

processo regular, não existindo base legal para o desenquadramento de ofício. Afirmar que mesmo que a ocorrência se encontre caracterizada, haveria de se fazer a progressão das alíquotas, dentro do SIMBAHIA.

O contribuinte passa a alegar que deve ser acatada, até o limite de coincidência com os valores do Auto de Infração, as receitas por si declaradas, argumentando que a lei não permite que seja instalada presunção simplesmente em razão de suposta divergência entre as informações das administradoras e as Reduções “Z”. Transcreve artigo 4º, §4º, da Lei 7.014/96, em redação dada pela Lei nº 8.542/02.

Afirmar que a Lei não autoriza que as diferenças entre as reduções e as informações das administradoras sejam utilizadas para lastrear a presunção de omissão de receita, e alega que a Lei atribui esse condão ao que chama de declarações de vendas, e que no presente caso não pode ser equiparado às Reduções, desprezando demais elementos de informações, em especial a contabilidade e os documentos fiscais (DMA, DME, etc.).

Afirmar que vendeu, em 2006, R\$1.455.074,64, fazendo incidir o ICMS sobre tais vendas, pelo SIMBAHIA. Afirmar que os R\$ 223.807,66, apontados no Auto de Infração, já teriam sido englobados em sua declaração, e que já foram tributados.

O contribuinte diz que a suposta divergência de base de cálculo pode ter sido gerada pela ausência de observação das vendas através de Notas Fiscais Série Única, cujas operações também são suportadas por cartões. Relata que são vendas feitas a condomínios, clínicas, e outros, e que são pagas, às vezes, através de meios diversos, incluindo cartões.

O autuado diz que o percentual médio de mercadorias com o ICMS lançado e recolhido por substituição tributária não foi observado na ação fiscal. Alega que, de acordo com a jurisprudência dominante neste CONSEF, em autuações semelhantes, devem ser deduzidos os percentuais de mercadorias isentas, não tributadas e enquadradas no regime de substituição tributária. Afirmar que a apuração desses percentuais, no caso concreto, relativo a mercadorias neste regime, foi elaborada com base nas entradas, de acordo com o demonstrativo e notas fiscais anexas (fls. 30 a 702), em comparação com a DME.

Requer que, na hipótese de “condenação” pelo “regime normal”, além da dedução proporcional da antecipação parcial, o CONSEF mande excluir, mês a mês, os percentuais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme demonstrativo e documentos anexos. Transcreve julgamentos deste Conselho. Diz que, caso a irregular cobrança pelo regime normal seja mantida, deve haver a dedução, pois alega ter recolhido, no período autuado, importâncias de ICMS a título de antecipação parcial. Afirmar que esta dedução segue os mesmos princípios que conduzem à exclusão, em lançamentos similares, de mercadorias isentas, não tributadas ou com a fase de tributação encerrada, e diz que visa evitar o *bis in idem*. Ao final, protesta pela produção de todos os meios de prova admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e a revisão requerida.

Conclui pedindo pela declaração de improcedência do Auto de Infração, ou no máximo, da sua procedência em parte, desde que sejam atendidos os pedidos de: adequação da autuação às normas e alíquotas do SIMBAHIA, com dedução do total já tributado e espelhado na DME; tributação sobre o excedente entre a DME e informações das administradoras, se existir; tributação dentro dos padrões da autuação, porém com a dedução proporcional dos percentuais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e dos valores recolhidos a título de antecipação parcial.

Junta documentos às fls. 22 a 709.

À fl. 711 a autuante intima (AR à fl. 712) o contribuinte para apresentar fiscais (série única) de sua emissão, bem como planilha em I compras com identificação em separado das mercadorias enquadradas

tributaria das tributadas sob regime normal de apuração, no período de 01 de janeiro a 31 de dezembro de 2006, para que fossem analisadas as alegações defensivas, no que tange a valores ditos como não considerados e à proporcionalidade decorrente da substituição tributária.

Às fls. 714 e 715 o contribuinte relaciona números de notas fiscais série única, de sua emissão no período autuado, e anexa planilhas às fls. 716 a 726, aduzindo que estas demonstram todas as suas compras com identificação, em separado, das mercadorias enquadradas no regime de apuração por substituição tributária, das tributadas por regime normal, no período de 01 de janeiro a 31 de dezembro de 2006. Diz ter encaminhado também os comprovantes das Reduções “Z” dos meses de novembro/2006 e dezembro/2006, além das Notas Fiscais modelo e série D-1 com as numerações 048537 a 048615, que não foram consideradas pela autuante.

À fl. 728 a autuante afirma que o contribuinte apresentou os documentos solicitados por ela, porém as Notas Fiscais de série única foram devolvidas para que o contribuinte fizesse o abatimento dos seus valores com os valores apresentados pelas empresas de cartões de crédito, no prazo de 15 dias, retendo apenas as Reduções “Z” e algumas notas fiscais do período de novembro e dezembro/2006 com a finalidade de “alimentar” a planilha deste período.

No mesmo documento de fl. 728 a Auditora Fiscal apõe declaração de que, diante da falta de pronunciamento do contribuinte no prazo concedido de 15 dias, no sentido de apresentar os documentos que ela, Auditora, solicitara-lhe, mantinha então “a decisão supra.”

Às fls. 731 a 733, considerando as alegações defensivas; os dados do processo; tendo em vista que não fora juntado aos autos o recibo do autuado comprovando que o mesmo recebera a cópia das fls. 06 e 728 do PAF, respectivamente referentes ao demonstrativo do levantamento fiscal e à Informação Fiscal; considerando que a empresa atua no ramo de comércio varejista de produtos alimentícios; considerando ainda o teor da Instrução Normativa nº 56/2007, esta 3ª JF, na busca da verdade material, em pauta suplementar deliberou por converter o processo em diligência à INFAZ de origem para que a Inspetoria Fazendária intimasse o autuado e fornecesse-lhe cópia das fls. 06 e 728 do PAF e daquela diligência; reabrisse o prazo de defesa de 30 dias para que o sujeito passivo apresentasse nova impugnação ao lançamento fiscal, e para que o autuante, a partir da verificação dos documentos fiscais originais do contribuinte com os demonstrativos apresentados, inclusive das notas fiscais referentes aos meses de novembro e dezembro/2006, elaborasse demonstrativo correspondente às diferenças mensais nas quais a emissão de documento fiscal (notas fiscais ou cupons fiscais) não fosse comprovada pelo contribuinte, e demonstrativo dos valores das aquisições, pelo autuado, de mercadorias tributáveis, não tributáveis e enquadradas no regime de substituição tributária, no período autuado, caso o contribuinte apresentasse os documentos solicitados, também a partir do cotejamento dos documentos fiscais originais com o demonstrativo apresentado pelo sujeito passivo. E, se houvesse modificação no demonstrativo de débito na nova Informação Fiscal, que a Inspetoria Fazendária desse ciência desta modificação ao contribuinte, e lhe entregasse, contra recibo, cópia de todos os novos documentos acostados ao processo pelo autuante.

Às fls. 736 e 737 a INFAZ de origem intimou o contribuinte para que se cumprisse o quanto determinado por esta 3ª JF, concedendo-lhe o prazo de 30 dias para pronunciar-se em nova impugnação, reabrindo-se seu prazo de defesa. No texto da intimação, em atendimento ao quanto determinado na Diligência de fls. 731 a 733, constou a informação de que, caso o autuado quisesse apresentar nova impugnação ao lançamento fiscal, para comprovar as alegações defensivas porventura existentes, e tendo em vista a possibilidade de aplicação do critério da proporcionalidade previsto na Instrução Normativa nº 56/2007, o contribuinte deveria apresentar:

1- demonstrativo, por operação individualizada, das vendas nas quais comprovadamente houvera a emissão de documento fiscal (nota fiscal ou cupom fiscal), realizadas por meio de cartões de crédito/débito, no período objeto da autuação apresentando, junto fiscal, cópia do respectivo boleto TEF (ou o número da autorização

constante nos Relatórios TEF que lhe foi entregue, conforme recibo de fl. 08) que comprovasse que a venda fora realizada por aquele meio. Este demonstrativo deveria ser anexado aos autos.

2-demonstrativos de venda, por operação, realizadas por meio de cartão de crédito/débito, no período objeto da autuação, das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, isentas e não tributadas, e das mercadorias tributadas.

Às fls. 740 a 744 o contribuinte manifesta-se acerca da Diligência solicitada, argüindo nulidade desta Diligência, afirmando que a mesma não teria sido levada a efeito da forma solicitada por esta 3ª JF, o que teria implicado em cerceamento do direito de defesa. Afirma que não pôde se defender de forma plena, nem tampouco apresentar demonstrativos individualizados e de vendas de mercadorias substituídas, além dos já anexados com a defesa. No que tange à questão da proporcionalidade, diz já ter apresentado os demonstrativos e documentos pertinentes com a defesa, de acordo com as fls. 32 a 702 (notas fiscais) e 716 a 726 (planilhas).

Afirma apresentar novamente os demonstrativos, inclusive em meio magnético. Registra que, por ocasião da intimação de 27/11/08, apresentou as Reduções “Z” dos meses de novembro e dezembro de 2006, as Notas Fiscais série e modelo D-1 de numeração 048537 a 048615, e afirma que estes documentos não foram tratados da maneira estabelecida pela JF, pois as planilhas originais não foram devidamente alimentadas. Diz que as reduções “Z” foram retidas, aduzindo que o demonstrativo de fl. 06, para os meses de novembro e dezembro, não apresenta os valores registrados nas “reduções Z, apreendidas”. Indaga como poderia provar os valores registrados em suas reduções se a fiscalização reteve tais documentos.

Aduz que vendeu, em 2006, R\$1.455.074,64, alegando que o ICMS incidiu sobre tais vendas, pelo SIMBAHIA. Que os R\$223.807,66, apontados no Auto de Infração, já englobaram a declaração de receita e que já foram tributados. Que o percentual médio de mercadorias com o ICMS lançado e recolhido por substituição tributária não foi observado na ação fiscal. Que, de acordo com a jurisprudência dominante no CONSEF, devem ser reduzidos os percentuais de mercadorias isentas, não tributadas e substituídas.

Diz que a apuração relativa a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária foi elaborada com base nas entradas, de acordo com o demonstrativo e notas fiscais anexas, em comparação com a Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e de Empresa de Pequeno Porte - DME. Alega que, na hipótese de “condenação pelo regime normal”, além da dedução proporcional da antecipação parcial, o CONSEF deveria excluir, mês a mês, os percentuais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Transcreve trechos de julgados do CONSEF: Acórdão JF nº 0192-03/05, Acórdão CJFN nº 0384-11/05 e Acórdão JF nº 0079-03/07. Afirma anexar demonstrativos e documentos pertinentes aos levantamentos, requerendo a revisão por fiscal estranho ao feito.

Diz que, se recolheu, no período autuado, importâncias de ICMS a título de antecipação parcial, e que caso a irregular cobrança pelo regime normal seja mantida, deve haver dedução. Que se não consta na autuação qualquer especulação acerca da omissão de registro de entradas, o valor corresponde, também, às aquisições das “saídas supostamente omitidas”.

Conclui pedindo pela improcedência do Auto de Infração ou, no máximo, pela procedência em parte, a fim de que sejam atendidos os pedidos de adequação da autuação às normas e alíquotas do SIMBAHIA, com dedução do total já tributado e espelhado na DME, tributação sobre o excedente entre a DME e informações das administradoras e tributação dentro dos padrões da autuação, com a dedução proporcional dos percentuais de mercadorias substituídas e dos valores recolhidos a título de antecipação parcial.

Às fls. 745 a 768 junta cópias de suas Reduções “Z” dos meses de novembro e dezembro/2006 e às fls. 769 a 780 anexa cópias de demonstrativos que já anexara à sua p

À fl. 782-A a autuante, em atendimento à diligência solicitada às fls. 731 a 733 do PAF, afirma ter elaborado nova planilha detalhada de débito correspondente às diferenças mensais incluindo os meses de novembro e dezembro de 2006 (fl. 783). A autuante informa que depois de consideradas as informações do contribuinte, utilizou o percentual de 45% de proporcionalidade para exclusão das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Afirma que refez os cálculos e obteve um novo demonstrativo de débito de ICMS no total de R\$6.189,99, conforme demonstrativo de fl. 785. Junta Termo de Arrecadação e Comprovante de devolução à fl. 786, indicando a arrecadação e respectiva devolução, ao contribuinte, de notas fiscais de saídas modelo e série “DI de 048537 a 048615” e de Reduções “Z” de novembro e dezembro/2006 ao contribuinte.

À fl. 790 o autuado manifesta-se aduzindo que ratifica integralmente os termos de sua defesa e renova os pedidos insertos no item 11 da petição protocolada em 08/01/2010.

À fl. 795 a autuante presta Informação Fiscal dizendo que, em relação à Notas Fiscais série única, objeto do pleito do item 11 da defesa, o contribuinte não apresenta elementos comprobatórios de que tais notas fiscais referem-se às operações de vendas com pagamentos recebidos através de cartão de crédito. Diz que estas informações deveriam ser processadas via conciliação dos dados compilados no arquivo em mídia CD fornecido ao contribuinte (fl. 8), no qual afirma constar informações inerentes à Data x Valor x Administradora do Cartão x Número da Autorização. E que este procedimento é indispensável como subsídio para que as referidas Notas fossem consideradas no Demonstrativo de Débito final.

VOTO

Preliminarmente, no que tange ao pedido genérico de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, das impugnações ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu a imputação, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas, e inclusive os documentos arrecadados conforme seus recibos, inclusive o de fl. 786, e cópias que o contribuinte anexou às fls. 745 a 768 (cópias de suas Reduções “Z” do período de novembro e dezembro/2006), tendo exercido tempestivamente seu direito de defesa e pronunciado-se por diversas vezes neste processo, inclusive quando da reabertura de seu prazo de impugnação, por determinação desta 3ª JJE. Arguição de nulidade rejeitada.

Indefiro o pedido de revisão por Auditor Fiscal estranho ao feito, nos termos do artigo 147, inciso II, alínea “a”, e §1º, do RPAF/99, em razão de que as provas constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento.

No mérito, o Auto de Infração em lide exige ICMS no valor total de R\$20.142,69, acrescido da multa no percentual de 70%, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito, ou de débito, em montante inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito nos meses de janeiro a dezembro/2006, conforme demonstrativo do levantamento fiscal à fl. 06.

O contribuinte estava, à época dos fatos geradores objeto da autuação, enquadrado no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA. O artigo 19, combinado com o inciso V do artigo 15, ambos da Lei nº 7.357/98, que regia o tratamento tributário dispensado às empresas enquadradas no Regime SIMBAHIA, e vigente à época dos fatos geradores do tributo lançado de ofício, previa, para o caso de infração de natureza grave praticada por contribuinte enquadrado naquele regime, a utilização da alíquota de 17% na apuração do ICMS. No cálculo realizado pelo Fisco, o crédito presumido de 8%, por não ter sido o levantamento fiscal em foco, uma vez que o artigo 408-L, inciso V

trata de infração de natureza grave a prevista no inciso III do artigo 915 do mesmo Regulamento, e este artigo 915, em seu inciso III, inclui as omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, tal como acontece no caso em lide. Assim, está correta a aplicação da alíquota de 17% no cálculo do débito atinente à infração 01, não tendo sido o contribuinte desenhado daquele regime simplificado, ao contrário do que afirma o defendente. Foi-lhe dispensado, exatamente, o procedimento legalmente previsto para as empresas então enquadradas no SIMBAHIA.

Em relação ao pedido de exclusão dos valores pagos a título de antecipação parcial, assinalo que o artigo 5º, inciso III, da mencionada Lei do SIMBAHIA, determinava que aquele tratamento simplificado de apuração do imposto não se aplicava ao pagamento de ICMS nas operações sujeitas a antecipação. Assim, na auditoria realizada, corretamente apurou-se a receita da empresa com base nos pagamentos realizados por meio de cartões de débito, ou de crédito, independentemente de tratar-se, ou não, de valores relativos a mercadorias vendidas e que estavam sujeitas ao pagamento antecipado do imposto. Ademais, o já mencionado artigo 19 da Lei do SIMBAHIA, em seu parágrafo primeiro, determinava que ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos artigos 15 a 18 daquela Lei, para o cálculo do imposto a recolher deveria ser utilizado o crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais. Conforme já explicitado neste voto, a situação em lide enquadra-se na hipótese normativa do inciso V do artigo 15 da Lei do SIMBAHIA. Porém, conforme previa o parágrafo segundo do mesmo artigo 19, caso o contribuinte venha a comprovar a existência de crédito fiscal em valor superior ao concedido crédito presumido de 8% do montante de imposto apurado, estará assegurada a sua aplicação no cálculo do imposto a recolher. Tal comprovação inexistiu nos autos. Pelo exposto, não acato o pedido do contribuinte no sentido da utilização de outros créditos que não o já concedido quando da apuração do valor de imposto lançado de ofício.

Em relação ao pedido do defendente de “tributação sobre o excedente entre a DME e informações das administradoras”, observo que, além de inexistir previsão legal para a apuração de valor de imposto a ser lançado de ofício deduzindo-se montantes declarados em documentos de informações econômico-fiscais, dentre os quais está incluída a Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte – DME, a auditoria de operações com cartões de crédito e de débito é realizada tomando-se por base os valores de pagamentos de vendas de mercadorias realizados por meio de operações com cartões de débito e/ou de crédito, comparados com os pagamentos informados nas Reduções “Z” do contribuinte como realizados por aquele meio (cartões), nas mesmas datas e operações. As Reduções “Z” são resumos do movimento diário registrado em cada equipamento emissor de cupons fiscais – ECF do contribuinte. Podendo também ser considerado, neste tipo de auditoria, pelo Fisco, valor de vendas registrados nas notas fiscais do contribuinte e que comprovadamente refira-se àquelas operações de venda com pagamentos por meio de cartões de crédito e/ou de débito. Assim, foi corretamente realizada a auditoria fiscal, pelo que não atendo ao pleito defensivo, que carece de sustentação legal.

O contribuinte não apresentou provas que elidissem integralmente a imputação. Assinalo, contudo, que embora o contribuinte não tenha apresentado a planilha solicitada pela autuante para o cálculo do imposto em conformidade com o disposto na Instrução Normativa nº 56/2007, que trata da aplicação da proporcionalidade no cálculo do imposto a recolher, o Fisco procedeu à revisão dos valores a serem lançados de ofício, considerando parcialmente procedentes as alegações defensivas e reduzindo o débito tributário a ser lançado no presente Auto de Infração de R\$20.142,69 para R\$6.189,99, consoante demonstrativo de fls. 783 e 785. Assim, foi devidamente atendido o pleito defensivo de aplicação do critério da proporcionalidade.

Quanto à alegação defensiva da impropriedade de interpretação da Lei nº 7.014/96, não a acato, tendo em vista que a totalidade das ve

empresa abrange todas as formas de pagamentos utilizadas nas operações que a mesma realiza, inclusive aqueles pagamentos realizados por meio de cartão de crédito, cartão de débito, a dinheiro, cheques, ou outras modalidades admitidas no exercício da sua atividade comercial, enquanto que a auditoria realizada compara vendas realizadas por meio de cartões com as informações das administradoras desses cartões, o que significa comparar, de forma objetiva, receitas de fonte idêntica, qual seja, vendas a cartão. O fato de a SEFAZ ir buscar, junto às administradoras de cartões de crédito, e de débito, os dados relativos às vendas realizadas pelos contribuintes de ICMS com o uso desta modalidade de pagamento, denota que tal informação é necessária para o controle das operações mercantis de tais contribuintes, para efeito de apuração de imposto. E não haveria lógica, nem justiça, em se imputar ao contribuinte irregularidades em função da existência de diferenças entre valores de receitas de fontes diferentes. Assim, na auditoria realizada pelo Fisco na ação em julgamento, foram corretamente consideradas as receitas oriundas de vendas a cartão com as declarações do contribuinte no que diz respeito às suas vendas a cartão.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor total de R\$6.189,99, conforme demonstrativo fiscal de fl. 785.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299167.1048/08-4**, lavrado contra **FRANCO E ANDRADE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.189,98**, acrescido da multa no percentual de 70%, prevista no artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, em redação vigente à época dos fatos objeto da imputação, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR