

A. I. N° - 281105.0051/08-0  
AUTUADO - MERCADINHO ME LTDA.  
AUTUANTE - JALON SANTOS OLIVEIRA  
ORIGEM - INFRAZ ATACADO  
INTERNET - 24. 05. 2011

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF N° 0133-01/11**

**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). Autuado não comprova as suas alegações. Infração subsistente. Não acolhida a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2008, imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente da falta de recolhimento de ICMS constatada pela 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 agosto, outubro a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 14.569,50, acrescido da multa de 70%.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls. 26 a 31), afirmando que não pode concordar com a autuação, haja vista que contraria aos ditames insculpidos pela legislação de regência, assim como a forma de apresentação da autuação praticamente dificulta a efetiva defesa.

Reporta-se sobre a tempestividade da defesa, para posteriormente arguir a nulidade do lançamento de ofício, sob o argumento de que o Auto de Infração foi lavrado sem que houvesse qualquer prova inequívoca de fraude ou sonegação, não tendo as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito sido devidamente demonstradas, a fim de que pudesse aferir a sua real validade e veracidade. Acrescenta que não ficou devidamente demonstrada na autuação qual a falha que na condição de um pequeno mercadinho de hortifrutiigranjeiro, cometeu que implicasse em prejuízo fiscal aos cofres públicos. Alega que se encontrava na condição de optante do Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, nos períodos alegados.

Diz que efetuava o recolhimento através de parcelas mensais fixas de acordo com a faixa de enquadramento de microempresa, razão pela qual a apuração baseada em informações das

administradoras de cartões não podem prevalecer, pois, não há tal discriminação nas faturas, quanto ao regime diferenciado. Acrescenta que tal situação dificulta sua defesa, razão porque tal Auto de Infração fica prejudicado pelos vícios apontados.

Ressalta, ainda, que não foi observado o disposto pela legislação do ICMS que dispõe taxativamente acerca da necessidade de intimação pessoal do contribuinte no que tange a toda e qualquer decisão que tenha relevância em sua esfera de interesses.

Frisa que a legislação determina que a intimação será entregue ao sócio gerente da empresa ou, na sua falta, a um preposto desta, no endereço do estabelecimento monitorado, contudo, tal intimação não foi apresentada aos representantes legais da empresa, significando dizer que a validade do ato pressupõe a ciência do intimado. Diz que tal fato por si só já prejudicaria o Auto de Infração, fazendo-se necessária sua anulação, o que preliminarmente requer.

Prosseguindo, consigna que se ultrapassadas as preliminares acima suscitadas, o que não espera, há também de ser rechaçado o fundamento de mérito da autuação.

Alega que estava enquadrado no SimBahia, além do que a maior parte das vendas no cartão e da comercialização em geral se refere a produtos hortifrutigranjeiros, sendo tais mercadorias isentas do tributo em seu transporte e venda, razão pela qual não podem incidir sobre tais produtos as diferenças do ICMS exigido no Auto de Infração em comento.

Frisa que o fato determinante é que logo depois de sua constituição, efetivou sua adesão ao SimBahia, sendo neste regime o recolhimento do tributo devido efetuado em uma parcela fixa que era paga mensalmente.

Salienta que as empresas deste regime efetuam o pagamento do imposto com valor fixo de acordo com a faixa do seu enquadramento não importando o valor com que realize as operações de saídas dos produtos.

Diz que dessa forma a autuação está completamente incompatível com o regime SimBahia, em que estava vinculada, pois além da questionável infração supostamente cometida e que não foi plenamente demonstrada, nos valores encontrados como diferenças apuradas foi aplicada a alíquota de 17%, tendo sido desconsiderado o regime tributário simplificado SimBahia em que estava enquadrada.

Afirma que no levantamento levado a efeito pelo autuante não foram consideradas as ocasiões em que o valor registrado de saídas estava superior aos valores apresentados pelas administradoras de cartão de crédito/débito, o que pode também inferir eventuais falhas neste tipo de apuração, e a possibilidade real de a empresa está sendo prejudicada injustamente.

Reitera sua condição de optante pelo Regime SimBahia, reproduzindo trechos da legislação do ICMS referente ao tratamento dispensado à microempresa, empresa de pequeno porte e ambulante.

Assevera que enquanto esteve no regime SimBahia sempre que aumentou sua receita bruta ajustada automaticamente alterou o valor do recolhimento, fazendo-o de forma correta, sendo de se observar que o valor da diferença apurada de R\$ 14.569,50 em nenhuma hipótese, alteraria as faixas de faturamento em que a microempresa estava enquadrada no período apontado pela autuação e, consequentemente, nenhuma diferença é devida, posto que os valores fixos mensais foram devidamente recolhidos.

Ressalta que caso houvesse qualquer diferença de tributo a incidir em eventual saída de mercadoria, é justificável que a alíquota a ser aplicada seria a mesma exigida para o regime SimBahia. Acrescenta que pelo demonstrado, não poderia o Fisco aplicar uma de 17% sobre a diferença no valor das saídas de mercadorias, como contribuinte “normal”. Reitera que no período apontado na autuação, o imposto já havia sido recolhido nas faixas determinadas pelo regime SimBahia, nos valores fixos.

Salienta que conforme poderá se comprovado com os documentos anexados, cerca de 50% das vendas do mercadinho refere-se a mercadorias isentas de ICMS, logo tal apuração baseada nas informações das administradoras de cartões não podem prevalecer, pois, não há tal discriminação nas faturas, o que dificulta sua defesa, razão pela qual o Auto de Infração fica prejudicado pelos vícios apontados.

Cita e transcreve ementas referentes à comercialização de produtos isentos de tributação, por contribuintes autuados, bem como o Acórdão CJF Nº 0056/99.

Conclui requerendo a anulação do Auto de Infração, bem como protesta pela apresentação de eventuais provas que se façam necessárias nesta situação, caso não acolhidas as razões acima expostas.

O autuante prestou informação fiscal (fl. 53), na qual contesta os argumentos defensivos, afirmando que o autuado não apresentou nada de novo ou qualquer documentação fiscal que pudesse dar ensejo a uma revisão da penalidade imposta, limitando-se apenas a anexar uma cópia parcial do Auto de Infração, conforme consta às fls. 40 a 50, sem quaisquer outros dados novos do processo.

Finaliza mantendo a autuação.

A 1ª JJF, considerando a alegação defensiva de que *50% das mercadorias que comercializa são isentas de ICMS*, converteu o processo em diligência à INFRAZ/ATACADO, a fim de que fosse intimado o autuado para apresentar elementos que possibilitassem o cálculo da proporcionalidade, entre as mercadorias tributadas normalmente e as não tributadas, conforme a Instrução Normativa nº 56/2007.

Intimado para atendimento da solicitação contida na diligência, o autuado apresentou “Demonstrativo de Compras” e “Demonstrativo de Vendas”, acostados aos autos às fls. 62 a 86.

O autuante se pronunciou (fl. 88), esclarecendo que intimou o autuado para que apresentasse demonstrativo de proporcionalidade das operações com mercadorias tributadas, isentas e não tributadas, contudo, os demonstrativos apresentados não apresentam elementos capazes de se apurar a proporcionalidade, de modo a cumprir a determinação da 1ª JJF.

A 1ª JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do processo em diligência à ASTEC/CONSEF (fl. 92), a fim de que Auditor Fiscal designado intimasse o autuado para que identificasse e comprovasse mediante documentos fiscais, os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, dentre aqueles apontados no “Demonstrativo de Vendas” às fls. 68 a 86, elaborando demonstrativo. Foi solicitado, ainda, que caso o autuado atendesse a solicitação, deveria o diligente excluir do cálculo do ICMS devido, os valores referentes às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, se os elementos apresentados permitissem chegar a esta conclusão, elaborando novos demonstrativos.

Através do Parecer ASTEC Nº 216/2010 (fls. 95/96), o diligente esclareceu que intimou o contribuinte, por seu procurador, o advogado Raimundo Oliveira Santos, através do seu ‘Escritório de Advocacia R. Oliveira Advocacia Integrada’ – OAB nº 14435, para apresentar os documentos fiscais acompanhados de demonstrativos, consignando as operações de saídas de mercadorias isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, dentre os valores apontados no “Demonstrativo de Vendas”, concedendo o prazo de 10(dez)dias para atendimento. Salienta que após decorrido o prazo não houve o atendimento da intimação.

Diz que em contato com o advogado, este informou que não entregou os documentos solicitados por não ter sido possível localizar o seu cliente, alegando que este não mais se encontra no endereço consignado no cadastro da SEFAZ/BA. Acrescenta o diligente que em contato com o contador do contribuinte, foi informado que aquele profissional deixou de prestar serviços de contabilidade junto à referida empresa, já há algum tempo e que não tem nada a informar sobre o contribuinte.

Conclui dizendo que em decorrência do não atendimento da intimação e da impossibilidade de localização do sujeito passivo, está devolvendo o processo para os devidos fins.

Intimado o autuante este acusou a ciência do resultado da diligência(fl. 105), contudo, não se manifestou.

#### VOTO

O Auto de Infração em lide atribui ao contribuinte o cometimento de irregularidade decorrente de falta de recolhimento do imposto constatada pela 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.

Inicialmente, no que concerne à argüição de nulidade do Auto de Infração por não respeitar o princípio da ampla defesa, não há como prosperar a pretensão defensiva, haja vista que o lançamento de ofício em lide foi realizado em conformidade com o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, especialmente o seu art. 39, estando claramente identificada a infração, o infrator, o montante da base de cálculo, o que permitiu o exercício pleno do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte. Nota que o impugnante foi intimado regularmente da ação fiscal, conforme termo de intimação às fls. 06/07 dos autos, bem como por haver se recusado a assinar o Auto de Infração, foi intimado por via postal - AR – conforme consta às fls. 22/23, além de ter recebido cópias das planilhas e demonstrativos elaborados pelo autuante. Inexistem vícios ou falhas que inquinem de nulidade o Auto de Infração, portanto, inociorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99. Não acolho a nulidade arguida.

No mérito, o levantamento realizado pela 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”.*

Convém registrar que esta Junta de Julgamento Fiscal, considerando a alegação defensiva de que 50% de suas vendas se referiu a mercadorias isentas e não tributáveis por se tratar de “mercado”, converteu o processo em diligência em duas oportunidades, para que fosse intimado o autuado no intuito de comprovar suas alegações, a fim de que fosse aplicada a proporcionalidade, conforme a Instrução Normativa nº 56/2007.

Ocorreu que restou comprovada a total impossibilidade de apuração da proporcionalidade, haja vista a não apresentação de elementos que pudessem confirmar a alegação defensiva na primeira diligência – solicitada ao autuante – e não localização do autuado no endereço cadastrado na SEFAZ/BA, conforme a segunda diligência - solicitada à ASTEC/CONSEF.

Relevante o registro feito pelo diligente da ASTEC/CONSF de que em contato com o advogado, este informou que não entregou os documentos solicitados por não ter sido possível localizar seu cliente, alegando que este não mais se encontra no endereço consignado no cadastro da SEFAZ/BA, bem como que em contato com o contador do contribuinte, foi informado que aquele profissional deixara

de prestar serviços de contabilidade junto à referida empresa, já há algum tempo e que nada tinha a informar sobre o contribuinte.

Portanto, com relação à proporcionalidade restou comprovada a total impossibilidade de sua aplicação, pelas razões acima esposadas.

No mérito, o exame das peças processuais, notadamente as planilhas e demonstrativos elaboradas pelo autuante, não permite qualquer dúvida sobre o acerto da autuação, haja vista que nos meses apontados na autuação – janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2006 – verifica-se claramente que os valores informados pelas administradoras de cartão foram superiores aos constantes das reduções Z, sendo correta a exigência da diferença do valor de R\$ 14.569,50, conforme apurado pelo autuante.

Certamente que descabe a alegação defensiva de que na condição de optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, não poderia o autuante exigir o imposto aplicando a alíquota de 17% como se fosse “normal”, haja vista que por ser o autuado contribuinte optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, inscrito na condição de microempresa, o imposto apurado em razão 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 o artigo 19 da Lei nº 7.357/98. Por outro lado, os créditos fiscais devem ser apurados utilizando-se o percentual de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, a não ser que o contribuinte comprove a existência de créditos superiores ao acima indicado (§§ 1º e 2º do art. 19 da citada Lei nº 7.357/98).

Verifico que no cálculo do imposto, o autuante concedeu o crédito de 8% sobre o valor das saídas omitidas computadas na apuração, bem como tomou como base os critérios e alíquota aplicáveis às operações normais, portanto, agindo em conformidade com a legislação do ICMS.

Diante do exposto, a autuação é integralmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281105.0051/08-0**, lavrado contra **MERCADINHO ME LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.569,50**, 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, 11 de maio de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR