

A. I. Nº - 178891.1020/08-3  
AUTUADO - F C S COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.  
AUTUANTE - NELSON LIMA GARCEZ MONTENEGRO  
ORIGEM - INFAZ ATACADO  
INTERNET - 30. 07. 2009

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0235-01/09

**EMENTA:** ICMS. 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 apuração de vendas realizadas por meio de cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor total 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. Comprovado que o sujeito passivo atua no ramo varejista de produtos alimentícios e comercializa, além de mercadorias com tributadas normalmente também com mercadorias isentas, sujeitas a antecipação tributária, com redução de base de cálculo e não tributadas. O débito foi diminuído, mediante revisão procedida pelo autuante em sua informação fiscal, adotando-se o critério da proporcionalidade previsto na Instrução Normativa 56/2007. Infração parcialmente elidida. Preliminar de nulidade indeferida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2008, exige o pagamento no valor histórico de R\$ 14.664,26, em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saída de mercadorias tributáveis 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, nos meses de julho, agosto, e outubro a dezembro de 2006 e de fevereiro a junho de 2007, sendo exigido o valor de R\$ 14.664,26, acrescido da multa de 70%;

Constam dos autos: planilha “Apuração Mensal”, fls. 06 a 07, “Apuração das Vendas em Cartões de Débito/Crédito, pelas Reduções Z”, fls. 08 a 11, planilha “Notas Fiscais de Venda” fls. 12 a 18, “Relatório de Informações TEF – Anual”, fls. 19 e 20, “Recibo de Arquivos Eletrônicos” fls. 21 e 22.

O sujeito passivo apresenta impugnação, fls. 27 a 39, depois de discorrer acerca da acusação fiscal e o enquadramento legal constante do Auto de Infração apresenta as seguintes argumentações.

Informa que seu estabelecimento atua no ramo de comércio varejista de produtos alimentícios, cuja maioria dos produtos comercializados não sofrem tributação nas saídas por estarem incluídos no art. 14 do RICMS/97 como isentos. Diz que também comercializa com grande quantidade de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, cujas saídas já se encontram com a fase de tributação encerrada por terem o imposto antecipado pelo remetente. Além de negociar com produtos da cesta

básica com alíquotas de 7 % nas saídas, bem como mercadorias que tem base de cálculo reduzida como o óleo de soja e o charque.

Afirma que, por não ter sido considerada a sua condição de varejista de alimento pelo autuante que não aplicou a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº. 056/2007, o resultado apurado pela fiscalização não retrata a realidade dos fatos, pelo que não é capaz de sustentar o lançamento tributário exigido no Auto de Infração.

Para corroborar sua tese o autuado transcreve as ementas de diversos julgados pela Segunda Instância deste CONSEF, cujas decisões contemplam, em caso semelhantes a aplicação da aludida Instrução Normativa.

Destaca que suas operações com mercadorias isentas, substituídas e antecipadas alcançam em média o percentual de 52,93%. Com base neste percentual calcula e apresenta o valor do imposto devido para cada um dos meses apurados no levantamento fiscal.

Apresenta planilhas “Demonstrativo Comparativo de Vendas com o Cálculo do ICMS Devido Apurado através da Proporcionalidade”, que reduz o valor da exigência para R\$6.473,23, fl. 41, e “Demonstrativo das Entradas de Mercadorias através de Notas Fiscais por Alíquotas e por Tipo de Tributação”, fls. 42 a 48, cópias de notas fiscais de entradas, fls. 49 a 565, cópias de Redução “Z”, fls. 568 a 597.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado nulo pelo fato da autuação ter sido efetivada de forma equivocada e eivada de vícios formais irremediáveis resultando em completa ineficácia e, caso não seja acolhido seu pleito, requer a sua procedência parcial com a aplicação da proporcionalidade, prevista na Instrução Normativa nº 056/2007, para excluir da autuação os valores das saídas de mercadorias isentas, da cesta básica, das que tem redução de base de cálculo e que já sofreram tributação pelo regime de Antecipação Tributária e/ou Substituição Tributária, que de acordo com demonstrativo, por ele elaborado, fl. 41, corresponde a R\$6.473,23. Por fim, protesta e requer a produção de todas as provas em direito admitidas, especialmente documental e posterior juntada de outros e novos documentos de contraprova.

O autuante ao proceder à Informação Fiscal, fl. 602, afirma que atendendo à Instrução Normativa nº 056/2007, elaborou novas planilhas de apuração mensal, fls. 603 e 604, bem como novo demonstrativo de débito, fl. 605, no qual consta a redução do débito originalmente lançado para R\$7.899,49.

Constam às fls. 606 a 614, que o autuado foi intimado por “AR” para tomar ciência da informação fiscal, consoante consta o recebimento da intimação à fl. 615, no entanto, não se manifestou nos autos.

Extrato do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – SIGAT, anexados aos autos pela Coordenação Administrativa do CONSEF, fl. 617, indica que o autuado parcelou parte do débito exigido no lançamento de ofício.

## VOTO

Em face da preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo pelo fato do Auto de Infração apresentar-se com vício formal insanável em razão da não de não ter sido aplicada a proporcionalidade na apuração do débito exigido, consoante determinação expressa na Instrução Normativa nº 0056/2007, constato que, apesar de inicialmente ter ocorrido esse óbice, a aplicação da proporcionalidade foi suprida pelo autuado em sua informação fiscal. Portanto, entendendo superada essa questão, tendo em vista que o autuado foi intimado tomar ciência dos ajustes realizados em decorrência da aplicação da proporcionalidade, informando-lhe o prazo de dez dias para manifestação. Ademais, mantida a possibilidade de se determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, o § 1º do art. 18 do RPAF/99, expressamente, preceitua que eventuais incorreções ou omissões não acarretam nulidade do Auto de Infração, desde que o fato

seja comunicado ao sujeito passivo com a indicação do prazo de dez dias para manifestação. Por isso, rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

O Auto de Infração atribui ao contribuinte a falta de recolhimento de ICMS, constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis, 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 dos referidos cartões, tendo em vista que foi constatado que nas vendas com pagamentos realizados através de cartões foram emitidos documentos fiscais em valores inferiores àqueles fornecidos pelas mencionadas instituições.

Desse modo, considerando o resultado do levantamento realizado, o autuante presumiu ter ocorrido omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, baseado na previsão contida no artigo 4º, § 4º da Lei nº. 7.014/96, que transcrevo abaixo.

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

*[...]*

*§ 4º 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”.*

O sujeito passivo em sua impugnação não refutou o cometimento da infração, no entanto, contestou os valores apurados pelo autuante em seu levantamento fiscal, pelo fato de não ter sido considerada a natureza de suas operações, haja vista que comercializa com gêneros alimentícios, já que envolve saídas de mercadorias com diversos tratamentos tributários (mercadorias isentas, não tributadas e sujeitas à substituição tributária) e não fora aplicada a Instrução Normativa nº 056/2007.

O autuante reconheceu em sua informação fiscal, que não considerara em seu levantamento fiscal o quanto preconizado na Instrução Normativa nº. 056/2007, promoveu a redução do valor originalmente apurado com base na aplicação do índice de proporcionalidade das mercadorias tributáveis comercializadas pelo autuado e calculou o imposto devido nas planilhas dos exercícios levantados: 2006 e 2007. Elaborou novos demonstrativos contemplando a exclusão de forma proporcional, das mercadorias isentas, não tributadas e sujeitas à substituição tributária e apurou o ICMS a ser exigido nos seguintes períodos e valores em 2007: fevereiro – R\$206,19, março – R\$2,52, abril – R\$197,43, maio R\$1.816,08 e junho – R\$399,80; e em 2006: julho - R\$1.892,49, agosto – R\$1.710,89, outubro – R\$988,38, novembro – R\$685,31, dezembro – R\$0,40. Com os ajustes efetuados o valor do débito totalizou nos dois períodos o valor de R\$7.899,49, conforme demonstrativos acostados às fls. 603 a 605 dos autos.

Cumpra também registrar que, por se tratar o autuado de contribuinte optante pelo Regime Simplificado de Apuração - SimBahia, inscrito na condição de microempresa, o imposto apurado em razão de omissão de saídas de mercadorias, deve tomar como base os critérios e as alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, conforme a Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o artigo 19 da Lei nº 7.357/98. Por outro lado, os créditos fiscais devem ser apurados utilizando-se o percentual de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, conforme o §§ 1º e 2º do art. 19 da citada Lei nº. 7.357/98.

Verifico que no cálculo do imposto, tanto o autuante considerou o crédito de 8% sobre o valor das saídas omitidas computadas na apuração, bem como tomou como base os critérios e alíquota aplicáveis às operações normais, portanto, agindo conforme manda a legislação do ICMS.

Por isso, acolho o novo demonstrativo de débito apresentado pelo autuante.

O sujeito passivo intimado por meio de “AR” recebeu cópia das novas planilhas do autuante e tomou conhecimento do prazo de 10 dias para se pronunciar e não se manifestou.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, cabendo a homologação dos valores recolhidos.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **178891.1020/08-3**, lavrado contra **F C S COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.899,49**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2009

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR