

**A. I. N°** - 281105.0008/07-0  
**AUTUADO** - MERCADINHO G. CARMO LTDA.  
**AUTUANTE** - JALON SANTOS OLIVEIRA  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 19.06.08

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0174-04/08**

**EMENTA:** ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. 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. Documentos juntados com a defesa comprovam em parte a ilegitimidade da presunção. Refeitos os demonstrativos originais em função da proporcionalidade das saídas tributadas e não tributadas. Infração parcialmente elidida. Rejeitada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 21/08/07 para exigir o ICMS no valor de R\$26.898,86 acrescido da multa de 70%, em decorrência da 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito (2006).

O autuado, na defesa apresentada (fls. 20 a 32), inicialmente discorre sobre a infração e suscita sua nulidade alegando que embora tenha fornecido cópia do relatório entregue pelas empresas administradoras de cartão de crédito, o mesmo não pode ser analisado em virtude de não ter sido entregue impresso, que considera correto. Afirma que tentou acessar o relatório TEF que lhe foi entregue gravado em meio magnético (CD), mas que o mesmo apresentou defeito, não possibilitando ter conhecimento do seu conteúdo o que comprometeu o exercício do seu direito de defesa. Requer a nulidade da autuação, por violar o princípio constitucional estabelecido no art. 5º, LV da Constituição Federal (CF 88). Transcreveu às fls. 21/23, parte de texto de autoria do jurista Marco Aurélio Greco e diversas decisões prolatadas por Tribunais Superiores e pelo Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF) para reforçar o seu posicionamento.

No mérito, diz que a irregularidade que está sendo acusado, não foi comprovada, em vista da não apresentação do Relatório de Informação TEF e que mesmo assim pela análise dos valores apresentados, carece analisar algumas peculiaridades do seu negócio que passou a expor.

Afirma que exerce atividade de comercialização de produtos alimentícios, na sua maioria hortifrutigrangeiros, agropecuários e extrativos animais e vegetais, conforme relacionou à fl. 24,

que são isentos de tributação do ICMS de acordo com o art. 14 do RICMS/BA, e que pode ser constatado pela análise das bobinas do seu equipamento ECF.

Argumenta ainda, que negocia grande quantidade de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, com pagamento do ICMS por antecipação, em quantidade cada vez maior, conforme relacionou à fl. 24, cuja fase de tributação se encerra no momento da entrada no estabelecimento, além de produtos tributados com alíquotas de 7% (milho, arroz, feijão, sal de cozinha e fubá de milho) e ainda, com base de cálculo reduzida (óleo de soja, charque).

Afirma que suas vendas são registradas no equipamento ECF e que no seu entendimento, a mera divergência entre os valores informados na leitura Redução Z e o informado no relatório TEF, “não é motivo plausível e indubitável para se proceder à autuação”, o que pode ser verificado mediante outras técnicas de auditoria. Diz que falta certeza e liquidez no lançamento, bem como não foram observadas as saídas isentas e com pagamento do imposto antecipado, conforme decisão contida no Acórdão CJF 0333-11/05 que julgou nulo lançamento similar.

Afirma que em média negocia 65% de mercadorias isentas e antecipadas, conforme anteriormente exposto, transcreve diversas decisões do CONSEF (fls. 25 a 27), que decidiram pela nulidade em função da inadequação do roteiro de auditoria aplicada ou improcedente em decorrência da constatação de comercialização exclusiva com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cujas saídas posteriores são desoneradas do ICMS.

Alega que na remota impossibilidade de ser acolhido o pleito de nulidade, requer que com base no princípio da proporcionalidade, sejam deduzidos da base de cálculo apurada, os valores relativos a saídas tributadas antecipadamente, isentas e com redução de base de cálculo, a exemplo da decisão contida no Acórdão CJF 0291-12/06 que transcreveu às fls. 27/28, conforme demonstrativos juntados às fls. 35 a 38, o que resultou em débito de R\$10.621,42, conforme resumo às fls. 28 a 31.

Por fim, requer a nulidade ou improcedência da autuação e caso não acatada, que seja aplicada a proporcionalidade para apurar o ICMS devido corretamente.

O autuante na informação fiscal prestada à fl. 714, propôs que em virtude da alegação defensiva de que não pode abrir o arquivo magnético que lhe foi fornecido gravado em CD, que fosse intimado o contribuinte para receber cópia do Relatório TEF impresso, bem como, que o contribuinte apresentasse cópia de todas as notas fiscais relacionadas no demonstrativo juntado pelo autuado com a defesa.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 717), inclusive para apresentação das notas fiscais de entradas de mercadorias, tendo recebido cópia do relatório TEF, reaberto o prazo de defesa e juntado novos documentos às fls. 737 a 800.

O contribuinte manifestou-se às fls. 804 a 815, tendo reiterados todos os termos da Defesa inicial.

O autuante prestou nova informação fiscal às fls. 816 a 818, inicialmente discorreu sobre as alegações defensivas e disse que após a análise dos argumentos defensivos em confronto com os documentos juntados com a defesa, reconhece que as atividades desenvolvidas pelo contribuinte comprovam que comercializa produtos isentos e tributados antecipadamente.

Esclarece que o contribuinte foi intimado para apresentar todas as notas fiscais de compras relativas ao período autuado, conforme declarado na DME, mas que o mesmo deixou de apresentar notas fiscais que totalizam R\$83.404,80. Pondera que até que se faça a apresentação das notas fiscais faltantes, devem ser consideradas, as operações não comprovadas, como se fossem operações tributadas.

De tudo que foi exposto, afirma que refez os demonstrativos originais com base nas alegações defensivas e nos documentos juntados com a defesa e manifestação do contribuinte, o que resultou em redução do débito original de R\$26.898,86 para R\$13.897,41, conforme planilhas juntadas às fls. 820 a 836 e demonstrativo de débito à fl. 819.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal (fls. 837/838), inclusive fornecido cópias dos documentos acostados com a mesma, tendo sido concedido prazo de dez dias para se manifestar, o que não ocorreu no prazo legal.

## VOTO

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que recebeu o relatório fornecido pelas empresas administradoras de cartão de crédito (TEF) em meio magnético (CD), mas que não conseguiu ter acesso ao mesmo, e que por isso teve cerceado o seu direito de defesa. Não acato tal alegação, tendo em vista que a Inspetoria Fazendária providenciou a entrega impressa do mencionado relatório (fl. 717), reabriu o prazo de defesa, o que possibilitou ao recorrente exercer o seu direito de defesa, nos termos do art. 18 do RPAF/BA.

No mérito, o Auto de Infração acusa a falta de recolhimento de ICMS a título de presunção em decorrência da 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Na defesa apresentada o autuado alegou que comercializava produtos:

- isentos e tributados antecipadamente com percentual aproximado de 65%;
- sujeitos à alíquota de 7% e com redução de base de cálculo.

Pediu que fosse aplicada a proporcionalidade sobre os valores exigidos a título de presunção.

Ressalto que o art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542, com efeitos a partir de 28/12/02, determina que:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

§ 4º O fato de a escrituração indicar... 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.

Tendo a fiscalização apurado diferença entre o valor das vendas informadas pelas empresas administradoras de cartão de crédito e o valor das vendas registradas na redução Z do equipamento ECF do contribuinte, conforme demonstrativo à fl. 7, fica caracterizado o cometimento da infração, sendo ressalvado ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção, fato que não ocorreu.

Com relação ao pedido de aplicação da proporcionalidade entre as operações tributadas e não tributadas, verifico que o contribuinte apresentou demonstrativos mensais, os quais foram consolidados no demonstrativo acostado à fl. 35. Por sua vez, o autuante contestou os percentuais apurados pelo defendente, tendo em vista que não foram apresentadas todas as notas fiscais de compras do período fiscalizado e apresentou demonstrativo próprio às fls. 820 a 836, no qual apurou percentual de compras tributáveis de 52%, o qual foi aplicado sobre o valor mensal das omissões apuradas a título de presunção. Considerando que o autuado tomou conhecimento da informação fiscal e não contestou os percentuais apurados e o débito indicado pelo autuante, acato o demonstrativo juntado por ele à fl. 819 e considero devido o valor de R\$13.987,41.

Relativamente ao pedido de que fosse aplicada a proporcionalidade em relação às alíquotas, verifico que o autuante tendo apurado a base de cálculo das omissões, aplicou a alíquota de 17% e deduziu o crédito de 8% previsto na legislação do ICMS, em virtude do estabelecimento está inscrito no SIMBAHIA e apurar o imposto pelo regime simplificado. Portanto, em se tratando de imposto exigido a título de presunção, entendo que foi afastada a exigência fiscal, relativa às operações isentas e tributadas antecipadamente, não cabendo a aplicação da alíquota proporcional, visto que não se sabe qual operação tributada deixou de ser registrada, para se aplicar a alíquota correta. Além do mais, foi concedido o crédito presumido de 8% previsto para as infrações de natureza grave, o que resulta efetivamente em débito de 9% sobre o faturamento, o que se aproxima do percentual de 7% pretendido pela recorrente, além de que, ao tomar

conhecimento do resultado da diligência, o contribuinte não se manifestou sobre a mesma, o que implicitamente significa ter concordado com o percentual apresentado pelo autuante, devendo ser admitido como verídico, visto que não apresentou provas em contrário, de acordo com o disposto no art. 140 do RPAF/BA.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

### **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 **281105.0008/07-0** lavrado contra **MERCADINHO G. CARMO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.987,41**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de junho de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR