

A. I. N ° - 178891.2013/08-0
AUTUADO - DO CARMO RODRIGUES COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - NELSON LIMA GARCEZ MONTENEGRO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 04.12.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0400-04/09

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. Demonstrativos e cópia do livro RSM juntados com a defesa apontam erros cometidos pela fiscalização e não aplicação da proporcionalidade o que não foi contestado na informação fiscal e diligência. Presunção de veracidade dos demonstrativos juntados com a defesa em razão da não contestação e apresentação de provas em contrário. Infração elidida em parte. Rejeitada a nulidade suscitada. Vencido o relator. Decisão não unânime. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime quanto ao mérito.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2008, reclama ICMS no valor histórico de R\$14.000,89, decorrente da 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 impugna o lançamento tributário, (fls. 29 a 40) inicialmente destacando que acompanham sua impugnação os anexos:

- 01 (demonstrativo das entradas de mercadorias através de notas fiscais por tipo de tributação, referente aos meses de Julho de 2006 a Junho/2007);
- 02 (demonstrativo comparativo de vendas, com o cálculo do ICMS devido através da aplicação do princípio da proporcionalidade);
- 03 (cópias das folhas do livro de Registro de Saídas de Mercadorias referente ao período de Julho de 2006 a Junho de 2007).

Ressalta que o estabelecimento comercial da empresa está localizado em um bairro da periferia da cidade do Salvador e atua no ramo de comércio varejista de produtos alimentícios.

Argumenta que, como se encontra enquadrada no SimBahia como microempresa 1 não estava obrigada a usar equipamento emissor de cupom fiscal no exercício de 2006. O equipamento emissor de cupom fiscal passou a ser utilizado a partir de julho de 2007.

Em decorrência do previsto na legislação fiscal, a maioria dos produtos comercializados não sofre tributação nas saídas por estarem incluídos no art. 14 do RICMS como isentos. Conforme poderá ser visto nas notas fiscais emitidas da série D-1 estes produtos são:

- a)** produtos hortícolas como: abóbora, abobrinha, acelga, agrião, aipim, alface, batata, batata-doce, berinjela, beterraba, cebola, cebolinha, cenoura, chuchu, coentro, couve, couve-flor, ervilha, espinafre, gengibre, hortelã, inhame, jiló, maxixe, milho verde, pepino, pimenta, pimentão, quiabo, repolho, salsa, tomate, vagem, etc.
- b)** frutas como: banana, laranja, melão, abacaxi, banana da terra, melancia, manga, maracujá, mamão, uva, limão, etc.

c) produtos agropecuários tais como: ovos, leite, produtos comestíveis resultantes da matança de caprinos e ovinos, pescados, farinha e cereais como feijão e arroz.

Acrescenta que comercializa com grande quantidade de mercadorias que não sofrem tributação quando da sua saída, em virtude de ter a sua fase de tributação encerrada, com o ICMS pago pelo regime de substituição tributária ou pelo regime de antecipação tributária tais como: cigarros, cervejas, refrigerantes, refrescos, iogurtes, água mineral, gelo, sucos de frutas, leite de coco, sorvetes, picolés, bombons, balas, caramelos, pirulitos, chocolates, produtos salgados e defumados resultantes do abate do gado bovino e suíno, café, farinha de trigo, macarrão, massa para sopa, pães, bolachas, algodão, absorventes, fraldas, bicos para mamadeiras, escovas e pastas dentífricas, filmes fotográficos, aparelhos e lâminas de barbear, isqueiros, lâmpadas, salgados industrializados, calçados, sandálias, etc.

Aduz que grande parte das mercadorias faz parte da cesta básica e que, portanto a alíquota aplicada nas operações de saídas é de apenas 7%, como milho, macarrão, sal de cozinha e fubá de milho.

Argumenta que outras mercadorias têm sua base de cálculo reduzida nas saídas como óleo de soja (base de cálculo reduzida em 29,41%), açúcar e charque (base de cálculo reduzida em 58,82%).

Comenta 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. Mais recentemente instituiu o pagamento de antecipação parcial do ICMS sobre todas as compras que as empresas realizem fora do Estado. A autuada inclusive pagou a antecipação parcial do ICMS referente a diversos produtos no período fiscalizado.

Argüi nulidade por inadequação do roteiro de fiscalização, aplicado na presente Ação Fiscal em virtude da natureza da atividade da empresa e da mesma operar com 45,60% dos seus atos negociais com vendas de mercadorias isentas do pagamento do ICMS e outras que sofreram tributação pelo sistema de substituição tributária e/ou antecipação tributária, transcrevendo trechos dos acórdãos JJF 0095-02/05; CJF 0203-11/05; JJF 0029-02/05 e JJF 0023-02/05, conforme abaixo:

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 comércio 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 aplicado, 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 aplicado, vez que a quase totalidade das mercadorias comercializadas são isentas. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

Frisa que o CONSEF vem julgando IMPROCEDENTES processos similares a este, conforme decisões nos acórdãos JJF nº 0249-03/05, JJF nº 0052-04/05, JJF nº 00882-04/05, JJF nº 0226-03/05 e CJF nº 0050-11/05, transcrevendo trechos conforme abaixo:

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 subsequentes 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 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. Entretanto, comprovada que a quase totalidade das mercadorias comercializadas está enquadrada no regime de substituição tributária, 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 tributária, 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 tributária, 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 crédito e débito. 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 crédito 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 crédito e instituições financeiras. Infração insubsistente. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.*

Destaca que o autuante não aplicou o princípio da proporcionalidade, previsto na INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 56/2007 da Superintendência de Administração Tributária, o mesmo cometeu alguns enganos quando da feitura do seu demonstrativo, quando deixou de lançar nos seus demonstrativos diversas notas fiscais da série D-1, informando que acosta um demonstrativo com as devidas correções conforme anexo 02 da defesa, para que o autuante, na sua informação fiscal, se pronuncie fazendo a devida correção e reduza o valor do ICMS cobrado no Auto de Infração original.

Em seguida passou a apontar os erros cometidos pelo autuante:

- 1- Falta de lançamento das notas fiscais de saídas série D-1 emitidas no mês de julho de 2006 de nº 2951 a 3050 no valor total de R\$ 21.544,33.
- 2- Lançamento a maior do valor das saídas efetuadas através de notas fiscais série D-1 no mês de agosto de 2006. O valor correto é de R\$ 9.537,42 e o autuante lançou o valor de R\$ 9.539,25.
- 3- Lançamento a menor do valor das saídas efetuadas através de notas fiscais série D-1 no mês de setembro de 2006. O valor correto é de R\$ 6.495,65 e o autuante lançou o valor de R\$ 6.495,30.
- 4- Lançamento a maior do valor das saídas efetuadas através de notas fiscais série D-1 no mês de outubro de 2006. O valor correto é de R\$ 8.392,95 e o autuante lançou o valor de R\$ 8.398,25.
- 5- Deixou de lançar as notas fiscais série D-1 de nº 3351 a 3389 emitidas no mês de novembro de 2006. O valor total das saídas efetuadas é de R\$ 8.365,80 e o autuante lançou apenas o valor de R\$ 4.340,45.
- 6- Falta de lançamento das notas fiscais de saídas série D-1 emitidas no mês de dezembro de 2006 de nº 3390 a 3500 no valor total de R\$ 4.470,59.
- 7- Falta de lançamento das notas fiscais de saídas série D-1 emitidas no mês de janeiro de 2007 de nº 3501 a 3540 no valor total de R\$ 4.935,65.
- 8- Falta de lançamento das notas fiscais de saídas série D-1 emitidas no mês de fevereiro de 2007 de nº 3551 a 3632 no valor total de R\$ 5.997,41.
- 9- Falta de lançamento das notas fiscais de saídas série D-1 emitidas no mês de março de 2007 de nº 3633 a 3700 no valor total de R\$ 5.795,45.
- 10- Falta de lançamento das notas fiscais de saídas série D-1 emitidas no mês de abril de 2007 de nº 3701 a 3800 no valor total de R\$ 6.857,51.
- 11- Lançamento a maior do valor das saídas efetuadas através de notas fiscais série D-1 no mês de maio de 2007. O valor correto é de R\$ 7.900,31 e o autuante lançou o valor de R\$ 8.179,81.
- 12- Deixou de lançar as notas fiscais série D-1 de nº 3951 a 3979 emitidas no mês de junho de 2007. O valor total das saídas efetuadas é de R\$ 7.429,71 e o autuante lançou apenas o valor de R\$ 3.956,75.
- 13- Falta de aplicação do princípio da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007. Para atender o princípio da economia processual, elabora planilha com o demonstrativo das entradas de mercadorias através de notas fiscais por tipo de tributação e anexa a esta defesa. Coloca à disposição do fiscal as notas fiscais das aquisições de mercadorias do período de julho de 2006 a junho de 2007 para que o mesmo efetue uma revisão no demonstrativo de apuração da proporcionalidade efetuado quando da apuração do débito e efetue a correção quando da sua informação fiscal.

Conclui que, diante do exposto e conforme anexos 01, 02 e 03, reconhece o débito nos valores abaixo discriminados:

Mês	Valor apurado pelo Autuante	Valor Reconhecido pela Autuada
Julho /2006.....	1.512,82.....	Impugnado
Agosto/2006.....	420,87.....	181,56
Setembro/2006.....	763,56.....	352,70
Outubro/2006.....	895,61.....	496,15
Novembro/2006.....	794,73.....	219,88
Dezembro/2006.....	1.289,35.....	185,67
Janeiro/2007.....	1.416,26.....	457,67
Fevereiro/2007.....	1.345,33.....	466,78
Março/2007.....	1.775,61.....	559,48
Abril/2007.....	1.610,92.....	292,07
Maiio/2007.....	760,95.....	343,25
Junho/2007.....	1.414,88.....	806,60

Ao final, ressalta que fica comprovado que o autuante cometeu erros, enganos e equívocos, como caracterizar a infração de forma imprecisa e por presunção, presunção esta sem procedência e que

a descrição em consequência destes enganos, ficou confusa, genérica, os valores constantes dos demonstrativos não conferem com a realidade dos fatos e que houve o uso inadequado do roteiro de fiscalização por motivo da atividade da autuada, negociar preponderantemente com mercadorias já tributadas por antecipação e/ou substituição, requerendo a nulidade do Auto de Infração.

Caso não seja aceito o pedido de nulidade total da infração, que seja aplicado o princípio da proporcionalidade conforme demonstrativo já elaborado pela autuada e consoante decisões deste Conselho conforme Acórdãos CJF nº 0291-12/06 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, JJF nº 0209-01/07 da 1ª Junta de Julgamento Fiscal e JJF nº 0287-04/07 da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, cujos contribuintes negociam com mercadorias isentas, antecipadas e sujeitas ao regime de substituição tributária e conforme determina a Instrução Normativa nº 56/2007 da Superintendência de Administração Tributária.

O fiscal autuante, fl. 83, aduz que o contribuinte não constou documentos para comprovar sua alegação e frisa que o levantamento fiscal foi baseado nas informações das administradoras de cartões, opinando pela manutenção da autuação.

O PAF foi convertido em diligência, considerando que o autuado impugnou a imputação alegando que parte das mercadorias comercializadas é isenta, não tributada e/ou sujeita à substituição tributária e apontou diversos enganos constantes do levantamento e, considerando, que na informação fiscal o autuante não atendeu aos procedimentos constantes da Inscrição Normativa nº 56/2007 e nem analisou os argumentos defensivos.

Assim, foi determinado pela 5ª JJF a conversão do PAF em diligência à INFAZ DE ORIGEM, para que o autuante ou outro auditor a ser designado:

1. Ajuste a base de cálculo em conformidade com a Instrução Normativa nº 56/2007.
2. Preste nova informação fiscal, observando as determinações contidas no § 6º do artigo 127 do RPAF/99:

“Art. 127.

§ 6º A informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação.”

Elabore novo demonstrativo de débito e que fosse entregue ao autuando cópias do resultado da diligência e seus anexos e estipular o prazo de 10 (dez) dias para se pronunciar.

Em resposta às determinações constantes na diligência, o fiscal autuante à folha 89 diz que a diligência *“é descabida, dado que a intimação para apresentação dos dados das Notas Fiscais de aquisições, caso o desejasse se candidatar ao benefício da proporcionalidade, já foi feita e assinada pelo contribuinte, conforme cópia da intimação anexa à página 05 deste PAF.”*

Às folhas 92/93, foi acostado pela Coordenação Administrativa do CONSEF relatório do SIGAT-Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento de Pagamento PAF, constando o parcelamento do valor histórico de R\$ 4.361,80.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS decorrente 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.

Constatei que o levantamento realizado pelo 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 tributadas 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 7.014/96, com redação dada pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, *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.”

Trata-se de uma presunção “juris tantum”, ou seja, admite prova contrária, portanto, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção.

Em sua defesa o autuado apontou diversos erros do fiscal autuante, tais como:

- 1- Falta de lançamento das notas fiscais de saídas série D-1 emitidas no mês de julho de 2006 de nº 2951 a 3050 no valor total de R\$ 21.544,33.
- 2- Lançamento a maior do valor das saídas efetuadas através de notas fiscais série D-1 no mês de agosto de 2006. O valor correto é de R\$ 9.537,42 e o autuante lançou o valor de R\$ 9.539,25.
- 3- Lançamento a menor do valor das saídas efetuadas através de notas fiscais série D-1 no mês de setembro de 2006. O valor correto é de R\$ 6.495,65 e o autuante lançou o valor de R\$ 6.495,30.
- 4- Lançamento a maior do valor das saídas efetuadas através de notas fiscais série D-1 no mês de outubro de 2006. O valor correto é de R\$ 8.392,95 e o autuante lançou o valor de R\$ 8.398,25.
- 5- Deixou de lançar as notas fiscais série D-1 de nº 3351 a 3389 emitidas no mês de novembro de 2006. O valor total das saídas efetuadas é de R\$ 8.365,80 e o autuante lançou apenas o valor de R\$ 4.340,45.
- 6- Falta de lançamento das notas fiscais de saídas série D-1 emitidas no mês de dezembro de 2006 de nº 3390 a 3500 no valor total de R\$ 4.470,59.
- 7- Falta de lançamento das notas fiscais de saídas série D-1 emitidas no mês de janeiro de 2007 de nº 3501 a 3540 no valor total de R\$ 4.935,65.
- 8- Falta de lançamento das notas fiscais de saídas série D-1 emitidas no mês de fevereiro de 2007 de nº 3551 a 3632 no valor total de R\$ 5.997,41.
- 9- Falta de lançamento das notas fiscais de saídas série D-1 emitidas no mês de março de 2007 de nº 3633 a 3700 no valor total de R\$ 5.795,45.
- 10- Falta de lançamento das notas fiscais de saídas série D-1 emitidas no mês de abril de 2007 de nº 3701 a 3800 no valor total de R\$ 6.857,51.
- 11- Lançamento a maior do valor das saídas efetuadas através de notas fiscais série D-1 no mês de maio de 2007. O valor correto é de R\$ 7.900,31 e o autuante lançou o valor de R\$ 8.179,81.
- 12- Deixou de lançar as notas fiscais série D-1 de nº 3951 a 3979 emitidas no mês de junho de 2007. O valor total das saídas efetuadas é de R\$ 7.429,71 e o autuante lançou apenas o valor de R\$ 3.956,75.
- 13- Falta de aplicação do princípio da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007. Para atender o princípio da economia processual, elabora planilha com o demonstrativo das entradas de mercadorias através de notas fiscais por tipo de tributação e anexa a esta defesa. Coloca à disposição do fiscal as notas fiscais das aquisições de mercadorias do período de julho de 2006 a junho de 2007 para que o mesmo efetue uma revisão no demonstrativo de apuração da proporcionalidade efetuado quando da apuração do débito e efetue a correção quando da sua informação fiscal.

Ocorre que, ao prestar a informação fiscal o autuante não atendeu às determinações do § 6º do artigo 127 do Regulamento do Procedimento Fiscal – RPAF/99 do Estado da Bahia, *in verbis*:

“Art. 127.

§ 6º A informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação.”

Apesar de não atender ao previsto no RPAF/99, acima transcrito, para sanar a irregularidade, a 5ª JJF converteu o PAF em diligência, e mais uma vez o autuante não atendeu ao RPAF e às

determinações da diligência.

Não prestou nenhuma informação em relação aos 12 (doze) erros apontados pela defesa, sem nada justificar.

Também, o fiscal não atendeu a determinação da diligência para aplicação da proporcionalidade, falha apontada pela defesa no item 13, citando a Instrução Normativa 56/2007, da própria SEFAZ/BA.

Ante ao acima exposto acato o pedido de nulidade formulado pelo sujeito, por entender que houve inobservância do devido processo legal, pois o autuado não atendeu às determinações da Instrução Normativa 56/2007 e o § 6º do artigo 127. Também, o lançamento de ofício em lide não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a base de cálculo, cerceando o direito de defesa do contribuinte.

Assim, mesmo tendo o contribuinte parcelado parte do débito, entendo que não existe segurança para a determinação da base de cálculo.

Voto pela NULIDADE da autuação, recomendando a repetição dos atos, a salvo de falhas.

Tendo sido vencido em relação a preliminar de nulidade, por força do **contido no art. do RPAF/BA**, adentro ao exame do mérito observando que o Auto de Infração acusa exigência de ICMS a título de presunção, ressalvado ao contribuinte comprovar a sua improcedência.

O autuante elaborou demonstrativos juntados às fls. 7/8, no qual relacionou os valores totais mensais das vendas informadas pelas empresas administradoras de cartão de crédito, deduziu os valores contidos em documentos fiscais emitidos pelo contribuinte e sobre a diferença apurada aplicou a alíquota interna e deduziu o crédito presumido de 8% previsto na legislação (SIMBAHIA) o que resultou no ICMS devido.

Na defesa apresentada o autuado alegou que o autuante no seu demonstrativo:

- a) Em diversos meses deixou de lançar notas fiscais; lançou valor a menos e lançou valor a mais;
- b) Não aplicou a proporcionalidade prevista na IN 56/07.

Com relação ao primeiro argumento, constato que assiste razão ao defendente, a exemplo do mês de julho/06, tendo em vista que alegou não ter o autuante considerado os valores consignados em documentos fiscais de nºs 2951 a 3050 (fl. 37) e realmente no demonstrativo elaborado pelo autuante (fl. 7) foi computado valor “zero” naquele mês. O autuado juntou cópia do livro Registro de Saídas (RSM) às fls. 57/58 relativa àquele mês, no qual totalizou o valor de R\$21.544,33.

Da mesma forma, para os meses que o autuado indicou não lançamento de valores contidos em documentos fiscais ou valores lançados a mais, juntou cópia do livro RSM (fls. 59/79) nos quais relacionou números dos documentos fiscais, valores e totais.

No que se refere à proporcionalidade, verifico que o impugnante elaborou demonstrativo próprio (fls. 43/53) no qual relacionou as notas fiscais de entrada e desmembrou os valores das mercadorias tributadas e isentas e/ou antecipadas apurando por mês a proporcionalidade das tributadas.

Em seguida, no demonstrativo à fl. 55, tomou como base os valores informados pelas empresas administradoras de cartão (transportado do demonstrativo do autuante), deduziu os valores apurados em documentos fiscais (com base no seu demonstrativo e livro RSM) e sobre a diferença apurada aplicou a proporcionalidade com base nos percentuais mensais de compras tributadas, sobre o resultado aplicou a alíquota interna apurando débito total (R\$8.238,97), deduziu o crédito presumido (R\$3.877,16) e apontou o valor que reconheceu como devido de R\$4.361,81.

Pelo exposto, concluo que tendo o imposto sido exigido a título de presunção, na sua defesa o impugnante apresentou provas materiais de erro na apuração do imposto por parte do autuante e elementos suficientes para se aplicar a proporcionalidade na apuração do débito. O autuante teve a oportunidade de confrontar seu demonstrativo no qual relacionou documentos fiscais com o apresentado pelo autuado e fazer as exclusões e adições que julgasse pertinente, bem como aferir os percentuais de proporcionalidade apurado pelo defendente.

Caso o autuante tivesse dúvidas quanto aos dados contidos nos demonstrativos juntados com a defesa, deveria ter solicitado do recorrente a apresentação dos documentos fiscais para certificar-se da sua veracidade. Entretanto, não o fez quando da produção da informação fiscal, nem em atendimento à diligência determinada pelo CONSEF.

Por tudo que foi exposto, aplico o disposto no art. 140 do RPAF, que prevê: “O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas”.

Assim sendo, tendo o autuante se recusado a comprovar fato controverso, importa em presunção da veracidade da afirmação do autuado, motivo pelo qual acato o demonstrativo juntado à fl. 55 e considero devido o valor de R\$4.361,81. Infração elidida em parte.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR QUANTO À NULIDADE

Conforme relatado pelo nobre Relator, o ICMS foi exigido a título de presunção (art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96), sendo ressalvado ao contribuinte provar a improcedência da presunção.

Na defesa apresentada o autuado apontou erros cometidos pelo autuante e juntou ao processo demonstrativo no qual relacionou notas fiscais de saídas não computadas pela fiscalização. Requereu que fosse aplicado o princípio da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007. Suscitou a nulidade da autuação sob o argumento de imprecisão, e “uso inadequado do roteiro de fiscalização” em função de sua atividade que negocia preponderantemente com mercadorias já tributadas por antecipação e/ou substituição (fl. 39).

Pelo exposto com relação à nulidade suscitada sob alegação de uso inadequado do roteiro de fiscalização não pode ser acatada, tendo em vista que as decisões colacionadas ao processo pelo defendente reportam-se a estabelecimentos que comercializam mercadorias na sua totalidade ou quase totalidade isentas, não tributadas ou tributadas antecipadamente. Este não é o caso do estabelecimento autuado o que pode ser comprovado pelo demonstrativo elaborado por ele próprio e juntado à fl. 55, onde indicou saídas tributadas mensais nos exercícios de 2006 e 2007 que vai de 34,89% a 73,17%.

Relativamente à alegação de que o levantamento fiscal contém imprecisões, constato que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos, com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os artigos 38 a 41 do RPAF/BA (Dec. 7.629/99). O contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado, tanto que apresentou demonstrativos próprios (fls. 42 a 55) no qual apontou o débito que entendeu ser devido e promoveu o seu pagamento (fl. 91). Logo, não vislumbro inobservâncias formais que conduzam a sua nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, motivo pelo qual rejeito o pedido de nulidade formulado.

Entendo que a lide que se apresenta no processo é de natureza material quanto à base de cálculo e determinação do débito, portanto deve ser apreciado o seu mérito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto a preliminar de nulidade e unânime quanto ao mérito, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 178891.2013/08-0, lavrado contra **DO CARMO RODRIGUES COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.361,81**, 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 já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR QUANTO A PRELIMINAR DE NULIDADE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR/VOTO VENCIDO QUANTO A PRELIMINAR DE NULIDADE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR