

A. I. N° - 206951.0002/15-1
AUTUADO - CORREIA ANDRADE SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - GERALDA INÊS TEIXEIRA COSTA
ORIGEM - INFAC VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 12.08.2016

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0122-05/16

EMENTA: ICMS. 1. 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 aos das informações prestadas 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 n° 7.014/96, com a redação dada pela Lei n° 8.542/02). Fato demonstrado nos autos. Não acatada a argüição de que deve ser utilizado o livro razão para comprovação das vendas, ou quaisquer outros meios, que não os utilizados pela autuante, visto estar em conformidade com os procedimentos de rotina. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FARINHA DE TRIGO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Demonstrado nos autos que pequena parte das mercadorias do demonstrativo original continha itens que não se submetem ao regime de substituição tributária. No entanto, como são poucos os itens, e as alterações de pequena monta, em homenagem ao princípio do formalismo moderado e da celeridade processuais, ao invés de pedir nova diligência, foram retirados do demonstrativo da informação fiscal, que já continha retificações parciais, os itens entendidos neste julgamento como não pertencentes ao regime de ST. Infração 2 procedente em parte. 3. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. DESENCONTRO ENTRE OS VALORES ESCRITURADOS E OS VALORES EFETIVAMENTE RECOLHIDOS. Infração 3 não impugnada. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. A autuante, que na informação fiscal já havia retirado os itens alho e cadeado, ponderou após a manifestação do impugnante, que a defesa juntou notas fiscais comprovando que o produto cremosinho é sorvete, portanto, mercadoria enquadrada na ST e foi retirada do cálculo, de tal produto, o que resultou em redução do valor da infração. Mantido o item referente

a castanhas comercializadas pelo supermercado. Foi dado ciêncie ao impugnante que não se manifestou. Infração 4 procedente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2014, lança ICMS no valor histórico de R\$259.939,26, decorrente das seguintes infrações:

Infração 1 - 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, sendo lançado R\$204.909,35, acrescido de multa de 70% e de 100%.

Infração 2 – Recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, sendo lançado o valor de R\$44.744,82, acrescido de multa de 60%.

Infração 3 – Recolhimento menor de ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do ICMS, sendo lançado o valor de R\$1.849,63, acrescido de multa 60%.

Infração 4 – Recolhimento a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

A empresa autuada apresentou impugnação ao lançamento, às fls. 1119/130, quando arguiu que para a infração 1, a autuante indica que os valores lançados representam “*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*”. Deduz, a partir da descrição dos fatos e da análise dos demonstrativos apresentados para a infração, que a autuante lançou em planilha os valores impressos para o meio de pagamento “cartão” nas Reduções Z emitidas nos equipamentos emissores de cupons fiscais utilizados pela autuada.

Alega que tem como linha mestra a correta interpretação da legislação. Que o então inciso VI do § 3º do art. 2º do RICMS era correlato ao § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, a chamada Lei do ICMS do Estado da Bahia e este dispositivo, até 30/03/2010, assim expressava:

§ 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.

Entende que a correta interpretação é que somente haverá presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto se, e somente se, os valores fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito forem superiores aos valores de vendas declaradas pela autuada (contribuinte) e que a legislação é clara e não deixa margem a outra interpretação.

Que os valores que devem ser comparados com os valores informados pelas administradoras para aplicação da presunção indicada no então § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação vigente até 30/03/2010, são os valores indicados na *declaração de vendas pelo contribuinte*. “Temos então que comparar os valores de vendas declarados pela autuada com os valores das informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito”. Dessa comparação, para que a presunção seja legítima, é preciso que os valores de vendas

declarados sejam inferiores aos valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Dessa forma, são três as situações que podem ocorrer a partir da comparação entre a declaração de vendas pelo contribuinte com as informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito:

- a) igualdade entre os valores – neste caso, os valores de vendas declarados pelo contribuinte são iguais aos valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito; nessa situação não se aplica a presunção prevista no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96;
- b) valores declarados pelo contribuinte maiores que valores informados pelas administradoras – neste caso, os valores de vendas declarados pelo contribuinte são maiores que os valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito; nessa situação não se aplica a presunção prevista no então § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 (é nesta situação que a autuada se encontra);
- c) valores declarados pelo contribuinte inferiores aos valores informados pelas administradoras – neste caso, os valores de vendas declarados pelo contribuinte são menores que os valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito; nessa situação, aplica-se a presunção prevista no então § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Vislumbra-se então, que para a aplicação da presunção legal deve-se comparar a totalidade das vendas declaradas com a totalidade dos recebimentos. A totalidade dos recebimentos decorre de informações prestadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. Note-se que a conjunção “e” é aditiva (une orações). Assim, por mais absurdo que seja, a fiscal autuante jamais poderia interpretar a norma contida no então § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 da forma como o fez. A norma não dizia “venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valores inferiores aos valores fornecidos pelas administradoras”, como descreveu o fiscal autuante, pelo menos até a data de 30/03/2010.

Tal fato fere frontalmente o disposto no art. 25 do RPAF, que diz:

Art. 25. A interpretação normativa da legislação tributária estadual será feita por meio de portarias do Secretário da Fazenda e de pareceres normativos elaborados pela Procuradoria da Fazenda Estadual devidamente aprovados por aquela autoridade, sem prejuízo da orientação interna feita pelo Superintendente da Administração Tributária, através de instruções normativas.

Portanto, a interpretação normativa da legislação tributária não pode ser feita pela fiscal autuante ou mesmo pelos julgadores ou conselheiros do CONSEF. A estes cabe aplicar a norma e a norma era clara: declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. Se o legislador não quis dizer o que disse, que alterasse a legislação ou que desse a interpretação correta e a publicasse por meio de portaria do Secretário da Fazenda, cumprindo assim os Princípios da Legalidade e da Publicidade.

Que, portanto, todo o levantamento realizado pela fiscal autuante tomou por base as informações impressas para o meio de pagamento “cartão” e indicadas nas Reduções Z. As informações impressas foram comparadas com os valores informados somente pelas administradoras de cartões. Entende que o fiscal autuante deveria buscar nas DMA apresentas pela autuada os valores de vendas declaradas para comparar com os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito ou de débito. Ou seja, não há omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto.

Alega que as distorções entre os lançamentos e as informações das administradoras podem ser explicadas, por exemplo: valores de operações realizadas nos últimos dias de um mês serem creditados nos primeiros dias do mês subsequente; dedução de taxas de administração cobrada

pelas administradoras de cartões de crédito ou débito; outras taxas cobradas pelas administradoras de cartões de crédito ou de débito por antecipações de recebíveis; etc.

Requer a observação do teor do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 quanto à correta interpretação da legislação para aplicação da presunção legal. Ademais, a fiscal autuante não demonstra como apurou o percentual de proporcionalidade. E mais, o percentual apurado, único para cada ano, foi aplicado igualmente para todos os períodos de apuração no respectivo ano. **Ocorre que a apuração é mensal, logo deveria existir um percentual de proporcionalidade para cada período de apuração.** Requer, antecipadamente, a improcedência da infração.

Na Infração 2, os demonstrativos elaborados contêm erros ao inserir produtos que não estão sujeitos ao regime de substituição tributária. São exemplos: *refil de lenço umedecido, lenço umedecido, talco, acendedor para álcool, molho pomodori, molho passata, suporte para coador, chantymix choco, pistachios, sabonete sarnicida, file de cod salgado, uva Thompson, cabo nu e nambeiflex, talco anti pulgas, ralinho para pia ou lavatório; interruptor externo, pino, protetor para tomada, resistência, sacarolha, soquete, tampa plástica para pia ou tanque, bombom toffee e pistache.*

Aduz que os demonstrativos apresentam alíquota de 27% para vinhos nacionais, sem, no entanto, aplicar o benefício de redução de base de cálculo previsto na legislação, de forma que a carga tributária efetiva seja de 12%, inclusive para efeito da antecipação tributária. Os demonstrativos apresentados configuraram uma situação jurídica de insegurança na constatação do montante devido. Portanto, a infração deve ser julgada nula (art. 18, § 1º do RPAF).

Quanto à Infração 3, reconhece o débito.

Que a infração 4 trata de falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis. Alega que a sistemática de escrituração das operações de vendas realizadas mediante emissão de Cupom Fiscal é diferenciada da escrituração de nota fiscal, haja vista que no Cupom Fiscal emitido não há destaque de ICMS. Por isso, a escrituração é pautada pelos lançamentos dos respectivos valores apurados para as diversas situações tributárias. Considera-se situação tributária, para efeito do ECF, o regime de tributação da mercadoria comercializada ou do serviço prestado, devendo, quando for o caso, ser indicada com a respectiva carga tributária efetiva.

Dessa forma, a escrituração das operações realizadas mediante emissão de Cupom Fiscal no livro Registro de Saídas deve ser realizada com base na Redução Z emitida para cada dia de operação de venda no ECF. A sistemática de escrituração foi bem definida no então art. 323, § 9º do RICMS vigente até 31/03/2012. A leitura do § 9º acima indicado demonstra que o lançamento das vendas realizadas com emissão de Cupom Fiscal se dá pelos valores apurados para cada situação tributária no respectivo dia e por equipamento ECF. Assim, para que se possa apurar se o contribuinte escriturou erroneamente os valores para cada situação tributária, é necessário que a Auditora Fiscal demonstre quais os valores entendе que deveriam ter sido lançados para cada dia de venda por ECF. Ou seja, demonstrar, para cada Redução Z escriturada, que os valores lançados estão divergentes dos valores apurados no levantamento fiscal realizado.

Assim é que, para que se demonstre o quanto alegado, haja vista a sistemática diferenciada de lançamento das vendas realizadas mediante emissão de Cupom Fiscal, é necessário que a fiscalização demonstre os valores apurados para cada situação tributária no dia e por ECF utilizado pela autuada, comparando os respectivos valores com os efetivamente escriturados nos respectivos livros Registros de Saídas e apurados no Registro de Apuração do ICMS, haja vista a possibilidade de lançamento de ajuste a débito neste último livro.

Ademais, existem erros nos demonstrativos elaborados, pois foram lançados produtos isentos e sujeitos ao regime de substituição tributária. Apresenta listagem de produtos na defesa. O produto indicado por "CREMOSINHO" é sorvete, portanto está sujeito ao regime de

substituição tributária. O mesmo regime se aplica ao produto "CADEADO", ALHO-PORÓ é isento, pois é um vegetal (pertencente à mesma família das cebolas e dos alhos, só que ao invés de formar um bulbo arredondado, como a cebola, produz um longo cilindro de folhas encaixadas umas nas outras) cujas folhas são comumente utilizadas na culinária humana, se encontra caracterizada a sua natureza de "folha usada na alimentação humana" de modo que se encontra enquadrada na regra de isenção. CASTANHA DO PARÁ e CASTANHA DE CAJU na situação descrita, ou seja, venda a granel em estado natural, estão amparadas pelo benefício fiscal da isenção (cláusula primeira, inc. I, do Convênio ICM 44/75), pois somente a castanha da Europa é tributada.

Os demonstrativos apresentados configuram uma situação jurídica de insegurança na constatação da ocorrência do ilícito objeto das acusações, sendo inviável, até mesmo, afirmar-se, com segurança, que as infrações não ocorreram. Portanto, a infração deve ser julgada nula (art. 18, § 1º do RPAF). Requer seja observado o disposto no § 1º do art. 18 do RPAF se novas informações forem trazidas ao processo. Por oportuno, requer que intimações, notificações e outros da espécie sejam encaminhados ao endereço profissional que a esta subscreve, sito à Alameda Salvador, 1057, **Torre Europa, sala 717, Caminho das Árvores, Salvador/BA, CEP 41820-790, com telefone (71) 3500-2500.**

A autuante apresenta informação fiscal, fls. 1137/42 e inicialmente constata que a impugnante reconhece a infração de nº 3 insurgindo-se, sem fundamentos, quanto às Infrações 1, 2 e 4 apuradas pela fiscalização. Diz que a justificativa da defesa, de que na infração 01 a auditoria deveria ter sido procedida com base nas declarações do contribuinte, está completamente equivocada. Já que, nenhuma declaração do contribuinte e nem mesmo a escrita fiscal ou contábil tem valor sem o documento que corrobora o lançamento.

Que os demonstrativos elaborados pela auditoria teve como base os documentos da empresa, especificamente no que diz respeito à infração de nº 1 "leitura Z", que equivale à nota fiscal de vendas ao consumidor e, segundo a defesa, a auditoria deveria ter sido feita com base nas declarações do contribuinte. Nesse caso específico, nas reduções Z que substitui a nota fiscal de vendas ao consumidor, nem mesmo a escrita fiscal ou contábil tem valor probatório. Que à fl. 1120, tentando confundir os fatos, chega a afirmar, em negrito, que auditoria em cartão de crédito se faz comparando os valores das vendas declaradas pelo contribuinte com os informados pelas Instituições Financeiras. À fl. 1123 cita o § 4º do art. 4º da 7.014/96 para justificar a sua argumentação, mas é justamente no inciso VI do referido dispositivo legal, que se baseia a constituição do crédito reclamado nessa infração.

Ainda a respeito da proporcionalidade questionada pelo patrono da autuada, informa que às fls. 12 e 16 os valores das saídas totais e saídas tributadas de mercadorias e o programa faz um cálculo de percentagem, extremamente simples, para se chegar a taxa informada às fls. 13 e 17. Isto é fl. 12, R\$4.664.860,15 representa 39,7% de R\$11.756.547,19 assim como fl. 16, R\$6.643.154,59 representa 62,10% de R\$10.695.850,70.

Na Infração 2, a defesa argumenta nessa infração, que foram incluídas nos demonstrativos de cálculo, mercadorias que não estão enquadradas no regime da ST. Porém não foi localizada a maioria dos produtos citados. Pelo menos não com a nomenclatura descrita na peça defensiva. Apenas o produto pistache foi localizado e retirado dos demonstrativos. Quanto ao produto Bombom Toffee código de NCM 18069000; trata-se de chocolate e está enquadrado na ST.

O produto de NCM número 3304 está na ST conforme tabela anexa a esta informação; o produto de NCM número 33074900 trata-se de produto de limpeza incluído no anexo I do regulamento no item 25.2. O produto Castanha conforme o art. 14 inc. XIX do RICMS/BA só é isento nas saídas do produtor. Assim expressa:

"Art. 14. São isentos do ICMS as operações com hortaliças, frutas, animais, produtos agropecuários e produtos extrativos animais e vegetais:

XIX - nas saídas internas de castanha de caju realizadas por produtores rurais, suas associações ou cooperativas. "

Não corresponde ao caso em apreço já que o contribuinte é supermercado.

Quanto à alegação de que o vinho cuja alíquota aplicada e prevista na legislação é de 27% e que, segundo a impugnação, estaria beneficiado com a redução da base de 55,55% de forma que a carga tributária seria de 12%. A defesa está completamente equivocada. O artigo 87 inciso XXXIII prevê essa redução para indústrias localizadas nesse Estado.

"Art. 87 É reduzida a base de cálculo:

XXXIII das operações internas com bebidas alcoólicas, cuja alíquota incidente na operação seja de 27% (vinte e sete por cento), realizadas por estabelecimento industrial situado neste Estado, desde que por ele produzido, calculando-se a redução de 55,55% (cinqüenta e cinco inteiros e cinqüenta e cinco centésimos por cento) de tal forma que a carga de ICMS corresponda a 12% (doze por cento)."

A diferença do ICMS reclamado sobre as bebidas se refere à aquisição de vinho proveniente de outra unidade da federação. Não tendo, portanto, nenhuma relação com o que está previsto no supracitado dispositivo legal. Após correção feita no demonstrativo, essa infração teve seu valor reduzido de R\$44.744,82 (quarenta e quatro mil setecentos e quarenta e quatro reais e oitenta e dois centavos para R\$ 44.432,22 (quarenta e quatro mil quatrocentos e trinta e dois reais e vinte e dois centavos.

A Infração 3 foi reconhecida.

Que na infração 4, a argumentação proferida pela defesa de que nos demonstrativos dessa infração foram incluídas mercadorias enquadradas na ST, carece de provas. A autuada deveria ter anexado à peça defensiva notas fiscais de compras comprovando suas alegações. Principalmente do produto cremosinho. Que, segundo a impugnação, trata-se de sorvete, porém, se limitou apenas em afirmar, não provou suas alegações.

O mesmo ocorreu com o produto castanha que foi creditado na entrada, segundo informação do Arquivo Magnético da empresa, conforme listagem anexa e consequentemente deve ter a saída tributada mas o programa PRODIFE que contempla as mercadorias da ST não classificou como tal, devido a falta de informação do CFOP das entradas e que fica impossibilitada de identificar com precisão a condição tributária de tais mercadorias.

Desta feita foram retirados do cálculo os produtos alho e cadeado, embora nos arquivos apresentados pela autuada tais produtos estivessem creditados, ficando desse modo o crédito lançado nesse infração, reduzido de R\$8.435,46 (oito mil e quatrocentos e trinta e cinco reais e quarenta e seis centavos), para R\$8.259,47 (oito mil duzentos e cinqüenta e nove reais e quarenta e sete centavos), conforme demonstrativo.

Aduz que realizou minuciosa revisão do lançamento de ofício e elaborou novos demonstrativos, anexos a essa informação. Em decorrência disso, o total originalmente exigido de R\$259.939,25 (duzentos e cinqüenta e nove mil novecentos e trinta e nove reais e vinte e cinco centavos) ficou reduzido a R\$259.580,30 (duzentos e cinqüenta e nove mil quinhentos e oitenta reais e trinta centavos). Diante do exposto e de todas as provas que compõe o presente PAF, pede que seja o Auto julgado PARCIALMENTE PROCEDENTE, em razão da dedução que afetou as Infrações 2 e 4.

O impugnante se manifestou às fls. 1.197/98 quando alega que na Infração 1 a Auditora fiscal não entendeu nada do que foi dito na peça de impugnação em relação à infração 01 e mantém todas as razões de impugnação. Que na infração 2, a Auditora Fiscal não é capaz de reconhecer os produtos em seu próprio levantamento realizado. Indica os produtos: *refil de lenço umedecido, lenço umedecido, talco, acendedor para álcool, molho pomodori, molho passata, suporte para*

coador, chantymix choco, pistachios, sabonete sarnicida, file de cod salgado, uva Thompson, cabo nu e nambeiflex, talco anti pulgas, ralinho para pia ou lavatorio; interruptor externo, pino, protetor para tomada, resistência, sacarrolha, soquete, tampa plástica para pia ou tanque, bombom toffee e pistache. No entanto, somente o produto pistache foi localizado e retirado do demonstrativo.

Que quanto ao vinho nacional, a auditora fiscal desconhece o teor do inciso XXXVII do art. 268 do RICMS-BA; que a Auditora fiscal fala de "castanhas" para essa infração, mas que nada escreveu sobre castanhas para a infração 2; mantém as alegações de que os demonstrativos apresentados configuram uma situação jurídica de insegurança na constatação do montante devido e que a infração deve ser julgada nula (art. 18, § 1º do RPAF). Alega que a Auditora fiscal reporta sobre produtos de NCM 3304 e 33074900, sem especificar o produto. Portanto, não pode se manifestar a respeito. Que vale ressaltar que para um determinado produto se enquadrar no regime de substituição tributária deverá possuir a NCM e a descrição de acordo com a norma tributária vigente.

Que na infração 4, a Auditora fiscal diz que a autuada deveria ter juntado à peça defensiva nota fiscal de compra para comprovar suas alegações. Que soa muito estranho que para acusar basta escrever e para defender tem que provar. Afirma que produto cremosinho é sorvete/picolé. Apresenta exemplos de notas fiscais com aquisição com CFOP 5403 e CST 010 indicados pelo fornecedor nos documentos fiscais de aquisições pela autuada. Mantém suas alegações de impugnação para a infração.

Às fls. 1.208/11, a autuante diz que na infração 1, a defesa é que não entendeu e que o valor declarado a que se refere o parágrafo 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, é o valor declarado em documentos, no caso em apreço, a redução Z.

Que na infração 2, o produto talco a que a defesa se refere trata-se de DESOD BOM AR CLICK SPR TALCO APAR 12 ml e KALIPTO TALCO 6X2L produto enquadrado na ST desde 01/01/2010 e os demais produtos que a defesa alega fazer parte dos cálculos da antecipação não existem, pelo menos não com a nomenclatura descrita na peça defensiva; que quanto ao bombom toffee código de NCM 18069000, trata-se de chocolate e está enquadrado na ST; o produto de NCM 3304 está na ST conforme tabela anexa a esta informação; o de NCM 33074900 trata-se de produto de limpeza incluído no Anexo I do Regulamento no item 25.2.

Diz que a impugnação dessa feita alega equivocadamente que a autuante desconhece o teor do inc. XXXVII do art. 268 do RICMS/BA para justificar a redução na base de cálculo da ST aplicada pelo contribuinte na mercadoria Vinho. Ocorre que o referido art. do RICMS/BA vigente à época do fato gerador do crédito reclamado nessa infração, trata-se de transporte e o art. que trata da matéria é o 87.

A diferença do ICMS lançado sobre as bebidas se refere a aquisição de vinho proveniente de outra unidade da Federação, não tendo portanto nenhuma relação com o que está previsto no supracitado dispositivo legal.

Que na infração 4 a defesa juntou a NF 4659 de 03/10/2011 da empresa DOCE MEL comprovando que o produto cremosinho é sorvete. Portanto, mercadoria enquadrada na ST. Dessa feita foi retirado dos cálculos tal produto, o que resultou em redução do valor da infração. O produto castanha foi mantido nos demonstrativos por se tratar de mercadoria tributada, conforme art. 14, inc. XIX do RICMS/BA; que só é isenta nas saídas do produtor, e não se aplica ao caso já que o contribuinte é supermercado, ficando o lançamento reduzido para R\$7.261,98 conforme demonstrativo de fls. 1210/11.

À fl. 1227 o processo foi convertido em diligência para dar ciência ao impugnante, conforme fl. 1229, mas silenciou.

VOTO

O lançamento encontra-se revestido de todas as formalidades legais, sendo oferecida a mais ampla defesa ao impugnante, inclusive com diligência para citação de alteração de valor lançado e com as ponderações feitas pela autuante após a manifestação do contribuinte acerca da primeira informação fiscal. O impugnante, reconhece a infração 3, restando a lide, as infrações 1, 2 e 4.

Na primeira infração, 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, o impugnante não apresenta qualquer prova material que possa lançar dúvidas sobre o imposto lançado, mas tão somente traz uma questão de direito à baila, para pedir a nulidade do lançamento. Alega que a correta interpretação entendida pela autuada é *que somente haverá presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto se, e somente se, os valores fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito forem superiores aos valores de vendas declaradas pela autuada (contribuinte)*. A legislação é clara e não deixa margem a outra interpretação.

O texto legal supracitado diz que "*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*". A declaração de vendas do contribuinte aqui não pode ser outra que não as vendas feitas por cartão de crédito/débito que são automaticamente enviadas às administradoras. Estas por sua vez não recebem quaisquer informações sobre as demais vendas do contribuinte, e respectivas vendas em dinheiro ou cheque.

Logo, a exegese desse texto legal jamais poderia levar em conta que quando se fala em declaração de vendas pelo contribuinte, estivesse ali inclusos outros valores que não estritamente os de cartões de crédito, sob pena de se estar a comparar valores compostos por operações distintas - uma das vendas totais com cartão, cheque e dinheiro, fatalmente de valores superiores àqueles feitos apenas com cartões, com as vendas estritamente decorrentes de vendas em cartões de débito/crédito.

Assim, entendo ser totalmente absurda a interpretação dada ao teor do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96. Isto porque para efeito comparativo, o autuante extrai as informações que encontra na Redução Z acerca das vendas com cartões de débito/crédito e compara com as vendas informadas por estes meios pelas administradoras de cartões de crédito. Ou seja, compara-se os dados segregados nas informações obtidas em documentação idônea fornecidas pelo impugnante, por meio dos seus terminais de venda, com aqueles recepcionados pelas administradoras de cartões de crédito, que em princípio, a menos que se ateste algum tipo de erro por parte da administradora, deve ser em valor idêntico ao que foi fornecido pelo contribuinte.

Necessário atentar-se, como já frisado em parágrafo anterior, ao fato de que as vendas por cartões de débito/crédito constituem apenas parte dos meios de pagamento, pois há significativos recebimentos em dinheiro em espécie, assim como cheques. Pela ótica do impugnante, se a empresa fatura R\$500.000,00, sendo 300.000 em cartão e 200 mil em vendas em dinheiro, e resolver omitir metade das vendas em cartão (R\$150.000) e somar com as vendas em dinheiro (R\$200.000,00) informando ao fisco vendas num total de apenas R\$350.000,00, tal valor supera com folga as vendas informadas pelas administradoras (R\$300.000,00) e o estado estaria impossibilitado de cobrar a omissão de vendas, de R\$150.000,00.

Assim, não faz qualquer sentido comparar valores com parâmetros diferentes. O que a lei recomenda comparar é o total de vendas em cartão obtidas nos registros fiscais do contribuinte, com o total de vendas nesta modalidade que foi informada pelas administradoras, sendo obviamente segregado o montante oriundo de outras modalidades de pagamento. Eventualmente

pode acontecer mesmo erros na apuração, conforme alegado pelo impugnante, como por exemplo, quando a venda é efetuada por meio de nota fiscal de venda a consumidor e não por ECF, em eventual impossibilidade de uso do equipamento; neste caso, a administração permite que os valores idênticos e com datas idênticas sejam abatidos do lançamento, desde que apresentados os documentos de saída.

Os outros eventuais problemas apontados pelo impugnante não são impossíveis de acontecer, mas obviamente a prova de tais equívocos precisam ser trazidos ao processo pois uma vez que o fisco disponibiliza os dados do lançamento, inverte-se o ônus da prova. Os fatos alegados pelo impugnante, como valores de operações realizadas nos últimos dias de um mês, ser creditados nos primeiros dias do mês subsequente precisam ser provados; tal situação precisaria de declaração da administradora quanto a essa eventualidade, acompanhada de relatórios probatórios, ocasião em que se apresentaria estorno do lançamento mediante dedução dos valores lançados em outro mês; no entanto, não é crível que as vendas efetuadas, por exemplo, no último dia do mês sejam parcialmente lançadas como no dia subsequente, pois o sistema é automatizado.

Já a alegada dedução de taxas de administração cobrada pelas administradoras de cartões de crédito ou débito e outras taxas cobradas pelas administradoras de cartões de crédito ou de débito por antecipações de recebíveis não distorcem os dados, visto que os valores fornecidos pelas administradoras são valores brutos idênticos aos das vendas efetuadas e comprovadas nos documentos fiscais do impugnante, e as taxas são deduzidas percentualmente pelo total de vendas e a transferência efetiva dos recursos para o contribuinte é que considera o desconto destas taxas.

Quanto ao índice de proporcionalidade, calculado entre as fls. 12/18, tal índice foi demonstrado, e o fato de não ser apropriado mensalmente, mas anualmente, em verdade não traduz qualquer ilegalidade, visto o índice apenas procurar aferir um valor médio quanto à incidência do imposto, visto a probabilidade de que parte das vendas não declaradas por cartão de crédito/débito serem de mercadorias sem saída tributada ou com tributação já encerrada. Tal índice anual, eventualmente pode desfavorecer o impugnante em alguns meses, como desfavorece o fisco também, sendo tal questão totalmente aleatória.

A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas 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). Fato demonstrado nos autos. Não acatada a argüição de que deve ser utilizado o livro razão ou quaisquer outros meios, que não os utilizados pela autuante visto estar em conformidade com os procedimentos de rotina.

Face ao exposto e à ausência de comprovação de erro no lançamento, visto que o impugnante tomou conhecimento do relatório TEF diário em mídia magnética, à fl. 1.114, e foi oferecida a mais ampla defesa, reconheço o a inteira procedência do lançamento. Infração 1 procedente.

Na segunda infração, recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o impugnante contesta diversos itens que foram acatados parcialmente pela autuante, argumentando que não foi localizada a maioria dos produtos citados, pelo menos não com a nomenclatura descrita na peça defensiva e que apenas o produto pistache foi localizado e retirado dos demonstrativos.

Quanto aos outros itens justifica mediante apoio na legislação que se trata de produtos sujeitos à antecipação tributária, a exemplo, do produto Bombom Toffee código de NCM 18069000, pois trata-se de chocolate e esta enquadrado na ST. O produto de NCM número 3304 está na ST conforme tabela anexa a esta informação; o produto de NCM número 33074900 trata de produto de limpeza incluído no anexo I do regulamento no item 25.2. O produto castanhas, conforme o art.14 inc. XIX do RICMS/BA só é isenta nas saídas do produtor.

Na manifestação, o impugnante diz que quanto ao vinho nacional, a auditora fiscal desconhece o teor do inciso XXXVII do art. 268 do RICMS-BA; que a Auditora fala de "castanhas" para essa infração, mas que nada escreveu sobre castanhas para a infração 2. Mantém as alegações de que os demonstrativos apresentados configuram uma situação jurídica de insegurança na constatação do montante devido. Portanto, a infração deve ser julgada nula (art. 18, § 1º do RPAF) pois que a Auditora fiscal reporta sobre produtos de NCM 3304 e 33074900, sem especificar o produto.

A autuante refutou os argumentos na sua segunda informação fiscal, o produto talco a que a defesa se refere tratar-se de DESOD BOM AR CLICK SPR TALCO APAR 12 ml e KALIPTO TALCO 6X2L produto enquadrado na ST desde 01/01/2010 e os demais produtos que a defesa alega fazer parte dos cálculos da antecipação não existem, pelo menos não com a nomenclatura descrita na peça defensiva; que quanto ao bombom toffee código de NCM 18069000, na ST; o produto de NCM 3304 está na ST conforme tabela anexa a esta informação; o de NCM 33074900 trata de produto de limpeza incluído no Anexo I do Regulamento no item 25.2.

Que a impugnação dessa feita, alega equivocadamente que a autuante desconhece o teor do inc. XXXVII do art. 268 do RICMS/BA; para justificar a redução na base de cálculo da ST aplicada pelo contribuinte na mercadoria Vinho. Ocorre que, o referido art. do RICMS/BA vigente à época do fato gerador do crédito reclamado nessa infração, trata-se de transporte e o art. que trata da matéria é o artigo 87. A diferença do ICMS lançado sobre as bebidas se refere a aquisição de vinho proveniente de outra unidade da Federação, não tem portanto nenhuma relação com o que está previsto no supracitado dispositivo legal.

Cabe aqui ressaltar que o impugnante, realmente citou o produto castanha em sua defesa, mas para a infração 4 e não a 2. Por outro lado, a NCM 3304 identifica mercadorias de produtos de beleza que estão na ST, conforme o inciso XIII ao art. 87, 3:

" 3 - produtos de beleza ou de maquilagem preparados e preparações para conservação ou cuidados da pele (exceto medicamentos), incluídas as preparações anti-solares e os bronzeadores; preparações para manicuros e pedicuros - NCM 3304;

Constatou que as alegações do impugnante, refutadas pela autuante, realmente não encontram fundamento, é que ao consultar a lista do demonstrativo, tomando-se como exemplo a fl. 423, o NCM 3307.49.00 refere-se claramente aos produtos *desodorante bom ar click*, nota fiscal nº 409.335 de 05/11/2011, ou seja, o impugnante dá a entender que parte do demonstrativo não consta a NCM com a respectiva mercadoria, cerceando a defesa e isto não é verdade, ou seja, não existem produtos especificados apenas pela NCM, pois esta apenas encontra-se em coluna à parte para identificar e classificar o produto corretamente quanto ao regime tributário. O demonstrativo está extremamente detalhado.

Quanto ao vinho e bombom Toffee, a autuante refutou e justificou o acerto do lançamento, inclusive quanto ao fato de que o vinho é proveniente de outros estados e não internamente. A autuante fez as devidas considerações quanto à procedência da inclusão do pistache e retirou e alegou não ter encontrado os demais itens. No entanto, devo concordar que na manifestação às fls. 1197/98 o impugnante relacionou diversas mercadorias que se encontram no demonstrativo corrigido, e que de fato não fazem parte da substituição tributária.

De fato, o produto REFIL DE LENÇO UMED 24X70, NCM 3401.19.00, embora conste no protocolo 106/09, dentro da descrição só “sabões em barra, pedaços, ou figuras moldadas” e a própria DITRI no Parecer nº 02810, responde o seguinte:

Basicamente, a conclusão é a de que só estarão incluídos na substituição tributária decorrente deste protocolo os produtos classificados no Código NCM/SH indicados no seu anexo único e que corresponda às descrições correspondentes constantes também no mesmo anexo. Sendo assim, só estão relacionados no anexo em análise os sabões em barra, pedaços ou figuras moldadas. Assim,

comungo que não basta a NCM sem descrição, a menos que no campo claramente diga que todos os itens estão relacionados à NCM ou mesmo ao grupo da NCM, o que não é o caso.

Apreciando a listagem apresentada, percebo que não estão na substituição tributária, o talco York, NCM 3304.91.00, o ralinho para pia zincado, NCM 3926.30.00, ralinho PL/ pia, NCM 9604.00.00, O ralinho telado p/lavatório, NCM 3924.90.00, resistência lorenzeti, NCM 8533.00.00, saca-rolha, NCM 8205.51.00, soquete, NCM 8546.20.00, cabo nu, NCM 7413.00.00, cabo nabeimflex NCM 8544.49.00, pomodori NCM 2002.10.00. Não foi possível encontrar itens como sabonete sarnicida, filé de cod. salgado, uva Thompson.

Já os protetores para tomada, NCM 3925.90.00 se encontram no PROTOCOLO ICMS Nº 26 CONFAS, DE 20/01/2010, firmado com Minas Gerais e as notas fiscais tomando como exemplo, fl. 1.167, NOTA FISCAL Nº 964 é oriunda de Minas Gerais, assim como tampa plástica para pia ou tanque NCM 3917.40.90, e torneira plástica para jardim NCM 3922.90.00, devendo permanecer no demonstrativo.

Demonstrado nos autos que pequena parte das mercadorias do demonstrativo original continha itens que não se submetem ao regime de substituição tributária. No entanto, como são poucos os itens, e as alterações de pequena monta, em homenagem ao princípio do formalismo moderado e da celeridade processual, ao invés de pedir nova diligência, foram retirados do demonstrativo da informação fiscal, que já continha retificações parciais, os itens entendidos neste julgamento como não pertencentes ao regime de ST:

INFRAÇÃO 2 - MERCADORIAS EXCLUÍDAS NO JULGAMENTO

MÊS	PRODUTO	NOTA FISCAL Nº	ICMS A PAGAR
jan/10	REFIL LENÇO UMED	6.659	12,56
	LENÇO UMED	6.659	3,98
	TOTAL	16,54	
fev/10	REFIL LENÇO UMED	9.035	13,18
	LENÇO UMED	9.035	4,18
	PASSATA DIVELA	48.170	30,87
	TOTAL	48,23	
abr/10	TALCO YORK	11.898	11,80
	REFIL LENÇO UMED	11.898	13,18
	TOTAL	24,98	
mai/10	ACENDEDOR ALCOOL	1.236	17,64
	POMODORI DIVELA	60.164	11,45
	PASSATA DIVELA	60.164	32,16
	TOTAL	61,25	
jun/10	REFIL LENÇO UMED	15.239	26,54
	LENÇO UMED	15.239	4,21
	LENÇO UMED	15.239	4,21
	TOTAL	34,96	
jul/10	POMODORI DIVELA	69.083	11,45
	TOTAL	11,45	
ago/10	LENÇO UMED	17.232	4,21
	LENÇO UMED	17.232	7,51
	POMODORI DIVELA	75.659	25,97
	TOTAL	37,69	
set/10	REFIL LENÇO UMED	18.577	13,27
	LENÇO UMED	18.577	4,21

ESTADO DA BAHIA
 SECRETARIA DA FAZENDA
 CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)

	ACENDEDOR ALCOOL	5.602	8,4
	TOTAL	25,88	
out/10	REFIL LENÇO UMED	20.843	19,91
	LENÇO UMED	20.843	4,21
	LENÇO UMED	20.843	4,21
	TOTAL	28,33	
nov/10	POMODORI DIVELA	90.809	33,68
	PASSATA DIVELA	90.809	53,06
	TOTAL	86,74	
fev/11	CABO NU 35	17.034	611,28
	CABO NU 50	17.034	365,16
	CABO NAMBEIFLEX	17.034	95,33
	CABO NAMBEIFLEX	17.034	63,56
	CABO NAMBEIFLEX	17.034	79,45
	CABO NAMBEIFLEX	17.034	79,45
	CABO NAMBEIFLEX	17.034	98,61
	CABO NAMBEIFLEX	17.034	443,73
	CABO NAMBEIFLEX	17.034	295,82
	CABO NAMBEIFLEX	17.034	443,73
	CABO NAMBEIFLEX	17.034	247,53
	CABO NAMBEIFLEX	17.034	123,77
	CABO NAMBEIFLEX	17.034	247,53
	CABO NAMBEIFLEX	17.034	180,69
	CABO NAMBEIFLEX	17.034	180,69
	CABO NAMBEIFLEX	17.034	489,56
	CABO NAMBEIFLEX	17.034	190,39
	CABO NAMBEIFLEX	17.034	217,58
	CABO NAMBEIFLEX	17.034	183,63
	CABO NAMBEIFLEX	17.034	183,63
	CABO NAMBEIFLEX	17.034	166,94
	CABO NAMBEIFLEX	17.034	790,27
	CABO NAMBEIFLEX	17.034	101,97
	TOTAL	5.880,30	
mar/11	RALINHO PIA ZINCADO	964	13,09
	RALINHO TELADO	964	27,34
	SACAROLHA	964	6,46
	SOQUETE RABICHO	964	12,54
	SOQUETE S/ CHAVE	964	11,2
	TOTAL	70,63	
mai/11	POMODORI DIVELA	121.598	10,94
	TOTAL	10,94	
ago/11	POMODORI DIVELA	140.618	27,34
	TOTAL	27,34	
out/11	ACENDEDOR ALCOOL	17.256	9,03
	TOTAL	9,03	

Em seguida, os valores retirados foram colocados em dedução no demonstrativo feito pela autuante em sua informação fiscal, ficando a infração 2 reduzida aos valores abaixo discriminados reduzindo-se o valor original de R\$ 44.744,82 para R\$44.561,85 na informação fiscal e finalmente R\$38.337,58 no julgamento, conforme demonstrativo abaixo.

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq%	multa(%)	Vl Histórico	Valr em Real	Vl.deduzido	Vl. Julgado
28/02/2010	09/03/2010	11.199,23	17	60	1.903,87	1.903,87	48,23	1.855,64
31/03/2010	09/04/2010	9.059,05	17	60	1.540,04	1.540,04	0,00	1.540,04
30/06/2010	09/07/2010	3.483,52	17	60	592,2	592,2	34,96	557,24
31/08/2010	09/09/2010	27.936,76	17	60	4.749,25	4.670,30	37,69	4.632,61
31/10/2010	09/11/2010	61.957,52	17	60	10.532,78	10.532,78	28,33	10.504,45
30/11/2010	09/12/2010	29.354,88	17	60	4.990,33	4.990,33	86,74	4.903,59
31/01/2011	09/02/2011	1.47	17	60	0,25	0,25	0,00	0,25
28/02/2011	09/03/2011	37.598,41	17	60	6.391,73	6.391,73	5.880,30	511,43
31/03/2011	09/04/2011	410,23	17	60	69,74	69,74	70,63	0,00
30/04/2011	09/05/2011	13.093,70	17	60	2.225,93	2.225,93	10,94	2.214,99
31/05/2011	09/06/2011	5.733,76	17	60	974,74	974,74	0,00	974,74
30/06/2011	09/07/2011	11.347,23	17	60	1.929,03	1.867,59	0,00	1.867,59
31/08/2011	09/09/2011	2.853,35	17	60	485,07	485,07	27,34	457,73
30/09/2011	09/10/2011	16.802,05	17	60	2.856,35	2.856,35	0,00	2.856,35
30/11/2011	09/12/2011	30.725,82	17	60	5.223,39	5.180,81	0,00	5.180,81
31/12/2011	09/01/2012	1.647,76	17	60	280,12	280,12	0,00	280,12
TOTAL					44.561,85	6.225,16	38.337,58	

Infração 2 procedente em parte.

Já na infração 4, a autuante que na informação fiscal já havia retirado os itens alho e cadeado, ponderou após a manifestação do impugnante, que a defesa juntou a NF 4659 de 03/10/2011 da empresa DOCE MEL comprovando que o produto cremosinho é sorvete, portanto, mercadoria enquadrada na ST. Dessa feita foi retirado do cálculo tal produto, o que resultou em redução do valor da infração. O produto castanha foi mantido nos desmonstrativos por se tatar de mercadoria tributada, conforme art. 14, inc. XIX do RICMS/BA; que só é isenta nas saídas do produtor, e não se aplica ao caso já que o contribuinte é supermercado, ficando o lançamento reduzido para R\$7.261,98 conforme demonstrativo de fls. 1210/11. Foi dado ciência ao impugnante que nada disse. Entendo que as considerações feitas pela autuante são pertinentes e acato o demonstrativo feito às fls. 1210/11, face ao silêncio manifestado pelo impugnante após tomar ciência, reduzindo a infração 4 de R\$8.435,46 para R\$7.261,98.

INFRAÇÃO 4

DATA OCORR	DATA VENCT	BASE DE CÁLCULO	ALIQ %	MULTA (%)	VLR HISTÓRICO	VLR EM REAL
31/01/2011	09/02/2011	678,82	17	60	115,4	44,97
28/02/2011	09/03/2011	742,41	17	60	126,21	49,61
31/03/2011	09/04/2011	665,17	17	60	113,08	48,18
30/04/2011	09/05/2011	460,17	17	60	78,23	40,23
31/05/2011	09/06/2011	519,47	17	60	88,31	52,53
30/06/2011	09/07/2011	290,29	17	60	49,35	23,73
31/07/2011	09/08/2011	262,52	17	60	44,63	12,04
31/08/2011	09/09/2011	1.326,64	17	60	225,53	189,15
30/09/2011	09/10/2011	524,47	17	60	89,16	56,99
31/10/2011	09/11/2011	11.896,70	17	60	2.022,44	1.976,56
30/11/2011	09/12/2011	13.401,64	17	60	2.278,28	2.214,93
31/12/2011	09/01/2012	15.409,23	17	60	2.619,57	2.553,05
TOTAL					7.261,97	

Infração 4 procedente em parte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206951.0002/15-1**, lavrado contra **CORREIA ANDRADE SUPERMERCADOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$252.358,53**, acrescido das multas de 60% sobre R\$47.449,18, de 70% sobre R\$16.594,72 e de 100% sobre R\$188.314,63, previstas no art. 42, inciso II, “a”, “b”, e “d” e III, Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSE LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR