

A. I. Nº - 281105.0104/09-5
AUTUADO - THIRO COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JALON SANTOS OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 12/11/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0296-03/10

EMENTA: 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. A diferença apurada entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito e o valor informado pela administradora do cartão indica que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada pelo autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 05/03/2009, refere-se à exigência de R\$43.875,60 de ICMS, acrescido da multa de 70%, por omissão de saída de mercadoria tributada, 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, no período de janeiro de 2006 a abril de 2007.

O autuado apresentou impugnação (fls. 28 a 47), informando inicialmente que ao longo da defesa demonstrará os equívocos procedimentais existentes no trabalho fiscal levado a efeito pelo autuante. Transcreve o art. 39, inciso III do RPAF/BA e diz que o representante do Fisco entendeu que a sua redação, no Auto de Infração, era suficiente para possibilitar uma descrição clara e precisa do fato gerador. Entretanto, a situação descrita, pela autoridade fazendária não caracteriza fato gerador deste imposto. Diz que o autuante não forneceu à empresa o documento através de qual apurou o valor das transações comerciais realizadas por meio de Cartão de Crédito ou Débito; não apresentou nenhum documento de emissão das Instituições Financeiras e Administradoras de Cartão de Crédito, com a discriminação das operações dia a dia, para que a empresa pudesse analisar e demonstrar que o autuante está equivocado, por isso, entende que a infração não está caracterizada e não existe nos autos qualquer elemento que possa determiná-la com segurança. Salienta que a infração deve estar bem descrita pelo autuante no Auto de Infração, a fim de possibilitar ao contribuinte, que se defenda amplamente. Essa descrição há de ser objetiva, clara, e tão completa quanto necessária a que o autuado possa saber de que realmente está sendo acusado, pois, se não for assim, não terá condições para o exercício da plena defesa que lhe assegura a Constituição Federal. Em seguida, o defendente reproduz o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, e apresenta o entendimento de que há razão suficiente para se decretar a nulidade do Auto de Infração. Neste sentido, transcreve ementas de decisões prolatadas pelo CONSEF.

Quanto ao mérito, o defendente comenta sobre a atividade comercial da empresa, informando que o estabelecimento comercial está localizado em um bairro de Salvador, com o ramo de comércio varejista de produtos alimentícios, não sendo o comércio previsto na legislação fiscal, a maioria dos produtos comercializados

saídas por estarem incluídos no art. 14 do RICMS como isentos, a exemplo de produtos hortícolas, frutas e produtos agropecuários. O autuado informa que também negocia com grande quantidade de mercadorias que não sofrem tributação quando da sua saída em virtude de ter a sua fase, de tributação encerrada por motivo do ICMS ter sido 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. Diz que também comercializa grande quantidade de mercadorias, que fazem 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. Existem ainda, produtos que 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%). Alega que a exigência fiscal não tem a mínima condição de prosperar, pelos seguintes motivos:

- a) O autuante deixou de lançar no seu demonstrativo de apuração mensal os valores de notas fiscais série D-1 emitidas nos meses de janeiro a outubro de 2006.
- b) O autuante lançou a menor no seu demonstrativo de apuração mensal os valores totais de notas fiscais série D-1 emitidas nos meses de novembro e dezembro de 2006 e de janeiro a abril de 2007.
- c) O autuante deixou de cumprir o determinado na Instrução Normativa 56/2007 publicada no Diário Oficial do Estado da Bahia no dia 21/09/2007.
- d) O autuante partiu da premissa de que todas as informações prestadas pelas Instituições Financeiras e Administradoras de Cartão de Crédito referentes aos valores de vendas efetuados através de Cartão de Débito e/ou Crédito no período fiscalizado, foram efetuadas sem emissão de cupom fiscal.
- e) Não existe na legislação fiscal, nenhuma obrigatoriedade do contribuinte conservar ou guardar os comprovantes de Débito e/ou Crédito, assinados pelos clientes quando efetuam as suas compras, para apresentar a Secretaria da Fazenda, por não se tratar de documento fiscal.
- f) Não existe na legislação do ICMS, a obrigatoriedade da empresa que utiliza ECF-MR de demonstrar quanto vendeu em Cartão de Débito e/ou Crédito à Secretaria da Fazenda. No entanto, através de amostragem, podemos provar que a acusação do autuante é inverídica. Todas as bobinas dos ECF-MR e comprovantes de Débitos e/ ou Créditos estão à disposição do Fisco para que seja efetuada diligência fiscal, o que agora requeremos, para comprovar a veracidade dos fatos.
- g) O resultado apurado pela fiscalização, simplesmente, não retrata a realidade dos fatos, pelo que não é capaz de sustentar o lançamento do crédito tributário da impugnada.

O defendente apresenta o entendimento de que o roteiro de fiscalização aplicado pelo autuante é inadequado, em virtude da natureza da atividade da empresa e de a mesma operar com média de 48,27% dos seus atos negociais com vendas de mercadorias isentas (frutas, verduras, carne, frango, ovos, etc.) mercadorias que sofreram tributação pelo sistema de substituição tributária e/ou antecipação tributária. Neste sentido, cita decisões do CONSEF por meio dos Acórdãos JF 0095-02/05; CJF 0203-11/05; JF0029-02/05; J F 0023-02/05, transcrevendo a ementas.

O defendente salienta que o CONSEF vem aceitando recentemente, durante os julgamentos realizados, a aplicação do princípio da proporcionalidade, confo
razões de defesa, reproduzindo as ementas, pedindo que esta J
Conselho de Fazenda, cópia na íntegra dos Acórdãos para que pas

Defesa e que esta JJF analise e aplique o princípio da proporcionalidade ao presente processo. Diz que, não sendo acatado pela JJF o pedido de nulidade, requer seja solicitado ao autuante para elaborar demonstrativo analítico das entradas de mercadorias efetuadas pela autuada através das notas fiscais de compras, constando o valor das compras de mercadorias isentas, mercadorias cujo ICMS foi recolhido pelo regime de Substituição Tributária e/ou Antecipação Tributária e o valor das compras de mercadorias tributadas e sobre o valor da diferença apurada seja aplicado o princípio da proporcionalidade entre as mesmas e reduzido o valor do ICMS devido.

O autuado informa que com base na aplicação da proporcionalidade, realizou o levantamento referente a todo período o período fiscalizado, tendo apurado o débito total do ICMS de apenas R\$18.794,49. Por fim, o defendente reitera o pedido de nulidade do Auto de Infração e caso não seja aceito o pedido de nulidade, que seja aplicado o princípio da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, reduzindo o valor do ICMS, conforme cálculo efetuado pelo autuado e que seja Julgado Procedente em Parte.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 187/188 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que foram entregues ao autuado todos os documentos e demonstrativos que embasaram a autuação fiscal, em especial, o Relatório Diário de Operações, conforme fl. 24 do PAF. Diz que a peça defensiva traz pouca matéria relevante a ser discutida, apresentando pedido para que seja aplicada a proporcionalidade. O autuante informa que cumpriu as determinações da Instrução Normativa 56/2007, atribuindo ao autuado o crédito presumido de 8%. Por isso, apresenta o pedido de procedência do presente Auto de Infração.

À fl. 191 esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à infaz de origem para repartição fiscal intimar o autuado e lhe fornecer, mediante recibo, o Relatório Diário Operações TEF em formato de mídia eletrônica (CD), constando indicação do prazo de 30 (trinta) dias para o autuado se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa. No encaminhamento da diligência fiscal, foi mencionado que a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007 não se confunde com o crédito presumido de 8%, estabelecido no § 1º do art. 19, da Lei 7.753/98, e que, ao total apurado na leitura da Redução Z do ECF deveria ser acrescido o valor correspondente às saídas efetuadas com notas fiscais, também pagas com cartão de crédito. Portanto, foi solicitado para que o autuante fizesse revisão do levantamento fiscal, excluindo os valores efetivamente comprovados, aplicando a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007, indicando o débito remanescente.

Em atendimento ao solicitado, o autuante prestou nova informação fiscal às fls. 193/194 do PAF, dizendo que o autuado foi intimado em 02/06/10, tendo apresentado os documentos solicitados para a revisão fiscal. Informou que os cálculos foram refeitos, tendo sido elaborado novo demonstrativo de débito à fl. 193 do presente processo, de acordo com documentação apresentada e planilhas que elaborou às fls. 195 a 220. Assim, após o refazimento dos cálculos, o montante reclamado passa a ser de R\$ 18.794,49, conforme planilha à fl. 195 dos autos.

Intimado da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos pelo autuante, conforme intimação à fl. 223 do PAF, o defendente apresentou requerimento para recolher o débito apurado após a revisão fiscal, no valor total de R\$18.794,49, com os benefícios da Lei 11.908/2010.

Consta às fls. 232/233, extrato emitido através do Sistema SIGAT, indicando o pagamento do débito apurado após o refazimento dos cálculos pelo autuante, no valor principal de R\$18.794,48.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensiva, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente aos autos os demonstrativos que deram origem à exigên

Observo que a irregularidade foi apurada, conforme demonstrativo correspondente aos valores exigidos na autuação fiscal. Foram acostados ao presente processo o Relatório de Informações TEF - Anual, e um CD contendo o Relatório Diário Operações TEF, sendo fornecido ao defendente o mencionado arquivo eletrônico, conforme recibo à fl. 192, assinado por preposto do autuado, constando a informação de que os arquivos contidos no referido CD foram abertos e lidos.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, por omissão de saída de mercadoria tributável, 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, no período de janeiro de 2006 a abril de 2007, conforme demonstrativos elaborados pelo autuante.

Foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, e tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96.

Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, o que deve ser elidido pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, tendo sido entregue ao sujeito passivo um CD contendo os Relatórios Diários por Operação TEF, o que possibilitou fazer o confronto dos valores obtidos nas reduções “Z” e notas fiscais de vendas com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito.

Observo que a Instrução Normativa nº 56/2007 prevê a possibilidade de o autuante considerar que parte dos valores da omissão de saídas se refere às operações isentas, não tributadas e /ou sujeitas à substituição tributária, excluindo os respectivos montantes do cálculo do imposto devido, caso existam elementos que permitam esta conclusão.

Acatando as alegações e os documentos fiscais apresentados pelo defendente, o autuante, em nova informação fiscal às fls. 193/194, esclarece que refez os cálculos aplicando a mencionada proporcionalidade. Após a revisão efetuada, foi alterado o débito no período fiscalizado para o total de R\$18.794,49, de acordo com os novos demonstrativos às fls. 195 a 220 do PAF.

Vale salientar, que o autuado foi intimado a tomar conhecimento da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos pelo autuante, conforme intimação à fl. 223 dos autos. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou. Portanto, inexistem divergências após a revisão nos cálculos efetuada pelo autuante, tendo sido apresentado pelo autuado, pedido de pagamento do débito após a revisão fiscal, com os benefícios da Lei 11.908/2010.

O autuado é inscrito no SIMBAHIA, na condição de empresa de pequeno porte e, sendo apurada operação realizada sem documentação fiscal, a legislação prevê a perda do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração, ficando o contribuinte obrigado a recolher pelo regime normal em decorrência da prática da infração definida na legislação como de natureza grave. Neste caso, tendo sido apurado que houve omissão de saídas, mediante levantamento fiscal, a exigibilidade do imposto foi efetuada aplicando a alíquota normal, de 17%, considerado o crédito de 8% sobre o valor das saídas apuradas, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos, conforme previsto no § 1º do art. 19, da Lei 7.753/98, vigente à época dos fatos.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo de débito à fl. 193/195 do PAF, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

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 **281105.0104/09-5**, lavrado contra **THIRO COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$18.794,49**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de outubro de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA