração 1, foi aplicado a Instrução Normativa nº 56/2007, considerando a proporção das saídas de mercadorias tributáveis e não tributáveis informadas na DMA (anexa), resultando na redução do ICMS lançado nos exercícios de 2005 de R\$53.803,92 para R\$21.337,94 e, em 2006, de R\$33.960,32 para R\$15.025,28 (anexo).

Quanto às infrações 2 e 3, elaborou, por orientação do relator, as circularizações e encaminhamentos aos fornecedores listados na relação SINTEGRA e CFAMT, juntou todas as cópias das notas fiscais, exceto aquelas que os fornecedores não enviaram por motivo de ter descartado o material, justificando que o prazo dos cinco anos já havia transcorrido. Afirmou que para essas notas não enviadas, juntou cópia eletrônica da respectiva nota fiscal e as demais foram excluídas do cálculo. Também foi refeito o cálculo de cada infração e os valores da base de cálculo. Assim, a infração 2 passa a ser R\$7.214,15 e a terceira infração passa ao valor de R\$1.034,72.

Cientificado do resultado da diligência, o autuado não se manifestou.

Nas fls. 1859/1860, consta requerimento de parcelamento de débito com o demonstrativo no valor de R\$36.363,23, também, extratos de parcelamento do sistema SIGAT, fls.1862/1870, constando evidenciada a partilha do débito em 40 parcelas, sendo parcelado o valor de R\$79.254,57, fl. 1864, e, tendo como parcela corrigida no valor de R\$3.636,32.

Na assentada de julgamento o PAF foi deferida a diligência de fl. 1873, cuja resposta entendida não satisfatória foi dada à fl. 1880. Por conta disso, conforme fl. 1884, o PAF foi retornado à Infaz de origem.

Conforme requerimento de fls. 1887-1888, o valor ajustado exigido pelas infrações 2 e 3 foi reconhecido pelo autuado e objeto de parcelamento (fls. 1887-1898).

VOTO

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 fls. 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	----
TOTAL		125.824,48	65.000,55	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **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 autuado 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.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de maio de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR