

A. I. N° - 281105.0063/08-9
AUTUADO - M M D COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JALON SANTOS OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 05.10.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0308-02/09

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF. 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. Efetuados os ajustes, relativos à proporcionalidade entre mercadorias tributadas e não tributadas ou já tributadas anteriormente, reduzida à exigência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 19/06/2008, para exigir ICMS relativo à 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 no valor de R\$20.191,60, com multa de 70%.

O autuado, às fls. 46 a 52, apresenta a impugnação ao Auto de Infração, alegando, preliminarmente, nulidade do Auto de Infração com base na inobservância da Instrução Normativa nº 56/2007, ou seja, da apuração da proporcionalidade entre as mercadorias tributáveis e não tributáveis ou com imposto pago antecipadamente. Argumenta haver divergências nos valores calculados pelo autuante.

Consigna que comercializa produtos isentos de tributação – hortifrutigranjeiros e agropecuários; produtos da Substituição Tributária – Cerveja, Refrigerante, Bala, Biscoito e Produtos da Cesta Básica.

Apresenta alguns acórdãos sobre julgamentos de Auditorias Sumárias de Cartão de Crédito/Débito, que decidem pela nulidade da ação fiscal, quando o contribuinte comercializa produtos Isentos e/ou substituídos na fonte.

Argumenta que foi aplicado roteiro de fiscalização inadequado em virtude da empresa operar em média com 41,13% dos produtos isentos de tributação e substituídos na fonte.

Requer que seja aplicada a proporcionalidade na Base de Cálculo apurada, e para tanto descreve e apresenta cópias de notas fiscais de entradas e demonstrativo mensal com percentuais e valores tributados. Sobre estes calcula o imposto devido e deduz em seguida o crédito presumido de 8% (oito por cento).

Requer, também, a improcedência da autuação fiscal em face da não observância da Instrução Normativa nº 56/2007.

O autuante, às fls. 340 a 341, apresenta a informação fiscal, argumentando que não há fundamento na arguição de 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 (Inc. VI, §3º do art. 2º do RICMS/97). Entende que não há também do que se falar sobre a não observância da Instrução Normativa, posto que o contribuinte em nenhum momento apresentou documentos fiscais para análise do autuante, só o fazendo posteriormente no procedimento de defesa do presente auto.

Aduz que a atividade desenvolvida pelo contribuinte mercadinho é de pleno conhecimento do autuante, bem como a diversidade tributária dos produtos comercializados (Isentos, c/Substituição Tributária e Tributados) o que não inibe a aplicação do procedimento fiscal.

Consigna que os acórdãos destacados pelo contribuinte não possuem correspondência com o processo em discussão.

Afirma que o contribuinte incorre em erro ao declarar que foi aplicado roteiro de fiscalização inadequado em virtude da empresa operar em média com 41,13% dos produtos isentos e substituídos. Na verdade, mesmo que o percentual de produtos isentos e substituídos fosse bem mais elevado, não haveria de se falar em roteiro inadequado, pois a função do fisco é averiguar se operações de vendas de mercadorias estão livres de sonegação fiscal. Além de serem os roteiros procedimentos internos da SEFAZ, não cabendo ao contribuinte sequer ter conhecimento deles, quanto mais criticá-los ou usá-los como fundamento de defesa.

Assegura que o demonstrativo comparativo de vendas, com o cálculo do ICMS devido, anexado pelo contribuinte, às fls. 49 do PAF, é um resumo das planilhas mensais e suas respectivas notas fiscais de aquisições também anexadas ao processo, às folhas 50 a 238.

Relata, em relação ao exercício fiscalizado de 2006, que solicitou e recebeu planilha correspondente aos 10 (dez) meses (março a dezembro) do exercício fiscal, bem como as notas fiscais originais dos meses de janeiro e fevereiro, objetivando a verificação e o controle do total de compras, para comparação com o declarado na DME/06. Isso por que, em não possuindo escrituração fiscal, o contribuinte poderia gerar demonstrativos, com notas fiscais de produtos isentos e substituídos, predominantemente, possibilitando o recebimento de percentuais de proporcionalidade maiores que o devido.

Complementa que na análise dos documentos (planilhas e notas fiscais de compras) foram encontradas divergências entre a planilha elaborada pelo contribuinte e a planilha que preparou, em anexo, assim como foi constatado que os totais mensais das planilhas elaboradas pelo contribuinte totalizaram o mesmo valor declarado na DME/06.

Dessa forma, com base na Instrução Normativa 56/2007, está concedendo ao contribuinte a proporcionalidade na base de cálculo do período de 2006, nos percentuais constantes do demonstrativo em anexo, bem como o crédito presumido de 8% previsto em lei.

A improcedência também requerida carece de embasamento legal, posto que só agora, em grau recursal, o contribuinte possibilitou a este preposto fiscal a condição de analisar os documentos de 2006, necessários ao cumprimento da Instrução Normativa.

Assim, reconhece a pertinência da redução do crédito tributário, inicialmente constituído no valor de R\$20.191,60, para o valor de R\$ 9.697,52, tendo em vista o acolhimento dos percentuais de proporcionalidades de 55,53% e 51,53%, conforme demonstrativos à fls. 342 e 343.

Isso posto, opina pelo reconhecimento da procedência parcial do auto, com a redução do crédito constituído, a critério desse Conselho.

Verifico que o autuado foi cientificado da informação fiscal, bem como lhe foi concedido o prazo de 10 dias para se manifestar, sem que o fizesse.

VOTO

O auto de infração, em lide, foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada pela diferença entre o somatório das vendas realizadas por meio de cartão de débito e de crédito e o valor informado pelas operadoras de cartão de crédito.

O Auto de Infração está amparado no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, “*o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos de 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*” (grifo nosso).

Estamos diante de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil. As presunções se dividem em absolutas, que não admitem prova contrária ou as relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário. Assim, estamos, na infração sob análise, diante de uma presunção legal relativa, prevista pelo § 4º do art. 4º da Lei 7014/96, cabendo ao impugnante o ônus da prova, trazendo aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos.

Verifico, preliminarmente, não caber amparo às arguições nulidade do impugnante, pois a apuração da proporcionalidade entre as mercadorias tributáveis e não tributáveis ou com imposto pago antecipadamente, foi devidamente ajustada, em consonância com a concordância do autuado que não mais se manifestou, após a ciência da informação fiscal, bem como não há inadequação do roteiro aplicado, pois conforme ficou demonstrado, praticamente a metade das operações por ele realizadas são tributadas.

Quanto à improcedência arguida não se sustenta, na medida em que o autuante utilizou os procedimentos previstos na Instrução Normativa nº 56/2007, concedendo, quase que na integralidade a proporcionalidade apontada pelo impugnante, que, inclusive, após a informação fiscal, não mais se manifesta sobre os ajustes efetuados pelo autuante.

As arguições do autuado se centraram, predominantemente, sobre a inadequação da proporcionalidade apurada pelo autuante. O autuante, após as planilhas e elementos trazidos pelo autuado, ajusta o levantamento efetuado, reconhece a pertinência da redução do crédito tributário, inicialmente constituído no valor de R\$20.191,60, para o valor de R\$ 9.718,69 (planilha à fl. 344), tendo em vista ajustes dos percentuais de proporcionalidades para 55,53% e 51,53%, conforme demonstrativos às fls. 342 e 343, dos autos. Percentuais estes que não foram mais contestados pelo autuado, após a ciência a ele concedida, à fl. 354, dos ajustes efetuados pelo autuante em sua informação fiscal.

Destaco, inclusive, que foi concedido o crédito presumido de 8%, conforme determina o RICMS/BA.

Isso posto, considero a procedência parcial do Auto de Infração, com a redução do crédito constituído, conforme consta do demonstrativo à fl. 344 dos autos.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor do ICMS de R\$9.718,88.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **281105.0063/08-9**, lavrado contra **M M D COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar

o pagamento do imposto no valor total de **R\$9.718,88**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de setembro de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR