

A. I. N° - 094858.0032/09-6
AUTUADO - JOILSON ALMEIDA DOS SANTOS
AUTUANTE - MIGUEL MOREIRA DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET 05.03.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0015-05/10

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. Reduzido o valor do débito em face de ter sido apurado erro no cálculo da proporcionalidade, prevista na Instrução Normativa n° 56/07. Não acatados os demais argumentos defensivos. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS, contendo a seguinte imputação: *Omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio 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. Período da autuação: de jan. a jun de 2007. Valor exigido: R\$70.788,66. Multa de 70% prevista no art. 42, inc. III, da Lei n° 7.014/96.*

O autuante, no campo descrição dos fatos do auto de infração, acrescentou que as vendas em cartões de crédito/débito, informadas pelas administradoras, excedeu as vendas lançadas nas Notas Fiscais ao Consumidor apresentadas pelo contribuinte ao Preposto Fiscal. Em sendo assim, ter sido caracterizada a presunção de omissão de saídas. Ressaltou ainda que no período de abril a junho de 2007 a empresa se encontrava cadastrada como Normal, pelo que teve o imposto apurado através da conta-corrente fiscal. Foi concedido crédito presumido apenas no período de janeiro a março do período autuado, período em que o sujeito passivo este enquadrado no regime do SimBahia.

Subsidiaram o levantamento fiscal os demonstrativos acostados à fls. 05 a 06; (Apuração mensal); Relatórios TEF diários (fls. 12 a 15) e relatórios “Apuração da Vendas em cartões de débito/crédito, pela redução Z (doc. fls. 08 a 11- contendo os documentos fiscais emitidos no período). Na apuração do imposto foi aplicada a proporcionalidade prevista na Instr. Normativa n° 56/07.

O autuado apresentou defesa, (fls. 29 a 34), frisando, inicialmente, que era inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia na condição de empresa de pequeno porte, no ramo de atividade de comércio de materiais de construção, comercializando um leque muito grande de mercadorias já tributadas na fonte, isentas e não tributadas.

Afirmou que das mercadorias comercializadas, a sua expressiva maioria, em torno de 70% (setenta por cento), correspondem a mercadorias sujeitas ao regime de antecipação ou substituição tributária, a exemplo de cimento, telhas, tintas, pisos, entre outros. Quanto à sistemática de apuração mensal, o impugnante declarou que procedeu à apuração da base em percentual sobre a sua receita bruta, e que recolhe a antecipação tributária relativa às mercadorias adquiridas em outros

antecipação parcial. Nas aquisições de mercadorias sujeitas a antecipação/substituição tributária dentro do Estado da Bahia, registrou que o imposto já vem retido na própria nota fiscal.

Destacou que nas aquisições de mercadorias, sujeitas à antecipação/substituição tributária há encerramento da fase de tributação nas etapas subsequentes de circulação, argumentando em seguida que no imposto lançado pelo preposto fiscal, não fora corretamente aplicada a proporcionalidade, para o ajuste da base de cálculo, correspondente aos valores das mercadorias cujo imposto já fora pago por antecipação ou substituição tributária, tendo se configurado um caso claro de bi-tributação, que implicou sérios prejuízos para a empresa.

Ponderou que a exclusão pleiteada já se tornou uma prática comum e acertada em inúmeras decisões do Conselho Estadual de Fazenda, o que motivou a edição, pelo Superintendente da Administração Tributária, da Instrução Normativa nº. 56/2007, publicada em 21.09.2007, a qual estabelece a obrigatoriedade da exclusão da base de cálculo do ICMS lançado de ofício, dos valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária.

Observou que o item 1 da citada instrução, obriga o preposto fiscal a proceder à exclusão de tais valores da base de cálculo, caso existam circunstâncias, elementos ou informações que permitam esta conclusão e que os itens 3 e 4, ainda estabelecem que a não exclusão proporcional dos valores da base de cálculo deve ser expressamente configurada no termo de encerramento de fiscalização.

No caso ora em discussão, a defesa frisou que o preposto fiscal não procedeu à exclusão da base de cálculo, dos valores relativos às mercadorias sujeitas ao regime de antecipação e substituição tributária, mesmo sabendo que a empresa fiscalizada exercia o ramo de comércio varejista de materiais de construção; e que por exercer tal atividade econômica, comercializava mercadorias não mais sujeitas à tributação nas etapas seguintes de circulação.

Em anexo à defesa apresentou levantamento das notas fiscais de compras efetuadas no período de janeiro a junho de 2007, no qual constatou que o total de aquisições no importe de R\$709.939,79, sendo 66,48% (sessenta e seis, quarenta e oito por cento), de mercadorias sujeitas à antecipação ou substituição tributária, ou seja, R\$471.967,97, valor superior ao encontrado pelo auditor fiscal.

Tal levantamento resultou no demonstrativo acostado à defesa, (anexo 1 – fl. 32), onde o contribuinte demonstra, que, com a exclusão das mercadorias sujeitas a antecipação/ substituição tributária, o valor do imposto reclamado no auto de infração seria reduzido de R\$70.788,66 (setenta mil e setecentos e oitenta e oito reais e sessenta e seis centavos), para R\$31.795,57 (trinta e um mil e setecentos e noventa e cinco reais e cinquenta e sete centavos).

Em seguida, o impugnante afirmou que no curso do período fiscalizado, a empresa se encontrava cadastrada no regime do SimBahia, tendo o autuante, não obstante, deixado de conceder o crédito presumido 8%.

Ao concluir a peça de defesa, o sujeito passivo formulou pedido pela decretação da procedência parcial do Auto de Infração, reconhecendo com devido o ICMS na importância de R\$31.795,57 (trinta e um mil e setecentos e noventa e cinco reais e cinquenta e sete centavos), tendo efetuado, inclusive, o parcelamento dessa quantia junto à repartição fazendária.

O autuante ao prestar informação fiscal (fls. 259) destacou que a defesa foi articulada no sentido de demonstrar que o preposto fiscal havia incorrido em erro no cálculo da proporcionalidade, razão pela qual foi solicitada a revisão desta apuração e a conseqüente redução do imposto exigido.

O autuante destacou que o primeiro erro do defensor foi considerar que em todo o período fiscalizado a empresa se encontrava enquadrada no regime SimBahia, pois de acordo com o documento acostado a fl. 23 do PAF, extraído do sistema de informação denominado INC, o contribuinte, no período entre janeiro a março de 2007, estava cadastrada como Empresa de Pequeno Porte. Porém, de abril a junho de 2007, a empresa estava cadastrada no regime SimBahia.

deste regime ficando cadastrada no Regime Normal de apuração do ICMS. Diante disso, o autuante afirmou que as alegações defensivas, no sentido de reduzir o valor apurado, ficaram prejudicadas, pois a existência de dois regimes de apuração do ICMS, afasta a aplicação do crédito presumido para aquele período em que o contribuinte pagava o ICMS pela sistemática normal, via débito e crédito.

No tocante ao cálculo da proporcionalidade houve, no entanto, o reconhecimento da procedência das alegações empresariais, tendo em vista a apresentação, somente por ocasião da defesa, de todas as notas fiscais de aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição/antecipação tributária. Diante disso, o autuante elaborou novos demonstrativos, acostados na peça informativa (fls. 260 a 268), reduzindo o valor do débito, no período de janeiro a março de 2007, de R\$23.181,79 para R\$14.462,81, com dedução do crédito presumido de 8%. Em relação ao período entre abril e junho de 2007, houve redução, da cifra de R\$ 47.606,87 para R\$ 32.637,25, porém sem dedução do crédito presumido do SimBahia, visto que o autuado não se encontrava cadastrado neste regime. Com isso, o valor total do débito, que era de R\$70.788,88, passou, após a revisão da base de cálculo pela proporcionalidade, para o montante de R\$47.100,06.

O contribuinte, por sua vez, foi cientificado da revisão dos valores lançados no Auto de Infração, conforme consta da intimação anexada à fl. 271 dos autos, não se manifestou no prazo de lei.

Às fls. 274/275, foi anexado relatório indicando que o contribuinte efetuou o parcelamento do valor reconhecido na peça de defesa, no montante de R\$ 31.757,87.

VOTO

O lançamento de ofício em lide traz a acusação de que o contribuinte incorreu na prática de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através diferença aritmética entre os valores utilizados pelo sujeito passivo para proceder ao recolhimento do ICMS e o montante de receitas de vendas de mercadorias informadas pelas administradoras de cartão de crédito e de débito.

A exigência fiscal em exame constitui presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributadas, nos termos do art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, sendo ônus da parte acusada elidir a infração.

Na impugnação, o contribuinte cingiu-se a pedir a revisão dos valores lançados no Auto de Infração, ao argumento de que o autuante não procedeu à concessão do crédito presumido de 8%, a que fazia direito, diante da sua condição de empresa de pequeno porte, inscrita no SimBahia. Alegou também que a autoridade fiscal incorrera em erro, ao deixar de computar todas as notas fiscais de aquisição de mercadorias, com imposto já recolhido pelo regime de substituição tributária, para a dedução dos valores atinentes à proporcionalidade, prevista na Instrução Normativa nº 56/2007.

Quanto ao primeiro argumento, referente aos créditos presumidos, não assiste razão ao autuado. Isto porque o autuante pautou corretamente a ação fiscal nas informações cadastrais do contribuinte, existente no banco de dados da Secretaria da Fazenda. Nessa pesquisa, foi constatado que somente no período entre janeiro e março de 2007 se encontrava o autuado beneficiado com sistemática de apuração do ICMS pelo regime simplificado, conforme atesta o relatório anexado à fl. 23 dos autos. Diante disso, o lançamento só computou a dedução dos créditos presumidos no período em referência.

Para os meses subseqüentes, compreendendo os meses de abril, maio e junho de 2007, o valor apurado não foi objeto de dedução de quaisquer créditos presumidos, visto que o contribuinte já se encontrava cadastrado no regime de apuração normal do ICMS, cujos créditos fiscais são deduzidos mensalmente na própria escrita da empresa.

No tocante à proporcionalidade, entretanto, ficou constado, após autuado não teve, a seu favor, computadas todas as deduções a que

operações com mercadorias com ICMS antecipado. Este fato foi por sua vez reconhecido pelo autuante, que procedeu a revisão do débito fiscal, dentro dos ditames da Instrução Normativa nº 56/2007.

Com isso, o valor do débito, que era de R\$70.788,88, passou para o montante de R\$47.100,06, conforme demonstrativo abaixo:

Débito	Data Ocorr	Data Venc	Base de Cálculo	Aliq (%)	Multa (%)	Val. Histórico
1	31/01/2007	09/02/2007	26.452,35	17,00	70,00	4.496,90
1	28/02/2007	09/03/2007	21.182,82	17,00	70,00	3.601,08
1	31/03/2007	09/04/2007	37.440,18	17,00	70,00	6.364,83
1	30/04/2007	09/05/2007	64.882,53	17,00	70,00	11.030,03
1	30/05/2007	09/06/2007	64.711,24	17,00	70,00	11.000,91
1	30/06/2007	09/07/2007	62.390,06	17,00	70,00	10.606,31
Total						47.100,06

Registre-se, por fim, que o autuado, após defesa, efetuou o parcelamento parcial do débito, no montante de R\$31.757,87, em conformidade com os cálculos que apresentou na peça impugnatória. Todavia, como estes cálculos resultaram da dedução dos créditos presumidos para todo o período objeto da autuação, os mesmos estão incorretos, devendo prevalecer a revisão efetuada pelo autuante por ocasião da informação fiscal (relatórios de fls. 260/261) . Entretanto, os valores já recolhidos pelo contribuinte deverão ser objeto de homologação pela repartição fiscal de origem do processo.

Assim, considerando o acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo o sujeito passivo ser intimado desta Decisão para que, se assim entender, possa pedir aditamento dos valores objeto da condenação ao processo de parcelamento que já se encontra em curso na Secretaria da Fazenda.

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 094858.0032/09-6, lavrado contra **JOILSON ALMEIDA DOS SANTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$47.100,06**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos mediante processo de parcelamento em curso.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE/RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA