

A. I. Nº - 110019.0125/07-3
AUTUADO - AML COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - DEMÓSTHENES SOARES DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 04. 03. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0020-01/10

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). Diligência realizada pela ASTEC/CONSEF demonstra a impossibilidade de aplicação da proporcionalidade alegada pelo impugnante. Excluída da exigência fiscal parcela do débito referente ao período em que o contribuinte passou a condição de optante pelo Simples Nacional. Infração parcialmente subsistente. Não acolhida a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 13/12/2007, imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de 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, nos meses de janeiro a julho de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 48.739,46, acrescido da multa de 70%.

O autuado apresentou defesa (fls. 15/16), afirmando que o autuante não observou que a sua atividade comercial é de mercado, o que obrigaria a exclusão da base de cálculo de todas as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, isentas e não tributáveis e as contempladas com redução da base de cálculo.

Diz ainda que o critério de apuração utilizado no cálculo do Auto de Infração é aplicável à empresa cadastrada na condição de “normal” e não à empresa optante pelo Regime SimBahia, que goza de regime especial de tributação, conforme o art. 51, I, “a” e “c” do RICMS/BA.

Finaliza requerendo a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal (fl. 25), na qual contesta o ar exclusão da base de cálculo das mercadorias sujeitas ao regime de su

não tributáveis e as contempladas com redução da base de cálculo, afirmando que tal pretensão não encontra respaldo legal, nem mesmo sendo prevista na legislação tributária.

Quanto à alegação defensiva referente ao critério de apuração do ICMS, sustenta que obedeceu o critério aplicável às empresas optantes pelo Regime SimBahia, conforme demonstrativo à fl. 08.

Conclui, mantendo integralmente a autuação.

A 1ª JJF, após discussão em pauta suplementar, converteu o processo em diligência (fl. 28), à INFAZ/VAREJO, a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado apurasse a proporcionalidade entre as mercadorias tributáveis normalmente e não tributáveis e aplicasse o percentual encontrado relativo à mercadorias tributáveis normalmente sobre a base de cálculo apontada no Auto de Infração, elaborando novo demonstrativo.

O autuante cumprindo a diligência esclareceu à fl. 32, que o próprio contribuinte declara à fl. 09 que no período fiscalizado a empresa não comercializou mercadorias isentas e/ou antecipadas. Diz ainda que não apresentou o autuado, prova documental de que houve a comercialização de tais mercadorias, o que viria a contrariar a declaração acima referida. Acrescenta que tais ocorrências impossibilitam, inclusive, a elaboração de uma nova planilha.

Considerado que o autuado mesmo tendo apresentado a declaração mencionada pelo autuante, na defesa apresentada requereu a exclusão das mercadorias não tributáveis normalmente da base de cálculo, a 1ª JJF, após discussão em pauta suplementar, converteu o processo em diligência à ASTEC/CONSEF, a fim de que, com base nas informações disponibilizadas pelo contribuinte, Auditor Fiscal designado apurasse a proporcionalidade entre as mercadorias tributáveis normalmente e não tributáveis e aplicasse o percentual encontrado relativo à mercadorias tributáveis normalmente sobre a base de cálculo apontada no Auto de Infração, elaborando novo demonstrativo.

Através do Parecer ASTEC N. 115/2009 (fls. 37/38), a diligente esclareceu que não foi possível atender a diligência, pois, apesar de constar no INC-Informações do Contribuinte como ATIVO, no mesmo endereço funciona um supermercado com outra Razão Social e Inscrição Estadual, “MERCADINHO INVICTO LTDA-ME”, conforme consta no INC.

Acrescenta a diligente, que após contato com a contadora, foi informada que esta não mais era contadora da empresa e não tinha qualquer documento para apresentar.

Registra ainda a diligente que o supermercado que funciona no mesmo endereço do autuado tem o mesmo número de telefone (3385.3069) e o mesmo nome de fantasia “MERCADO BRASIL”.

Conclui dizendo que não foi possível atender a solicitação, em razão de o autuado não ter sido localizado.

Consta às fls. 47/48, intimação para o autuado tomar ciência do Parecer ASTEC N.115/2009, porém, sem qualquer manifestação.

VOTO

O Auto de Infração em lide atribui ao contribuinte o cometimento de irregularidade decorrente de 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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

A princípio, não vislumbro no presente lançamento qualquer vício ou falha que o inquine de nulidade, conforme argüido pelo impugnante.

Na realidade, foram observadas as disposições legais e regulamentares na presente autuação, estando o Auto de Infração em conformidade com o Regulamento Fiscal – RPAF/99, especialmente, o seu art. 39, inexistindo qualquer o defesa e do contraditório. Não acolho, portanto, a nulidade argüida.

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 como vendas realizadas como cartão de crédito/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 contida no artigo 4º, §4º da Lei 7.014/96, *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”.

De início, registro que o impugnante alegou que o autuante não observou que a sua atividade comercial é de “mercado”, o que obrigaria a exclusão da base de cálculo de todas as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, isentas e não tributáveis e as contempladas com redução da base de cálculo.

A 1ª JJF no intuito de atender a pretensão defensiva, haja vista que, efetivamente, a exigência fiscal não deve recair sobre as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, isentas e não tributáveis, cabendo a aplicação da proporcionalidade, conforme decisões reiteradas deste CONSEF - posteriormente formalizada pela Superintendência de Administração Tributária através da Instrução Normativa n. 56/2007 -, converteu o processo em diligência em duas oportunidades, a fim de que fossem excluídas da base de cálculo as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, isentas e não tributáveis, valendo observar que a exclusão não é aplicável à mercadorias contempladas com redução da base de cálculo, conforme suscitado pelo autuado.

A primeira diligência teve como destinatária a INFAZ/VAREJO, tendo o autuante esclarecido que o próprio contribuinte declarou à fl. 09, que no período fiscalizado a empresa não comercializara mercadorias isentas e/ou antecipadas. Disse ainda que o autuado não apresentou prova documental de que houve a comercialização de tais mercadorias, o que viria a contrariar a declaração acima referida. Acrescentou que tais ocorrências impossibilitaram, inclusive, a elaboração de uma nova planilha.

A segunda diligência foi destinada à ASTEC/CONSEF, pois, mesmo o autuado tendo declarado no momento da ação fiscal que não comercializara mercadorias cujas operações de saídas foram isentas e/ou com o imposto pago por antecipação, na defesa apresentada denegou a declaração ao alegar que comercializara tais mercadorias, inclusive, requerendo a exclusão destas da base de cálculo, o que poderia caracterizar cerceamento de defesa, caso não apreciado por 1ª JJF.

Assim é que, após discussão em pauta suplementar, o processo foi convertido em diligência à ASTEC/CONSEF, a fim de que, com base nas informações disponibilizadas pelo contribuinte, Auditor Fiscal designado apurasse a proporcionalidade entre as mercadorias tributáveis normalmente e não tributáveis e aplicasse o percentual encontrado relativo à mercadorias tributáveis normalmente sobre a base de cálculo apontada no Auto de Infração, elaborando novo demonstrativo.

Ocorre que, conforme o Parecer ASTEC N. 115/2009 (fls. 37/38), da lavra da ilustre diligente Maria do Socorro Fonseca de Aguiar, restou demonstrada a total impossibilidade de atendimento da solicitação, tendo em vista que, apesar de o autuado constar no INC - Informações do Contribuinte na condição de “ATIVO”, no mesmo endereço foi constatado que funciona um supermercado com outra Razão Social e Inscrição Estadual, “MERCADINHO INVICTO LTI INC. Consignou ainda a diligente que o supermercado que funciona no tem o mesmo número de telefone e o mesmo nome de fantasia, no caso

Ora, não resta dúvida que deve ser do interesse do contribuinte oferecer ao Fisco todos os elementos que disponha para que seja apurada a proporcionalidade, pois, esta resulta em redução do valor do débito, pela exclusão dos valores relativos às mercadorias não tributáveis ou sujeitas à antecipação tributária.

Ocorre que, não pode o contribuinte simplesmente alegar que comercializa tais mercadorias e esta alegação ser suficiente para apuração da proporcionalidade. Na realidade, obrigatoriamente, terá que fornecer elementos que permitam ao Fisco calcular a proporcionalidade.

Nesse sentido, a Instrução Normativa n. 56/2007, traz no seu item 3 a seguinte redação:

"3 - Não sendo obtidos ou apresentados pelo contribuinte dados que possibilitem o cálculo da proporcionalidade admitida nos termos do item 1, o preposto fiscal lançará o ICMS devido utilizando como base de cálculo o valor total da omissão de operações de saída apurada, devendo ser registrada no termo de encerramento de fiscalização tal impossibilidade, sob pena de não registro do auto de infração."

Certamente, diante de tamanha irregularidade apontada pela diligente da ASTEC/CONSEF e, principalmente, da impossibilidade de apuração da proporcionalidade, em virtude de dificuldades criadas pelo próprio autuado, não há que se falar em exclusão de mercadorias da base de cálculo, no presente caso, cabendo a utilização como base de cálculo do valor total da omissão de operações de saída apurada.

Quanto à alegação defensiva de que o critério de apuração utilizado pelo autuante na forma apontada no Auto de Infração é aplicável à empresa cadastrada na condição de "normal" e não à empresa optante pelo Regime SimBahia, que goza de regime especial de tributação, conforme o art. 51,I,"a" e "c" do RICMS/BA, observo que a ação fiscal foi realizada corretamente, haja vista que o imposto apurado em razão de presunção de omissão de saídas de mercadorias, deve tomar como base os critérios e as alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, conforme a Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o artigo 19 da Lei nº 7.357/98.

Cumpre-me, porém, fazer um registro quanto à exigência relativa ao mês de julho de 2007, no valor de R\$ 7.319,72, haja vista que esta é indevida, em razão de o autuado ter passado a condição de optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, sendo o entendimento prevalecente neste CONSEF que para aplicação da presunção de que cuida o Auto de Infração em exame, aos contribuintes que tenham optado pelo Simples Nacional, a partir da mudança da condição, deverá obedecer aos critérios atinentes a este regime, sendo, portanto, nulo o lançamento referente ao mês de julho de 2007, o qual deverá ser refeito com aplicação dos roteiros inerentes ao Simples Nacional, nos termos do art. 21 do RPAF/89.

Assim sendo, o valor do débito originalmente apontado no Auto de Infração de R\$ 48.739,46, com a exclusão do valor de R\$ 7.319,72, fica reduzida para R\$ 41.419,74, conforme demonstrativo de débito abaixo:

Data de Ocorrência	ICMS devido (R\$)
31/01/2007	6.648,63
28/02/2007	6.169,23
31/03/2007	10.031,82
30/04/2007	3.166,87
31/05/2007	7.766,56
30/06/2007	7.636,63
TOTAL	41.419,74

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110019.0125/07-3**, lavrado contra **AML COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$41.419,74**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR