

A. I. Nº - 233048.0106/08-0
AUTUADO - REAL BABY CONFECÇÕES LTDA
AUTUANTE - KARIME MANSUR MACHADO
ORIGEM - INFAZ VEREJO
INTERNET 04.09.09

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0243-05/09

EMENTA: ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas 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. Infração comprovada. Não acolhida a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 11/12/08, para constituir o crédito tributário relativo ao ICMS no valor histórico de R\$13.697,28, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributadas 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.

O autuado, às folhas 64 a 77, ao impugnar o lançamento tributário, inicialmente, discorre sobre o estabelecimento comercial da empresa informando que é de pequeno porte, no ramo de comércio varejista de confecções, artigos para gestantes e recém-nascidos, sendo que, em decorrência do previsto na legislação fiscal, grande parte dos produtos comercializados não sofre tributação quando da sua saída em virtude de ter a sua fase de tributação encerrada por motivo do ICMS ter sido pago pelo regime de substituição tributária ou pelo regime de antecipação tributária tais como: mamadeira de borracha vulcanizada, vidro e plástico; chupetas e bicos para mamadeiras; fraldas descartáveis ou não, produtos estes com os códigos de NCM 40.14.90.90; 70.13.30.30; 39.24.10.00; 48.18.40.10 e 56.01.10.00 que estão elencados no art. 353, II, item 08 e no anexo 88 do RICMS/97.

Aduz que a Secretaria da Fazenda, com o passar dos anos, vem alterando a legislação, e incluindo, cada dia mais, produtos para ser cobrado o ICMS pelo regime de substituição e/ou antecipação tributária, e que mais recentemente instituiu o pagamento de antecipação parcial do ICMS sobre todas as compras que as empresas realizem fora do Estado. Frisa que pagou a antecipação parcial referente às compras interestaduais efetuadas no período fiscalizado.

Diz que existiu por parte da autuante o uso inadequado de Roteiro de Fiscalização, aplicado na presente Ação Fiscal em virtude da natureza da atividade da empresa e da mesma operar em média com 56,33 % dos seus atos negociais com vendas de mercadorias que sofreram tributação pelo sistema de substituição tributária e/ou antecipação tributária [mamadeira de borracha vulcanizada, vidro e plástico; chupetas e bicos para mamadeiras; fraldas descartáveis ou não], produtos estes com os códigos de NCM 40.14.90.90; 70.13.30.30; 39.24.10.00; 48.18.40.10 e 56.01.10.00 que estão elencados no art. 353, II, item 08 e no anexo 88 do RICMS/97.

Transcreve trechos dos Acórdãos JJF 0095-02/05; CJF 0203-11/05; JJF 0029-02/05 e JJF 0023-02/05:

*‘Auto de Infração 1806420053048
Recurso – Defesa*

Autuado – PÉ A PÉ COMERCIO DE CALÇADOS E CONFECÇÕES LTDA.

Autuante – MARIA CRISTINA DOREA DANTAS

Advogado – Fernando J. Máximo Moreira

ACORDÃO JJF nº 0095-02/05 Resolução

ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIUBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. Como, porém, se trata de contribuinte que se dedica ao comercio varejista de calçados, em que praticamente todas as mercadorias comercializadas estão enquadradas no regime de substituição tributária, de modo que as operações de saídas se encontram com a fase de tributação encerrada, impõe-se a nulidade do lançamento, por inadequação do roteiro de fiscalização adotado, a partir do mês em que calçados passaram a integrar o regime de substituição tributária, mantendo-se, contudo, as parcelas relativas aos períodos anteriores. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

Auto de Infração – 2329530017049

Recurso – Recurso Voluntário

Recorrente – DERMA BEAUTY FARMACIA DE MANIPULAÇÃO LTDA

Recorrido – FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

Autuante – JOSÉ BENTO CORREIA DE ALMEIDA

ACORDÃO – CJF nº 0203-11/05 Resolução

ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Modificada a Decisão recorrida. Ocorrendo divergência no confronto entre os valores informados pela administradora de cartões de crédito, a título de pagamentos de vendas efetuadas, com aqueles registrados pelo contribuinte, presume-se a ocorrência de vendas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. Na situação presente, torna-se impossível admitir-se tal presunção tendo em vista a natureza da atividade desenvolvida pelo sujeito passivo. Recurso NÃO PROVIDO. Decretada, de ofício, a NULIDADE do Auto de Infração. Decisão unânime.

Auto de Infração 1152360041048

Recurso – Defesa

Autuada – I. G. COMERCIO DE OTICA LTDA.

Autuante – JOSÉ CARMO MERCÊS MARQUES

Advogado – Bolívar Ferreira Costa

ACORDÃO JJF nº 0029-02/05 Resolução

ICMS. NULIDADE. INADEQUAÇÃO DE ROTEIRO DE FISCALIZAÇÃO. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. A 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. Contudo este

tipo de auditoria não deve ser aplicada, vez que a quase totalidade das mercadorias comercializadas são isentas. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

Auto de Infração 1100850905046

Recurso – Defesa

Autuada – ALMEIDA SANTOS COMERCIO DE PLANTAS ORNAMENTAIS LTDA

Autuante – JOSÉ ARNALDO BRITO MOITINHO

ACORDÃO JJF Nº 0023-02/05 Resolução

ICMS. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. A 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. Contudo este tipo de auditoria não deve ser aplicada, vez que a quase totalidade das mercadorias comercializadas são isentas. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.'

Salienta que o CONSEF vem julgando **IMPROCEDENTES** processos similares a este, conforme decisões que transcreve :

'Auto de Infração 2329680020045

Recurso – Defesa

Autuada – ALBUQUERQUE & TEIXEIRA LTDA.

Autuante – DALMARIO SILVA

ACORDÃO JJF Nº 0249-03/05 Resolução

*ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CREDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Descabe a exigência do ICMS por presunção, tendo em vista que, conforme apurado por preposto da ASTEC, o imposto relativo às mercadorias comercializadas pela empresa, em sua quase totalidade, é recolhido por antecipação quando do seu ingresso no estabelecimento. Nessa condição, as saídas subseqüentes estão desoneradas de tributação pelo ICMS. Infração não caracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.*

Auto de Infração 2691320004042

Recurso – Defesa

Autuada – OTICAS J. D. LTDA.

Autuante – RICARDO TABCHOURY B. SANTOS

ACORDÃO JJF Nº 0052-04/05 Resolução

ICMS. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CREDITO OU DE DEBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. A declaração de vendas pelo sujeito passivo em valores inferiores aquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de credito, autoriza a presunção legal de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, vez que indica que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não registrados decorrentes de operações anteriores realizadas e também não registradas. Entretanto, comprovada que a quase totalidade das mercadorias comercializadas está enquadrada no regime de substituição

*tributaria, o que leva a inadequação do método de auditoria realizada. Rejeitadas as arguições de nulidade levantadas. Auto de infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.*

Auto de Infração 2691320005049

Recurso – Defesa

Autuada – OTICAS J. D. LTDA.

Autuante – RICARDO TABCHOURY B. SANTOS

ACORDÃO JJF Nº 00882-04/05 Resolução

*ICMS. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CREDITO OU DE DEBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS E INFORMADAS PELAS ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. Descabe a exigência do imposto por presunção, tendo em vista que as mercadorias comercializadas pela empresa, em sua quase totalidade, são enquadradas no regime de substituição tributaria, cujo imposto foi recolhido por antecipação quando do seu ingresso no estabelecimento. Nessa condição, as saídas subsequentes estão desoneradas de tributação pelo ICMS. Infração não caracterizada já que o roteiro adotado pelo autuante não é o apropriado para o ramo de atividade desenvolvida pelo autuado. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.*

Auto de Infração 2069570159030

Recurso – Defesa

Autuada – CARVALHO & CUNHA LTDA.

Autuante – CARLOS CRISPIM S. NUNES

ACORDÃO JJF Nº 0226-03/05 Resolução

*ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CREDITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF. Restou comprovado que o contribuinte comercializa mercadorias enquadradas na antecipação tributaria, cujas saídas posteriores são desoneradas do ICMS e, ademais, o autuante informou que os valores informados pelo estabelecimento são superiores àqueles apresentados pelas administradoras de cartões de credito e debito. Infração não caracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.*

Auto de Infração 18064200476041

Recurso – Recurso de Ofício

Recorrente – FAZENDA PUBLICA ESTADUAL

Recorrido – SERGIO SCHAUN SCHNITMAN

Autuante – MARIA CRISTINA DOREA DANTAS

ACORDÃO CJF Nº 0050-11/05 Resolução

*ICMS. VENDAS ATRAVES DE CARTÃO DE CREDITO OU DE DEBITO. SAIDAS DECLARADAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de credito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Não evidenciado nos autos que as vendas declaradas pelo autuado sejam em valores inferiores às informadas pelas administradoras de cartões de credito e instituições financeiras. Infração insubsistente. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.'*

Prosseguindo, argumenta que tem direito a aplicação da proporcionalidade entre as saídas das mercadorias tributadas, saídas das mercadorias isentas, saídas das mercadorias que constam da cesta básica, saídas de mercadorias que tem redução de base de cálculo e saídas das mercadorias que já sofreram tributação pelo regime de antecipação tributária e/ou substituição tributária, pois o Auto de Infração foi lavrado em 11/12/2008, quando já estava em vigor a INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 56/2007 da Superintendência de Administração Tributária que diz no seu item 1:

‘1-Apurada omissão de operações de saídas de mercadorias, nas hipóteses previstas no § 4º da Lei nº 7.014/96, o preposto fiscal poderá considerar que parte desses valores se refere a operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, excluindo-as do cálculo do ICMS devido, caso existam circunstâncias, elementos ou informações que permitam esta conclusão.’

Assevera que existem operações de saídas da autuada no período fiscalizado que já sofreram tributação pelo regime de antecipação tributária e/ou substituição tributária ou têm redução de base cálculo, por isso solicitamos a esta JJF que considere nas omissões apuradas apenas o percentual de saídas de mercadorias tributadas já que na atividade comercial exercida grande parte das saídas é de mercadorias com tributação nas formas mencionadas anteriormente.

Frisa que as Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, em especial a 2ª Câmara, vêm adotando este novo entendimento em seus julgamentos e vem aceitando a aplicação do princípio da proporcionalidade. Vide resoluções a seguir:

‘Auto de Infração – 269135.0002/04-8

Recurso – Defesa

AUTUADO – C M A DE MELO MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO

AUTUANTE – NÉLIO MANOEL DOS SANTOS

ACORDÃO JJF nº 0209-01/07 – 1ª Junta de Julgamento Fiscal

EMENTA. ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DE 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 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. Refeito o cálculo do imposto com base na proporcionalidade tributável, com exclusão das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

Auto de Infração – 110427.0012/06-5

Recurso – Recurso Voluntário

Recorrente – MERCADINHO F. C. LTDA.

Recorrida – FAZENDA PUBLICA ESTADUAL

ACORDÃO CJF nº 0291-12/06 – 2ª Câmara de Julgamento Fiscal

EMENTA: ICMS. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CREDITO OU DE DEBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. A declaração de vendas pelo sujeito passivo em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, vez que indica que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não registrados decorrentes de operações anteriores realizadas e também não registradas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Aplicada a proporcionalidade para excluir da autuação o percentual correspondente às

*saídas de mercadorias não tributadas ou já antecipadas. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime quanto à aplicação da proporcionalidade para a apuração do valor da base de cálculo.'*

Conclui que no caso desta infração, não sendo acatado pela JJF o pedido de nulidade, requer que seja solicitado ao autuante para efetuar demonstrativo analítico das vendas de mercadorias efetuadas pela autuada através das notas fiscais e cupons fiscais, constando o valor das vendas de mercadorias isentas, mercadorias cujo ICMS foi recolhido pelo regime de Substituição Tributária e/ou Antecipação Tributária e o valor das vendas de mercadorias tributadas e sobre o valor da diferença apurada seja aplicado o princípio da proporcionalidade entre as mesmas e reduzido o valor do ICMS devido.

Diz não concordar com a declaração da autuante constante na descrição dos fatos de que o autuado não apresentou leitura "Z", posto que a fiscalização está completamente equivocada, pois o Equipamento Emissor de Cupom Fiscal utilizado pela autuada é de modelo antigo e não discrimina a forma de pagamento na redução "Z". Portanto a autuante não teria nem como fazer a fiscalização prevista na Ordem de Serviço que determina que a mesma compare o valor constante nas reduções "Z" da autuada como vendas efetuadas através de cartão com as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito e de débito.

Reconhece que existe a diferença, mas discorda da maneira que foi efetuada a apuração por parte da autuante. Entende que deve ser deduzido o valor total das vendas constante da redução "Z" dos valores apresentados pelas Administradoras de Cartão de Crédito e de Débito. Diante disso, elaborou novos demonstrativos anexando sua defesa e solicita o julgamento pela forma adiante relatado.

Informa que realizou o levantamento referente ao mês de janeiro de 2006 (conforme anexos 1 e 2) tendo apurado o débito da seguinte forma: Diferença apontada pelo autuante - Base de Cálculo Total apurada pelo autuante R\$13.577,77. Diferença apurada pelo autuado R\$ 11.959,79. Base de Cálculo Proporcional apurada pelo autuado R\$ 4.934,40 conforme planilha em anexo. O total do ICMS devido calculado à alíquota de 17% é de R\$ 838,85 que, deduzido do crédito presumido de 8% no valor de R\$ 394,75 conforme prevê o art. 408-S Parágrafo 1º do RICMS resulta no ICMS devido de R\$ 444,10. Usando o mesmo parâmetro para os demais meses conforme planilhas anexas apuramos o débito total do ICMS no exercício de 2006 no valor de R\$ 6.033,59.

Aduz que a Secretaria da Fazenda, considerando as decisões reiteradas do Conselho de Fazenda Estadual, publicou a Instrução Normativa nº 56/2007 determinando que os prepostos fiscais quando apurasse infrações previstas no § 3º do art. 2º do RICMS com matriz no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, aplicasse o princípio da proporcionalidade entre as saídas de mercadorias isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária.

Ressalta que a autuante deixou de cumprir corretamente o que determina a Instrução Normativa, que é norma legal, portanto passível de nulidade do constante na Infração 01.

Ao finalizar, requer a nulidade da autuação ou que seja aplicado o princípio da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, reduzindo o valor do ICMS devido para R\$ 6.033,59, conforme cálculos efetuados pelo autuado anexos, fls. 102 e 103, e que seja Julgado Procedente em Parte o Auto de Infração.

O auditora autuante, fl. 111, ao prestar a informação fiscal, diz que o contribuinte alega que possui muitas mercadorias que não são tributadas, apresentando uma relação, nota por nota, contendo as suas vendas isentas e/ou não tributadas. Com essa relação, a autuante informa que obteve os percentuais para abater, mês a mês, dos valores enviados pelas administradoras de cartões de crédito, e não haver, conseqüentemente, cobrança indevida, conforme folha 13 deste processo.

Informa que o autuado é contribuinte inscrito na condição de normal, porém, apresentou à fiscalização Leitura “Z” inadequada à sua condição, infringindo a lei, tanto pelo não cumprimento da obrigação acessória, como da principal, tendo em vista o Relatório da DMA Consolidada de 2006, fls. 112 e 113 deste PAF, que demonstra a saída declarada pelo contribuinte, inferior ao valor informado pelas administradoras de cartões de crédito. Observa que as vendas de uma empresa nunca são efetuadas totalmente em cartão de crédito.

Ao finalizar, conclui que o contribuinte deixou de emitir notas fiscais no exercício de 2006, ocasionando omissão de saída de mercadorias e, por isso, mantém o Auto de Infração em todos os seus termos.

Às folhas 115 e 116 foi acostado aos autos, pela Coordenação Administrativa do CONSEF, extrato do Sistema Integrado de Gestão da Administração tributária SIGAT - Detalhes do Pagamento, constado o parcelamento parcial no valor histórico de R\$ 6.007,33.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS em decorrência da 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, uma vez que o Roteiro de Fiscalização aplicado é adequado a atividade do autuado, pois somente não seria adequado se o sujeito passivo comercializasse, em quase sua totalidade, acima de 95%, com mercadoria sem tributação, o que não é o caso, como ficou demonstrado à folhas 05 a 09 e 13 dos autos, a qual foi entregue ao autuado, mediante recibo à folha 13, ficando demonstrado que aplicou a proporcionalidade prevista Instrução Normativa nº 56/2007. Ressalto que o sujeito passivo recebeu cópia do Relatório Diário de Operações TEF (operação a operação) e “PLANILHA COMPARATIVA DE VENDAS POR MEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO”, conforme recibo à folha 10.

No mérito, observo que o levantamento realizado pela autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte com vendas realizadas com cartão de crédito e/ou débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão do art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/97, *in verbis*:

“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 argumento defensivo de que a autuante não teria considerado a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, não tem nenhuma pertinência, pois não reflete a verdade dos autos.

A verdade dos autos evidencia que a fiscalização apurou a proporcionalidade prevista Instrução Normativa nº 56/2007, conforme planilha denominada de “DEMONSTRATIVO DAS ENTRADAS DE MERCADORIAS ATRAVÉS DE NOTAS FISCAIS POR TIPO DE TRIBUTAÇÃO”, acostado às folhas 05 a 09, onde consta, detalhadamente, nota fiscal por nota fiscal, indicando seu número, data de emissão, valor das tributadas e isentas e/ou não tributadas, a foi entregue ao sujeito passivo mediante recibo firmado à folha 10 dos autos.

A proporcionalidade acima aponta, foi efetivamente aplicada pela fiscalização quando da apuração do valor da base de cálculo, conforme planilha à folha 13, também entregue ao sujeito conforme recibo firmado na mesma, tendo transportado para a planilha à folha 12, também entregue ao sujeito passivo mediante recibo à folha 10, somente o valor proporcional das mercadorias tributadas.

Assim, entendo que o procedimento adotado pela auditoria tributária atendeu às determinações constantes da Instrução Normativa nº 56/2007, o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/97 e ademais dispositivos regulamentares e a própria jurisprudência deste Conselho de Fazenda, estando devidamente caracterizada a imputação em tela.

Observe que a autuante concedeu o crédito presumido de 8% previsto para empresas optantes do Regime do SimBahia, conforme planilha à folha 12 dos autos. Ocorre que o contribuinte não estava enquadrado no referido regime, nas datas de ocorrências dos fatos geradores, o sujeito passivo encontrava-se enquadrado no Regime Normal de Apuração do ICMS, tendo utilizado os créditos pelas entradas. Portanto, não tendo direito ao crédito previsto para os contribuinte do SimBahia. Assim, na forma do Art. 156 do RPAF/99, ante a evidência de agravamento da infração, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, para cobrança do ICMS do devido, uma vez não existe possibilidade de se majorar o valor constante no presente Auto de Infração.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA 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** o Auto de Infração nº **233048.0106/08-0**, lavrado contra **REAL BABY CONFECÇÕES LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.697,28**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de agosto de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR

ALEXANDRINA NATALIA B DOS SANTOS - JULGADORA