

**PROCESSO** - A. I. N° 178891.6006/07-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - BAR E RESTAURANTE DONA FLOR LTDA. (DONA FLOR BAR)  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0428-01/08  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 18/06/2009

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0155-12/09

**EMENTA:** ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior àquele 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 da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, assim como a manutenção do crédito presumido de 8%, ensejam a revisão do lançamento. Infração parcialmente caracterizada. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 1ª JJF, à luz do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, contra a Decisão pela mesma prolatada através do Acórdão nº 0428-01/08, que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado contra o autuado.

Cinge-se o Recurso de Ofício à análise e apreciação da infração 1, assim descrita no Auto de Infração:

*“1 – deixou de recolher o 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2006, além janeiro a março e maio de 2007, sendo exigido o pagamento do imposto no valor de R\$ 40.022,42, acrescido da multa de 70%;”*

Em sua peça defensiva, alegou o autuado que comercializa mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e isentas, razão pela qual entende que não provocou prejuízo ao Estado. Como prova do quanto alegado, anexou às fls. 60 a 77 planilhas concernentes às aquisições de mercadorias do período objeto da infração 1 e às fls. 78 a 864 as cópias reprográficas das notas fiscais correspondentes.

Em sede de informação fiscal, o autuante enfatizou que o contribuinte requereu a aplicação da proporcionalidade em relação ao valor autuado, baseado na Instrução Normativa nº 56/2007 (fls. 867/868), a ser calculada com base nas notas fiscais de compras, confrontando-se os valores totais de aquisições de mercadorias com os totais referentes às mercadorias isentas, não tributadas ou sujeitas à antecipação ou à substituição tributária.

Registrou que, tendo analisado os elementos juntados pela defesa (planilhas e cópias das notas fiscais de aquisição), apurou que os somatórios são compatíveis com os valores declarados nas DME's dos exercícios objeto da autuação (fls. 869 a 872). Assim, em atendimento ao disposto na

mencionada instrução, apurou um índice de proporcionalidade de 13,3% no exercício de 2006 e de 19,1% no exercício de 2007. A partir desses dados, elaborou novas planilhas de apuração e novo demonstrativo de débito (fls. 873 a 876).

Ressaltou que suprimiu o crédito presumido de 8%, tendo em vista que, de acordo com o art. 408-S do RICMS/BA (fl. 877), o mesmo se destina a compensar quaisquer outros créditos fiscais, entre os quais se incluem, em seu entendimento, estes calculados com base na proporcionalidade, sob pena de resultar na concessão de duplo benefício cumulativo.

De acordo com o Termo de Intimação de fl. 878, o autuado foi cientificado quanto ao teor da informação fiscal e de seus anexos, quando lhe foi concedido o prazo de 10 (dez) dias para, querendo, se manifestar. Não consta dos autos, entretanto, nenhum pronunciamento a respeito.

Consta à fl. 880, extrato do SIGAT/SEFAZ relativo ao parcelamento parcial do débito.

Através do Acórdão JJF nº 0428-01.08, decidiu a 1ª Junta de Julgamento Fiscal pela procedência parcial do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

“(…)

*Verifico que o autuado argumentou que a sua atividade comercial compreendia mercadorias cuja fase de tributação se encontrava encerrada ou eram isentas do pagamento do ICMS, tendo anexado planilhas demonstrativas e notas fiscais referentes às aquisições realizadas em todo o período fiscalizado. Noto que com base nos elementos trazidos pelo sujeito passivo e seguindo as determinações observadas na Instrução Normativa nº. 56/2007, o autuante apurou a proporcionalidade relativa às mercadorias tributadas normalmente em cada exercício, quando elaborou novas planilhas de cálculo referentes a cada exercício, com base nos índices encontrados, que se situaram nos percentuais de 13,3% para o exercício de 2006 e de 19,1% para o exercício de 2007.*

*Não acompanho, entretanto, o entendimento manifestado pelo autuante no que diz respeito à exclusão do crédito presumido de 8%, inicialmente aplicado. Observo que tendo em vista que o contribuinte se encontrava cadastrado no Regime do SimBahia, a apuração do imposto da forma como feita originalmente pelo autuante estava correta, pois foram seguidos os mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, conforme previsão do artigo 408-S do RICMS/97, tendo sido aplicada a alíquota de 17%, conforme alteração introduzida pelo Decreto 7.886/00, com efeitos a partir de 30/12/00, com a concessão do crédito presumido calculado à alíquota 8% sobre a receita omitida, nos termos do § 1º do mesmo artigo, alterado pelo Decreto nº. 8.413/02. Deste modo, considerando que aplicação da proporcionalidade concernente às mercadorias normalmente tributadas que são comercializadas pelo contribuinte, não se refere à concessão de nenhum crédito fiscal, a concessão do crédito presumido de 8% não implica na concessão de um mesmo benefício em duplicidade”.*

Ao final, refez os cálculos, aplicando o crédito presumido de 8%, mantendo esta infração de forma parcial, no montante de R\$5.611,70, conforme tabela constante do voto.

## VOTO

Reparo algum merece a Decisão recorrida.

Isso porque restou demonstrado, pelo próprio autuante, que a atividade comercial do contribuinte compreende mercadorias cuja fase de tributação se encontrava encerrada ou eram isentas do pagamento do ICMS.

Daí porque agiu com acerto o autuante ao, com base nos elementos trazidos pelo sujeito passivo e seguindo as determinações observadas na Instrução Normativa nº. 56/2007, apurar a proporcionalidade relativa às mercadorias tributadas normalmente em cada exercício, tendo elaborado novas planilhas de cálculo referentes a cada exercício, com base nos índices encontrados, que se situaram nos percentuais de 13,3% para o exercício de 2006 e de 19,1% para o exercício de 2007.

Outrossim, comungo com o entendimento manifestado pelo *a quo* no sentido de que deve ser aplicado o crédito presumido de 8%.

De fato, o contribuinte se encontrava cadastrado no Regime do SimBahia, razão pela qual, como corretamente asseverado na Decisão de Primeira Instância “*a apuração do imposto da forma como feita originalmente pelo autuante estava correta, pois foram seguidos os mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, conforme previsão do artigo 408-S do RICMS/97, tendo sido aplicada a alíquota de 17%, conforme alteração introduzida pelo Decreto 7.886/00, com efeitos a partir de 30/12/00, com a concessão do crédito presumido calculado à alíquota 8% sobre a receita omitida, nos termos do § 1º do mesmo artigo, alterado pelo Decreto nº. 8.413/02*”.

Dest’arte, considerando que a aplicação da proporcionalidade concernente às mercadorias normalmente tributadas que são comercializadas pelo contribuinte, não se refere à concessão de nenhum crédito fiscal, a concessão do crédito presumido de 8% não implica na concessão de um mesmo benefício em duplicidade.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, a fim de que seja mantida a Decisão recorrida.

### 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 178891.6006/07-0, lavrado contra **BAR E RESTAURANTE DONA FLOR LTDA. (DONA FLOR BAR)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.207,44**, acrescido das multas de 70% sobre R\$5.611,70 e 50% sobre R\$2.595,74, previstas no art. 42, incisos III e I, alínea “b”, item 3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de junho de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS