

A. I. N° - 147074.0014/08-2
AUTUADO - N. DE S.ALONSO
AUTUANTE - ANTONIO CARLOS SALES ICO SOUTO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET 18.12.2009

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0368-05/09

EMENTA: ICMS. 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 tributáveis sem pagamento do imposto devido. Excluídos, de ofício, os valores referentes ao período em que a empresa passou a apurar o imposto pelo Simples Nacional Mantida a exigência fiscal em relação aos demais períodos. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2008, exige ICMS no valor histórico de R\$ 16.381,05, em razão das irregularidades abaixo descritas:

“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. Período autuado: meses de janeiro a dezembro de 2006 e de janeiro a outubro de 2007.”

Foram anexados ao processo demonstrativos de apuração do imposto e os relatórios TEF com o detalhamento das vendas diárias, (docs, fls. 6 a 89) para fins de comprovação das operações de venda através de cartões de crédito/débito.

O autuado, através de seu representante legal, ingressou com defesa (fl. 106), afirmando que o auditor fiscal responsável pela ação fiscal autuou a empresa a partir dos extratos das administradoras de cartão de crédito/débito, tributando-a à alíquota de 17% sobre o total do faturamento e abatendo o crédito presumido de 8%. Afirmou que no intuito de regularizar a sua situação, retificou as DME's dos anos de 2006 e 2007. Anexou, também, no presente PAF cópias das notas fiscais de saídas, modelo D-1 e M-1, bem como planilha demonstrando um comparativo das vendas mensais e das vendas através de cartões de débito/crédito informados pelas administradoras à Secretaria da Fazenda (fls. 377 e 378).

Ao finalizar a peça impugnatória formulou pedido pela improcedência do Auto de Infração ao tempo em que informou que se encontrava inscrita no Regime do SimBahia, recolhendo o ICMS através da sua conta de energia elétrica.

O autuante, ao prestar informação fiscal (fl. 388), declarou, inicialmente, que em razão da empresa não se encontrar funcionando no endereço constante do cadastro da SEFAZ, não conseguiu obter as notas fiscais emitidas no período fiscalizado, razão pela qual recorreu aos dados das DMEs de 2006 e 2007.

Com relação às cópias das notas fiscais apresentadas pelo contribuinte, às fls. 112 a 376, frisou que as mesmas não apresentam valores e dados coincidentes com os dados existentes nos Relatórios Diários das Operações TEF, anexados aos autos às fls. 16 a 89. Por essa razão, reiterou

os termos do Auto de Infração, solicitando que esta instância de julgamento decida pela sua procedência.

VOTO

A exigência fiscal formalizada no Auto de Infração em exame refere-se a 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. Foram anexados ao processo os relatórios TEF diários para comprovar as operações de venda através de cartões de crédito/débito (docs. fls. 16 a 89). O ICMS lançado deriva de presunção legal, nos termos do art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96; sendo, portanto, ônus da parte acusada elidir a infração.

O contribuinte, na peça impugnatória, afirmou que retificou as DMEs dos anos de 2006 e 2007 e anexou, também, cópias de notas fiscais de saídas com correspondente planilha comparativa das vendas mensais com as informações prestadas pelas administradoras de cartão. Tais provas, todavia, não se revelam suficientes para elidir a infração. Primeiro porque as retificações mencionadas se processaram em 03/12/08 (docs. fls. 379 a 384), após a autuação, formalizada em 30/06/08, constituindo, assim, prova “pós facto”. Não fosse isso há um segundo aspecto, abordado pelo autuante na informação fiscal: a relação de notas fiscais e planilhas apresentadas pela defesa não guardam relação de pertinência, quanto às datas e valores indicados nos TEF diários. Diante disso, entendo que as provas apresentadas não conseguem elidir a imputação fiscal.

No entanto, em relação ao exercício de 2007, as omissões dizem respeito aos meses de janeiro a outubro. Ocorre que após 01/07/07, a empresa já se encontrava cadastrada no Regime de Apuração do Simples Nacional, conforme se verifica no relatório INC - Informações do Contribuinte, anexo ao PAF. Em decorrência dessa novel sistemática de apuração do tributo, o CONSEF, em inúmeras decisões, acerca do imposto apurado por presunção, após a entrada em vigor da legislação do Simples Nacional, vem entendendo serem nulas as exigências fiscais por inexistência de previsão legal para exigir o ICMS, pois haveria afronta ao princípio da legalidade, plasmado no art. 2º do RPAF/99. Esse, aliás, foi o entendimento expresso na decisão referente ao processo de nº 210404.0010/08-2, concernente à exigência de ICMS a partir das informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito-débito. O mesmo raciocínio se aplica ao caso em exame. Assim, os valores concernentes ao período subsequente ao 01/07/07, quando a empresa já se encontrava cadastrada no Simples Nacional, devem ser expurgados da exigência fiscal, e deverão ser exigidos com base nos critérios aplicáveis ao regime do Simples Nacional, razão pela qual, decreto de ofício, a nulidade do lançamento, referente ao item 2 da autuação, tão somente para os meses de julho, agosto, setembro e outubro do exercício de 2007, passando a exigência fiscal ter a seguinte configuração:

| DEMONSTRATIVO DE DÉBITO | | | | | | |
|-------------------------|---------------|---------------|-----------|----------------|-----------|-------------|
| Nº | D. Ocorrência | D. Vencimento | Aliq. (%) | Vlr. Histórico | Multa (%) | ICMS Devido |
| 1 | 31/01/2006 | 09/02/2006 | 17 | 1.554,54 | 70 | 1.554,54 |
| 2 | 28/02/2006 | 09/03/2006 | 17 | 508,71 | 70 | 508,71 |
| 3 | 31/03/2006 | 09/04/2006 | 17 | 546,37 | 70 | 546,37 |
| 4 | 30/04/2006 | 09/05/2006 | 17 | 561,36 | 70 | 561,36 |
| 5 | 31/05/2006 | 09/06/2006 | 17 | 267,79 | 70 | 267,79 |
| 6 | 30/06/2006 | 09/07/2006 | 17 | 294,76 | 70 | 294,76 |
| 7 | 31/07/2006 | 09/08/2006 | 17 | 1.029,47 | 70 | 1.029,47 |
| 8 | 31/08/2006 | 09/09/2006 | 17 | 270,30 | 70 | 270,30 |
| 9 | 30/09/2006 | 09/10/2006 | 17 | 548,57 | 70 | 548,57 |
| 10 | 31/10/2006 | 09/11/2006 | 17 | 560,59 | 70 | 560,59 |
| 11 | 30/11/2006 | 09/12/2006 | 17 | 551,56 | 70 | 551,56 |
| 12 | 31/12/2006 | 09/01/2007 | 17 | 1.881,57 | 70 | 1.881,57 |
| 13 | 31/01/2007 | 09/02/2007 | 17 | 1.567,36 | 70 | 1.567,36 |
| 14 | 28/02/2007 | 09/03/2007 | 17 | 912,23 | 70 | 912,23 |

| | | | | | | |
|--------------|------------|------------|----|------------------|----|------------------|
| 15 | 31/03/2007 | 09/04/2007 | 17 | 945,18 | 70 | 945,18 |
| 16 | 30/04/2007 | 09/05/2007 | 17 | 1.205,63 | 70 | 1.205,63 |
| 17 | 31/05/2007 | 09/06/2007 | 17 | 8,98 | 70 | 8,98 |
| 18 | 30/06/2007 | 09/07/2007 | 17 | 555,85 | 70 | 555,85 |
| TOTAL | | | | 13.770,82 | | 13.770,82 |

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 **147074.0014/08-2**, lavrado contra **N. DE S. ALONSO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.770,82**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE/RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA