

INTERNET - A. I. Nº- 281105.0043/07-0
AUTUADO - R & R COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JALON SANTOS OLIVEIRA
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 17.12.2009

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0399-02/09

EMENTA: ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE 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 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 (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). Embora o estabelecimento estivesse inscrito no SIMBAHIA, porém, por ter incorrido na situação prevista no inciso V do artigo 408-L do RICMS/97, o débito foi calculado pelo regime normal com a concessão do crédito presumido de 8% sobre a receita omitida. Aplicada a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, resultando na diminuição do débito. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 25/03/2008, para exigência de ICMS no valor de R\$4.385,45, com base na acusação de falta de recolhimento do ICMS, referente a omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, no período de janeiro a dezembro de 2006, conforme planilhas e documentos às fls. 07 a 28.

O autuado, por seu representante legal, em sua defesa às fls. 30 a 43, argüiu a nulidade do auto de infração sob o fundamento de que a fiscalização deixou de observar a Instrução Normativa nº 56/2007, que prevê a exclusão da base de cálculo do ICMS, quando apurada omissão de saídas presumidas, nos termos do § 3º do art.2º do RICMS/97, com matriz no § 4º do art.4º da Lei nº 7.014/96, os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária.

Invocou o § 3º do art.18, do RPAF/99, para mostrar que as eventuais incorreções ou omissões devem ser objeto de revisão fiscal, porém, no caso, entende que as exigências não observadas pelo autuante, pela não aplicação da IN 56/2007, se aproximou de exigência de natureza substancial.

No mérito, esclareceu que sua atividade está voltada para o ramo de comércio atacadista de produtos alimentícios, e que a maioria dos produtos comercializados (hortifrutigranjeiros, agropecuários e extractivos animais e vegetais) não sofre tributação nas saídas, por estarem incluídos no art.14 do RICMS como isentos. Além disso, diz que também comercializa com mercadorias que não sofrem tributação na saída em virtude de ter a sua fase de tributação encerrada pelo regime de substituição tributária, tais como, cigarros, cervejas, refrigerantes, balas, bombons e guloseimas, café, macarrão, dentre outros.

Por conta disso, argui que a conclusão fiscal não é capaz de sustentar o lançamento tributário em questão, por não ter levado em conta a natureza comercial do estabelecimento, impondo a nulidade ou a improcedência da autuação, citando diversos Acórdãos do CONSEF que decidiram nesses sentidos por inadequação do roteiro de fiscalização, ou pela aplicação dos critérios previstos na IN nº 56/2007.

Prosseguindo, diz que sendo acatado o seu pleito pela aplicação da proporcionalidade, realizou um levantamento do período fiscalizado, tendo demonstrado discriminadamente, mês a mês, o montante das notas fiscais (base de cálculo); o resultado da aplicação da proporcionalidade, tomando por base os percentuais mensais; o valor da omissão de saídas; o ICMS à 17%; a dedução do crédito presumido de 8% (art.408-A, parágrafo 1º do RICMS/97); e o valor que reconhece como devido para cada período.

Ao final, se ultrapassada a preliminar de nulidade, reconhece a procedência parcial no montante de R\$2.180,76, após a aplicação da proporcionalidade.

Anexou à sua peça defensiva demonstrativo do cálculo dos valores devidos nos mesmos moldes da fiscalização; planilhas mensais para fins de cálculos da proporcionalidade; e cópias de notas fiscais (docs. fls. 46 a 100).

O autuante em sua informação fiscal às fls.103 a 104, aduz que não há motivo para argüição de nulidade do auto de infração, por entender que a infração foi apurada de acordo com o § 3º do art.2º do RICMS/97, face a constatação de diferenças constatada no roteiro de Cartão de Crédito/Débito.

Rebateu as alegações sobre a proporcionalidade dizendo que somente por ocasião da impugnação é que foram apresentados levantamentos nesse sentido; que a alegada comercialização de produtos isentos e submetidos à substituição tributária na inibe o procedimento fiscal; que os acórdãos indicados na defesa não possuem correspondência com o processo; e prestou explicações sobre sua ação fiscal.

Quanto às planilhas apresentadas, diz que detectou divergências para as planilhas que elaborou, assim como, porém, que os valores mensais encontrados pelo autuado totalizaram o valor declarado na DME de 2006.

Conclui, admitindo que deve ser aplicada a Instrução Normativa nº 56/2007, tendo elaborado novas planilhas mensais, resultando na diminuição do débito lançado para o total de R\$2.845,29, e opinou pela procedência parcial do auto de infração, tudo de conformidade com os levantamentos às fls. 105 a 118.

Através da intimação e respectivo AR dos Correios (fls. 123 a 124), o sujeito passivo foi cientificado dos novos elementos anexados à informação fiscal, tendo reiterado suas alegações anteriores, e seguindo a mesma metodologia de apuração do débito, apresentou novos cálculos com o débito total reconhecido de R\$2.583,47.

Na informação fiscal à fl. 141, o autuante diz que não detectou nos levantamentos realizados pelo contribuinte, nenhum argumento novo capaz de modificar o seu entendimento manifestado em sua informação às fls. 103/118.

Consta às fls.143 a 163 documentos referentes ao processo de parcelamento do débito no total de R\$2.180,76.

VOTO

O fato que ensejou a lavratura do Auto de Infração diz respeito a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, relativamente a vendas realizadas com cartão de crédito/débito em valores menores do que as vendas informadas por instituição financeira e administradora de Cartões de Crédito/Débito.

O débito da infração encontra-se devidamente especificado nas planilhas comparativas de vendas por meio de cartão de crédito/débito” (doc.fl. 07), na qual, foram considerados em cada coluna, o período mensal, o total das vendas com cartão de crédito e de débito informados pelas administradoras, as vendas apuradas em notas fiscais série D-1, a diferença apurada representativa da base de cálculo do imposto; o imposto devido calculado à alíquota de 17%; o crédito presumido de 8%, e finalmente, o ICMS devido. Não foram consignadas vendas extraídas da Redução Z, nem vendas apuradas em notas fiscais.

A autuação está fundamentada no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei n 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê *in verbis*: “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”.

Portanto, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Em processo desta natureza faz-se necessário o fornecimento ao contribuinte dos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com especificação das vendas diárias, por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administração de cartão, separadamente, de modo que possa ser efetuado o cotejo entre os valores registrados na escrita fiscal e no equipamento emissor de cupom fiscal com as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Neste processo, observo que os citados TEF-Diários e por operações, relativos a cada administradora de cartão, foram entregues através de mídia eletrônica, conforme recibo, fls.26 a 28, devidamente assinado pelo autuado.

Na defesa fiscal, o sujeito passivo não impugnou os números apurados no trabalho fiscal, limitando-se a arguir que o estabelecimento opera com mercadorias tributadas, isentas e com fase de tributação encerrada, argumentando que deveria ser feita a proporcionalidade do débito sobre o percentual das entradas tributadas, tendo apresentado à fl. 46 um demonstrativo contemplando a proporcionalidade das mercadorias tributadas sobre o débito apurado, reconhecendo o valor de R\$ 2.180,76, inclusive protocolou pedido de parcelamento de débito desta importância (docs. fls. 146/7).

O autuante, por seu turno, reconheceu que realmente o estabelecimento opera com mercadorias de várias situações tributárias; aplicou a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007 sobre o débito apurado, tomando por base o demonstrativo apresentado pelo autuado; e

apresentou planilhas e novo demonstrativo de débito (fl. 105), com a redução do débito para o valor de R\$2.845,29, tendo, o autuado ao ser cientificado apresentado nova planilha com débito no valor de R\$2.583,47 (fl. 133), valor que reconhece como devido.

Portanto, ultrapassadas as arguições de nulidade do lançamento tributário em comento, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99, resta, apreciando o mérito da autuação, determinar qual o valor correto que deve mantido no auto de infração, ou seja, o valor apurado pelo autuado ou o valor apurado pelo autuante.

Comparando a planilha do autuante à fl. 105 com a do autuado à fl. 133, constato que não existe divergência nas colunas relativas a: total das vendas informado pelas administradoras (R\$115.806,71); idem nos valores apurados em notas fiscais (R\$71.706,10); idem na diferença entre estes dois totais (R\$48.727,20). Contudo, divergem as demais colunas referentes aos índices de proporcionalidade; base de cálculo após a aplicação desses percentuais; e consequentemente o ICMS devido; o crédito presumido de 8%, e o valor devido. As duas planilhas divergem no que tange ao percentual das mercadorias tributadas: o autuante utilizou percentuais mensais e o autuado utilizou um percentual único calculado sobre o total das mercadorias do período.

Do ponto de vista fiscal não vejo impedimento de ser utilizado o percentual das mercadorias tributadas sobre o total das mercadorias do período, conforme fez o autuado em sua planilha. Desta forma, considerando que o próprio autuado reconhece o índice de 58,91 correspondente às mercadorias tributadas do período de 2006, e o débito calculado sobre este percentual, no valor de R\$2.583,47, adotando o princípio da razoabilidade, conluso pela subsistência parcial do auto de infração.

Desta forma, não obstante o direito do autuado de pagar o ICMS pelo regime de tributação do SIMBAHIA, embora o estabelecimento fosse optante pelo citado regime de apuração, porém, por ter incorrido na situação prevista no inciso V do artigo 408-L do RICMS/97, o débito foi calculado corretamente pelo regime normal com a concessão do crédito presumido de 8% sobre a receita omitida, aplicando a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$2.583,47, conforme demonstrativo de débito abaixo:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO					
Data Ocor.	Data Venc.	B.de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vl.do Débito
31/01/2006	09/02/2006	1.661,76	17,00	70	282,50
28/02/2006	09/03/2006	1.494,76	17,00	70	254,11
31/03/2006	09/04/2006	1.542,82	17,00	70	262,28
30/04/2006	09/05/2006	2.256,94	17,00	70	383,68
31/05/2006	09/06/2006	1.927,35	17,00	70	327,65
30/06/2006	09/07/2006	2.092,35	17,00	70	355,70
31/07/2006	09/08/2006	1.825,41	17,00	70	310,32
31/08/2006	09/09/2006	1.955,06	17,00	70	332,36
31/12/2006	09/01/2007	440,41	17,00	70	74,87
TOTAL					2.583,47

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 nº 281105.0043/07-0, lavrado contra **R & R COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.583,47**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo serem homologados os valores que foram objeto de parcelamento de débito.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR