

**A. I. N°** - 281105.0037/07-0  
**AUTUADO** - COMERCIAL DE ALIMENTOS S FIRMINO LTDA.  
**AUTUANTE** - JALON SANTOS OLIVEIRA  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** 22.07.09

### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0187-05/09**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. EXIGÊNCIA DE 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. Infração caracterizada em parte, após a aplicação da Instrução Normativa nº 56/2007. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 29/12/2007, exige ICMS totalizando o valor histórico de R\$ 12.630,98, e multa de 70%, em razão da omissão de saídas de mercadoria tributada apurada 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.

O autuado por meio de seu representante legal, ingressa com defesa, fls. 28 a 43, e aduz que o auto de infração não pode prosperar, haja vista ser nulo de pleno direito, pelo fato do não cumprimento do preceito da Instrução Normativa nº 56/2007, o qual obriga a exclusão da base de cálculo do ICMS lançado de ofício, quando apurada omissão de saídas presumidas.

Afirma que a Instrução Normativa nº 56/2007 vincula o autuante à aplicação da proporcionalidade, no ato da lavratura do Auto de Infração.

Ressalta que faz parte do ramo de comércio varejista de produtos alimentícios, e, em decorrência da previsão na Legislação Fiscal, a maioria dos produtos comercializados, qual sejam Produtos Hortifrutigranjeiros, Agropecuários e Extrativos Animais e Vegetais não sofrem tributação nas saídas, por estarem incluídos no art. 14 do RICMS como isentos.

Afirma que negocia, também, grande quantidade de mercadorias que não sofrem tributação quando da sua saída, em virtude de ter a sua fase, de substituição encerrada, por motivo do ICMS ter sido pago pelo regime de substituição tributária ou pelo regime de antecipação tributária, tais como cigarros, cervejas, picolés, refrigerantes.

Aduz que também comercializa produtos que estão na lista da cesta básica, onde são aplicados a alíquota nas operações de saídas de apenas 7%, como milho, arroz, feijão, sal de cozinha e fubá de milho. Que também vende mercadorias que tem sua base de cálculo reduzida nas saídas, como óleo de soja (base de cálculo reduzida em 29,41%) e charque (base de cálculo reduzida em 58,82%).

Afirma que o resultado apurado pela fiscalização não retrata a realidade dos fatos, pelo que não é capaz de sustentar o lançamento do crédito tributário.

Requer que seja julgado improcedente o auto de infração, por não restar dúvida de que a autuação fora efetivada de forma equivocada, e no caso de não ser acolhido o pleito da nulidade, requer seja aplicado o princípio da proporcionalidade.

O autuante presta informação fiscal, fls. 462 a 464, e ressalta que não há o que se falar em nulidade do auto de infração, pois a infração apurada foi aplicada de acordo com a legislação em vigor, ou seja, com base no § 3º do art. 2º do RICMS /97, que define como presunção de ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto a diferença encontrada na aplicação do roteiro de cartão de crédito/débito, bem como, não há que se falar em não observância da Instrução Normativa, pois, o contribuinte, em nenhum momento, apresentou documentos fiscais para análise do autuante, o fazendo, parcialmente, em procedimento de defesa do presente auto de infração.

Esclarece que conhece a atividade desenvolvida pelo contribuinte, “mercadinho”, bem como a diversidade dos produtos comercializados, o que não inibe a aplicação do procedimento fiscal. Ademais, os acórdãos destacados pelo contribuinte não possuem correspondência com o processo em discussão.

Com relação ao demonstrativo comparativo de vendas com o cálculo do ICMS devido, anexado pelo contribuinte, fl. 44 do PAF, que é um resumo das planilhas mensais e suas respectivas notas fiscais de aquisições, também anexadas ao processo, afirma que:

Mesmo tendo sido fiscalizado nos meses de julho a dezembro, o contribuinte solicitou e recebeu a planilha correspondente aos 12 meses do exercício fiscal, com o objetivo de ter controle do total de compras, fechando com o declarado na DME/06, uma vez que, não possuindo escrituração fiscal poderia gerar demonstrativos com notas fiscais, com predominância de produtos isentos e substituídos, possibilitando receber percentuais de proporcionalidade maiores do que o devido. Assim, da análise dos dados e documentos (planilhas e notas fiscais de compras), buscou apurar as situações tributárias dos produtos, e encontrou pequenas diferenças entre a planilha elaborada pelo contribuinte e a que elaborou. Constatou que os totais mensais das planilhas, elaboradas pelo contribuinte, totalizam o valor declarado na DME/06.

Com relação ao período de 2007, foram fiscalizados os meses de janeiro a junho, mas o contribuinte também foi intimado a apresentar as planilhas mensais das compras do ano de 2007, que totalizassem o valor declarado na DME/07. No entanto, o mesmo só apresentou as planilhas referentes aos meses fiscalizados, impossibilitando a análise necessária à concessão da proporcionalidade. Por outro lado, verifica-se na planilha 02, que o contribuinte apresentou planilhas e notas fiscais de compras no valor total de R\$67.827,91, ao tempo em que retificou duas DME/07, em 27/05/2008, elevando as compras para o valor de R\$669.391,83, impossibilitando a observância da Instrução Normativa 57/2007, pois os valores e documentos fiscais, apresentados pelo contribuinte, não são suficientes para definições de percentuais da proporcionalidade.

Dessa forma, com base na Instrução Normativa 57/2007, reconhece que o contribuinte tem direito à proporcionalidade na base de cálculo do período de 2006, nos percentuais previstos em anexo, assim como o crédito presumido de 8% previsto em lei.

Afirma que a improcedência requerida não tem embasamento legal, pois, só agora o contribuinte possibilitou ao preposto fiscal a condição de análise dos documentos (2006), necessários ao cumprimento da Instrução Normativa.

Reconhece a existência de redução de crédito tributário inicialmente constituído no valor de R\$12.630,98, para o valor de R\$10.720,48 e não de R\$5.316,26 reconhecido pelo contribuinte, conforme planilhas anexadas ao PAF, fl. 468, referente a 2006 e fl.488, referente a 2007.

Mantém a ação fiscal e pede pela procedência parcial do PAF.

O contribuinte ao ser cientificado da informação fiscal, com recebimento das novas planilhas não se manifestou.

## VOTO

Verifica-se da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF, com a entrega de todos os papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário das infrações imputadas, os quais lhe permitiram a verificação dos valores apurados, especificando com clareza o montante do débito tributário.

No mérito, o presente auto de infração foi lavrado 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 a novembro de 2006, e de janeiro a junho de 2007.

De acordo com o disposto no § 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.”*

Todo o argumento da peça de defesa prende-se ao fato de que o autuante não teria aplicado a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, a que teria direito, pois sua atividade comercial é de mercadinho, onde comercializa mercadorias sujeitas à substituição tributária, isentas e não tributadas, ao passo em que elabora demonstrativo de fl. 44, onde aponta os índices de proporcionalidade que entende fazer jus.

Em resposta ao questionamento do contribuinte, o auditor fiscal ao prestar a informação fiscal, refaz o levantamento e aplica a Instrução Normativa nº 56/2007, o que reduz o valor exigido para R\$10.720,48, conforme planilhas anexadas ao PAF, fl. 468, referente a 2006. Contudo, mantém a autuação, na íntegra no exercício de 2007, conforme a planilha de fl. 488, sob o argumento de que o contribuinte só apresentou as planilhas de compras referentes aos meses fiscalizados, e não de todo o exercício.

Analisando as razões da defesa, concordo com os novos valores apontados pelo autuante, no exercício de 2006, pois legitima a aplicação da Instrução Normativa nº 56/2007, ao tempo em que ressalto que o contribuinte ao ser intimado sobre estes novos valores não se manifestou.

Quanto ao exercício de 2007, entendo que também deve ser aplicada a proporcionalidade, conforme os índices apontados pelo sujeito passivo, na planilha de fl. 44, pois o mesmo comercializa com produtos isentos, não tributados, e tributados antecipadamente, fato que justifica a aplicação da Instrução Normativa nº 56/2007. Assim, aplico os índices de proporcionalidade no exercício de 2007, bem como o percentual de 8%, a título de crédito presumido, por se tratar de empresa inscrita no cadastro estadual, no regime simplificado de apuração do ICMS – Simbahia. Portanto, no exercício de 2007, o ICMS exigido nesta infração, assume a seguinte conformação:

MES	DIF.ICMS	PROPORC. DAS M.TRIBUTADAS	BASE DE CÁLCULO	ICMS 17%	CRÉDITO PRESUMIDO	ICMS DEVIDO
JANEIRO	12.360,14	42,17	5.211,71	885,99	416,94	469,05
FEVEREIRO	10.576,96	30,70	3.246,98	551,99	259,76	292,23
MARÇO	22.231,66	41,61	9.250,00	1.572,50	740,00	832,50
ABRIL	18.764,71	34,18	6.412,93	1.090,20	513,03	577,16
MAIO	13.148,47	34,11	4.485,02	762,45	358,80	403,65
JUNHO	18.257,15	45,64	8.332,41	1.416,51	666,59	749,92
<b>TOTAL</b>						<b>3.324,51</b>

Nesta infração o demonstrativo de débito configura-se como segue, com ICMS no valor de R\$5.316,26:

DATA OCORR	DATA VENC	B. CÁLCULO	ALIQ.	MULTA	ICMS
30/07/2006	09/08/2006	2.454,82	17	70	417,32
30/08/2006	09/09/2006	1.983,17	17	70	337,14
30/09/2006	09/10/2006	2.233,58	17	70	379,71
30/10/2006	09/11/2006	2.975,18	17	70	505,78
30/11/2006	09/12/2006	2.069,41	17	70	351,80
30/01/2007	09/02/2007	2.759,11	17	70	469,05
28/02/2007	09/03/2007	1.719,00	17	70	292,23
30/03/2007	09/04/2007	4.897,05	17	70	832,50
30/04/2007	09/05/2007	3.395,06	17	70	577,16
30/05/2007	09/06/2007	2.374,41	17	70	403,65
30/06/2007	09/07/2007	4.411,29	17	70	749,92
<b>TOTAL</b>					<b>5.316,26</b>

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração,devendo ser homologado os valores recolhidos.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281105.0037/07-0**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS S FIRMINO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.316,26**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de julho de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR