

A. I. N° - 232849.0004/12-1
AUTUADO - SUPER SACOLÃO COMÉRCIO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS DE SOUSA FREIRE
ORIGEM - INFAS SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 22. 10 .2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0246-01/12

EMENTA: ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE 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 tributadas sem pagamento do imposto devido. Constatado nos autos que, apesar de calculado e indicado na planilha de apuração do débito, o índice e proporcionalidade não foi aplicado pelo autuante na diferença encontrada que serviu de base de cálculo para a exigência fiscal. Aplicado o índice de proporcionalidade foi reduzido o débito. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 08/02/2012, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$27.590,76, acrescido da multa de 70%, em razão da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradoras de cartão de crédito, relativo ao período apurado de janeiro a junho de 2007.

Em sua impugnação, fls. 185 a 191, apresentada por advogado legalmente constituído, fl. 193, alinhou os argumentos a seguir resumidos.

Ressalta que a ação fiscal desprezou o ramo de atividade do estabelecimento - Supermercado, onde a grande maioria dos produtos que se adquire, ou já são tributados antecipadamente (mercadorias substituídas, como bebidas alcoólicas, refrigerantes, cigarros etc.) ou são isentos (frutas, verduras etc). Prossegue observando que, sendo assim, o que pretende a autuação é tributar novamente as mercadorias substituídas, além de cobrar ICMS de produtos isentos, o que se torna completamente inadmissível a pretensão fiscal.

Afirma que em casos semelhantes, esse Conselho já julgou improcedente autuações, justamente porque “descabe a exigência do imposto por presunção, tendo em vista que as mercadorias comercializadas pela empresa, em sua totalidade, são enquadradas no regime de substituição tributária, cujo imposto é recolhido por antecipação quando do seu ingresso no estabelecimento” Cita como exemplo o Acórdão JJF Nº 0491-04/04, que ao final conclui: “Nessa condição, as saídas subsequentes estão desoneradas de tributação pelo ICMS”, para evitar duplicidade de exigência.

Assevera que a conclusão acima é de uma lógica incontestável, pois de acordo com o próprio RICMS-BA/97, em seu art. 356, ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes, e se é assim, “o roteiro de

fiscalização utilizado pelo autuante não é o apropriado ao ramo de atividade desenvolvido pelo autuado” e, portanto, a presunção da autuação, calcada no inciso VI, §3º, do art. 2º do RICMS-BA/97, não deve ser aplicada para cobrança de ICMS, pois implica em dupla cobrança de ICMS para os produtos adquiridos e comercializados.

Assinala que considerando não estarem todas as mercadorias por ele comercializadas enquadradas no regime da substituição tributária, deveria a fiscalização ter observado a Instrução Normativa nº 56/2007, que determina a adoção do critério da proporcionalidade quando existirem “circunstâncias, elementos ou informações que permitam esta conclusão”. Acrescenta que pela simples análise de sua atividade isso já poderia ter sido feito.

Destaca que para comprovar a assertiva de que trabalha com boa parte de produtos substituídos, isentos de ICMS e com não-incidência, pede uma revisão fiscal, onde se poderá verificar, sem dificuldades, que durante o período autuado, nas compras incluem-se mercadorias com substituição, o que significa dizer que uma parcela do que se comprou já foi com o ICMS antecipado, não justificando, agora, a cobrança novamente de ICMS, ainda mais pela presunção legal apontada na autuação ora contestada.

Diz que está anexando o Relatório Diário das Operações TEF ocorridas entre 01/01/2007 à 30/06/2007, fls. 199 a 364, e também uma planilha à fl. 366 a 368, que contém o valor contábil de todo o ano de 2007, assim como as mercadorias que foram vendidas durante esse período que estariam isentas/não tributadas – frise-se que esta planilha está assinada pelo próprio autuante.

Afirma que de acordo com a supracitada planilha, a base de cálculo na qual o ICMS deveria ser cobrado, durante todo o ano de 2007, seria de R\$68.594,01, e não a estratosférica base de cálculo presente no Auto de Infração ora impugnado de R\$186.556,60, referente apenas aos meses de janeiro a junho de 2007, donde se percebe que há uma grande desproporcionalidade na presente autuação, motivo pelo qual resta latente a não observância, por parte da fiscalização, da Instrução Normativa nº 56/2007, da SEFAZ-BA, cuja redação vale a pena conferir.

Assevera que o autuante, no momento da autuação, poderia ter se utilizado de outros meios para descobrir as compras que estariam sujeitas ao regime da substituição tributária, como, por exemplo, o sistema SINTEGRA, no qual ficam disponibilizados a tributação relativa ao ICMS.

Assinala que, caso não seja decretada a nulidade da autuação, pela impropriedade do roteiro de fiscalização, que ao menos autorize uma revisão fiscal para, ao final, preservar-se o critério da proporcionalidade, na linha dos mais recente julgados deste CONSEF para se inibir a duplicidade de ICMS de mercadorias que já se encontravam com a fase de tributação encerrada, com a mesma razoabilidade que agora se espera.

Conclui requerendo, após a realização de uma revisão fiscal, que seja julgado improcedente o Auto de Infração, ou que seja ao menos declarada sua parcial procedência, em razão da adoção do critério da proporcionalidade desenvolvido por este CONSEF, em razão da Instrução Normativa nº 56/2007, que consiste na exclusão dos valores das mercadorias cuja fase de tributação já se encerrou.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal, fl. 372, enuncia a seguinte ponderação.

Informa que efetuou o roteiro que determinado pela OS nº 50005/12 e, conforme a planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito, fl. 12, foi colocado um crédito presumido de 8% do ICMS para SimBahia, pois era a condição de empresa de pequeno porte na época que foi fiscalizada, cuja base legal é o art. 2º, §3º do RICMS/Bahia.

Conclui mantendo a ação fiscal.

Em pauta suplementar, a 1ª JJF deliberou baixar os autos em diligência para que o autuante, depois de intimar o contribuinte para apresentação de planilha acompanhada de comprovação discriminando as de saídas (segregando as operações com mercadorias tributáveis, isentas e sujeitas a antecipação tributária), fl. 375.

Conforme se verifica às fl. 378, apesar de devidamente intimado, o sujeito passivo não se manifestou no prazo legal.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS em decorrência da 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 administradoras de cartões de crédito ou débito.

Para apurar o valor devido, vejo que o autuante efetuou levantamento fiscal comparando os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, cotejando aqueles coincidentes com as saídas amparadas pela emissão de cupons fiscais, no período janeiro a dezembro de 2008 e janeiro a dezembro de 2009, conforme fls. 12 a 18 e demonstrativos de fl. 11, 19 e 20, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas nas notas fiscais em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartões, conforme previsão do art. 4º, §4º da Lei 7.014/96, com redação dada pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, *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."

Ressalte-se que foi entregue ao autuado cópia do Relatório Diário por Operação - TEF, fls. 14 a 180, fornecido pelas empresas administradoras de cartão, no qual é indicado o valor da operação, se débito ou crédito, data, número da autorização. Portanto, caberia ao autuado juntar cópia dos documentos fiscais emitidos que porventura tenha registrado na Redução Z com recebimento por outra modalidade ao invés de cartão de crédito/débito. Logo, em se tratando de imposto exigido mediante presunção legal caberia ao autuado comprovar a sua improcedência, o que não foi feito.

Restou, portanto, consubstanciada nos autos, a omissão de saídas de mercadorias tributáveis não elididas com elementos de objetiva prova pela autuada, para o período de janeiro a junho de 2007.

No entanto, mesmo depois de intimar o autuado, sem lograr êxito, para apresentação da documentação para aplicar a proporcionalidade prevista na IN Nº 056/2007, ao compulsar os autos, precipuamente, o demonstrativo constante da “Planilha Comparativa de Vendas por meio de Cartão de Crédito/Débito” elaborada pelo autuante, fls. 09 e 12, constato que apesar de indicado o Índice de Proporcionalidade (proporção das saídas tributadas da empresa) calculado pelo autuante no valor de 0,18156745, não foi aplicado sobre a “Diferença Encontrada(Base de Cálculo)”. Logo, diante desta lacuna promovemos a aplicação do aludido índice na “diferença encontrada” resultando na diminuição do débito inicialmente lançado que passou de R\$27.590,77, para R\$5.009,59, conforme discriminado no demonstrativo de débito.

PERÍODO	DIF. ENCONT.	APLIC. DO IP	ICMS 17 %	CRÉDITO PRE- SUMIDO - 8%	ICMS DEVIDO
	BAS. DE CÁLC.	0,18156775			
JAN-07	70.059,47	12.720,52	2.162,49	1.017,64	1.144,85
FEV-07	84.737,82	15.385,63	2.615,56	1.230,85	1.384,71
MAR-07	43.693,01	7.933,23	1.348,65	634,66	713,99
ABR-07	43.108,55	7.827,11	1.330,61	626,17	704,44
MAI-07	39.031,24	7.086,80	1.204,76	566,94	637,81
JUN-07	25.934,05	4.708,78	800,49	376,70	423,79
TOTAIS	306.564,14	55.662,07	9.462,55	4.452,97	5.009,59

Pelo exposto, 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 232849.0004/12-1, lavrado contra **SUPER SACOLÃO COMÉRCIO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.009,59**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR