

A.I. N° - 010119.0003/12-4
AUTUADO - ARINELSON PURIFICAÇÃO LEAL
AUTUANTE - ROZENDO FERREIRA NETO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 10/07/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0140-03/14

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. Fato parcialmente demonstrado nos autos. 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). Refeitos os cálculos, em face dos elementos apresentados pelo contribuinte e da aplicação do índice de proporcionalidade previsto na IN nº 56/2007, foi reduzido o débito. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 11/12/2012, acusa omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão, nos meses de janeiro de 2008 a dezembro de 2011, sendo lançado ICMS no valor de R\$295.934,31, acrescido com multas de 70% e 100%.

O impugnante ingressa com defesa à fls. 93, esclarecendo inicialmente que quando foi intimado pelo autuante a apresentar sua documentação fiscal deixou de entregar os DAEs e as leituras “Z”. Diz que localizou mais Talões de Nota Fiscal D-1 e Redução “Z” que havia conseguido junto à empresa conveniada que lhe forneceu o programa, porém, frisa que quando isso ocorreu, o Auto de Infração já havia sido lavrado e não conseguiu fazer constar nos autos.

Assinala que foi autuado em valores acima de sua condição. Destaca que, além dos fatos acima informados, não foi considerado no levantamento fiscal valor algum relativo aos créditos destacados nas notas fiscais de compra de mercadorias que evidentemente reduziria o valor do imposto a pagar. Menciona que a exigência foi calculada com a aplicação direta da alíquota de 17%, tornando o valor do débito muito alto.

Solicita que o Auto de Infração seja revisto levando em conta suas alegações e que sejam considerados os créditos fiscais destacados nas notas fiscais de compras de mercadorias para reduzir o valor da exigência e lhe possibilite o parcelamento do débito.

Conclui mencionando que apesar das dificuldades que passou quando do julgamento de sua defesa, levando em conta não só os créditos de ICMS pelas compras de mercadorias, mas também os valores dos Talões de notas fiscais e as demais Reduções “Z” que localizou, embora após a lavratura do Auto de Infração. Diz ter certeza que ficará mais justo, e assim, poderá quitar o débito de forma parcelada.

O autuante presta informação fiscal, fl. 102, depois de reproduzir a acusação fiscal, afirma que a defesa apresentada pelo defendente, embasada em argumentos meramente protelatórios requer que sejam considerados os créditos das notas fiscais de compra de mercadorias.

Esclarece que nada foi feito senão devidamente alicerçado em todas as informações fornecidas pelo autuado através dos documentos e livros fiscais, além dos controles internos da SEFAZ, fls. 11 a 84, que comprovam as divergências encontradas.

Observa também que foram entregues ao autuado cópias de todos os demonstrativo e uma mídia (CD-Rom), contendo os arquivos TEF por operações fornecidas pelas administradoras de cartão, conforme recibo, fl. 85.

Ressalta que os créditos fiscais oriundos das notas fiscais de entradas foram aproveitados quando da apuração dos impostos constantes nas DMAs apresentadas.

Assinala que o defendente por não dispor de argumento para solicitar a improcedência dos dados e levantamentos apurados, tudo devidamente comprovado, cingiu-se apenas ao argumento da falta de consideração de créditos fiscais, sem, contudo, nada provar. Arremata frisando que nem sequer o defendente apresentou qualquer planilha comprobatória contestando o levantamento fiscal.

Conclui requerendo a procedência do Auto de Infração.

Em pauta suplementar, esta 3ª JfF deliberou converter os autos em diligência, fl. 107, para que o autuante intimasse o impugnante a apresentar toda a documentação fiscal do período fiscalizado, que não foi apresentada por ocasião da fiscalização, conforme alegação da defesa, e como consequência não foi considerada no levantamento fiscal.

O autuante apresenta resultado da diligência, fl. 110, informando que intimado o defendente na forma determinada no pedido de diligência, fl.111, somente apresentou espelhos dos cupons fiscais emitidos em vendas com cartão de crédito relativo aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2011. Apresenta novo demonstrativo de apuração atinente ao exercício de 2011 com a inclusão das operações que restaram comprovadas a correspondente emissão de documento fiscal, fls. 115 a 120, reduzindo o valor do débito para R\$280.111,10.

Intimado do resultado da diligência, fl.122, o autuado se manifesta, fl. 124 a 130.

Afirma que o autuante não atentou para o fato de que 90% de suas compras são de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme demonstrado por levantamento efetuado em planilha que anexa, fls. 144 a 149. Assevera que as referidas mercadorias já tiveram o imposto retido antecipadamente e que essas mercadorias com a fase de tributação já encerrada, fizeram parte da base de cálculo apurada pelo autuante.

Destaca também que o preposto fiscal deixou de considerar, nos levantamentos apresentados, a existência de créditos fiscais relativos às compras de mercadorias sob o regime normal de tributação, ou seja, os produtos que não tiveram o imposto retido antecipadamente, ferindo assim, a exigência constitucional da não cumulatividade, de acordo com o art. 155, §2º, inciso I, da CF/88 em vigor.

Registra que, embora forneça refeições, não optou pelo regime de apuração em função da receita bruta, exercendo suas atividades na condição de Microempresa e nessa condição foi fiscalizado. Sustenta que o autuante deveria ter atendido as exigências legais e regulamentares nesse sentido,

citando, com relação ao crédito presumido de 8% das microempresas, o art. 19 da Lei nº 8834/02, o art. 408-S do RICMS-BA/97 e jurisprudência do CONSEF.

Sustenta que em homenagem aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e com o fim de se evitar o ilegítimo *bis in idem*, se faz necessário que o lançamento fiscal apure a proporção entre mercadorias tributáveis e aquelas que já tiveram a fase de tributação encerrada - as sujeitas ao regime da antecipação tributária total. Registra ser pacífica na jurisprudência administrativa e judiciária nacional a exigência da referida proporcionalidade. Para robustecer sua tese, colaciona ementa do Acórdão CJF nº 0258-11/10 da 1ª Câmara do CONSEF.

Conclui requerendo que:

- a) sejam reconhecidos os vícios apontados de *bis in idem tributário e inconstitucionalidade*, os quais contaminam o contestado lançamento fiscal de insegurança jurídica e incerteza quanto ao real montante da base de cálculo apurada e, portanto, do imposto imputado;
- b) caso não seja acolhido o pedido acima formulado, requer que seja ordenada diligência fiscal pela ASTEC com o fim de corrigir o montante da base de cálculo apurada, levando-se em conta o crédito presumido de 8% e o cômputo da proporcionalidade entre as mercadorias tributáveis e as não tributáveis;
- c) seja reduzido sobremaneira o montante do imposto exigido, conforme levantamento exposto em planilha anexa, fls. 144 a 149 e cópias das notas fiscais, fls. 151, ora juntadas aos autos, que provam o fato de que 90% das mercadorias adquiridas tiveram os tributos retidos antecipadamente - segundo o regime de substituição tributária.

Prestada informação fiscal acerca da manifestação do impugnante, fl. 399, auditor designado, em virtude da aposentadoria do autuante, informa que procedera a aplicação da proporcionalidade de acordo com a Instrução Normativa nº 56/2007, conforme demonstrativos colacionados à fls. 400 a 404 que resultou no índice de 9,87% de mercadorias tributáveis. Elaborou novo demonstrativo de débito, fls. 405 e 406, com base no índice de proporcionalidade apurado que resultou no débito de R\$27.646,97.

Intimado do resultado da diligência, via postal e por edital, fls. 408 a 415, o contribuinte não se manifestou.

VOTO

O lançamento em discussão diz respeito à falta de pagamento de ICMS apurado em função de omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradoras de cartão de crédito, no período de janeiro de 2008 a novembro de 2011.

Consoante demonstrativos acostados à fl. 11 - exercício de 2008, fl. 24 - exercício de 2009, fl. 43 exercício de 2010 e fl.59 exercício de 2011, 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.

Por se tratar de exigência de imposto lastreada em presunção legal, a acusação fiscal pode ser elidida pelo sujeito passivo, sendo facultado ao impugnante exhibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF-BA/99.

Constato que à fl. 85, consta a comprovação de fora entregue ao defendente cópia do Relatório Diário por Operação TEF, possibilitando ao sujeito passivo confrontar os valores obtidos nas reduções "Z" e notas fiscais de vendas com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito.

Em sede de defesa o impugnante solicitou revisão do lançamento para contemplar sua alegação de que por ocasião da fiscalização não teve condições de apresentar integralmente a

documentação que dispunha para elidir a acusação fiscal, ou seja, considerar essa documentação suplementar, e que, na revisão não fosse aplicada diretamente a alíquota de 17% na apuração do débito e considerados os créditos fiscais de suas aquisições.

Em face das ponderações feitas pelo autuado, a 3ª JF, em pauta suplementar converteu os autos em diligência, fl.107, para que o autuante intimasse o defendente a apresentar a documentação fiscal que não conseguiu entregar ao autuante por ocasião da fiscalização, e caso fosse apresentado documento fiscal emitido correspondente às operações informadas pelas operadoras de cartão de crédito e que não tivessem sido consideradas no levantamento fiscal, que fosse procedida a exclusão e refeito o demonstrativo de apuração e de débito.

No atendimento da diligência, fl. 110, o autuante refez o levantamento fiscal procedendo às exclusões cabíveis em decorrência das comprovações apresentadas pelo impugnante atinentes aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2011, reduzindo o valor da exigência para R\$280.111,10, conforme demonstrativo que acostou aos autos fls. 115 a 120. .

Ao tomar ciência do resultado da diligência, o defendente manifestou-se, fls. 124 a 130, eu pedido de revisão, sob a alegação de que o autuante não atentou para o fato de que 90% de suas compras são de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, não considerou os créditos fiscais relativos às suas compras de mercadorias sob o regime normal de tributação e nem concedeu o crédito presumido de 8% devido às microempresas. Juntou à sua manifestação, demonstrativo do cálculo da proporcionalidade de suas aquisições de mercadorias tributáveis e cópias de inúmeras notas fiscais, fls. 144 a 396. Portanto, atendida plenamente a exigência determinada pela IN nº 056/07.

Auditor Fiscal designado prestou informação fiscal, apresentando o demonstrativo de apuração e de débito refeito, fls. 405 e 406, considerando o índice de proporcionalidade das operações de entradas apurado no percentual de 9,87%, fls. 400 a 404. O valor do débito apurado no novo demonstrativo foi reduzido para de R\$27.646,97.

Depois de analisar o novo demonstrativo elaborado pelo auditor fiscal, constato que foi calculado o índice de proporcionalidade, com base nas notas fiscais de entradas dos exercícios fiscalizados de 2008 a 2011, e acertadamente aplicado aos valores apurados pelo autuante no demonstrativo revisto na informação fiscal, fls. 119 e 120.

No tocante à alegação do impugnante de que o autuante não considerou os créditos fiscais relativos as compras de mercadorias sob o regime de normal de tributação fica patente que não é devido o pleito, haja vista que o estabelecimento autuado, por apurar o imposto pelo regime de Conta Corrente Fiscal já utilizou os aludidos créditos fiscais, por ocasião dos registros das entradas.

Quanto ao direito ao crédito fiscal presumido de 8% por ser microempresa, aventado pelo impugnante, saliento que a pretensão não é devida, tendo em vista que o benefício somente vigorou durante a vigência do SimBahia até 30/06/2007.

Acato o novo demonstrativo do autuante e concluo pela procedência parcialmente caracterizada a autuação, no valor total de R\$27.646,97.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 **010119.0003/12-4**, lavrado contra **ARINELSON PURIFICAÇÃO LEAL**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$27.646,97**, acrescido da multa de 70%, sobre R\$13.328,53 e de 100%, sobre R\$14.318,44, previstas no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2014

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA