

PROCESSO - A. I. Nº 206847.0024/04-6
RECORRENTE - PISCINART - COMÉRCIO E EQUIPAMENTOS PARA PISCINAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0145-04/05
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 18/08/2005

2ª. CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0283-12/05

EMENTA: ICMS. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR AS OPERAÇÕES REALIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. A declaração de vendas pelo sujeito passivo em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção legal de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, vez que indica que o contribuinte efetuou pagamentos com Recursos não registrados decorrentes de operações anteriores realizadas e também não registradas. Após comprovações, houve diminuição do débito originalmente apurado. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada de ofício. Vencido o voto do relator. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente em Parte o Auto de Infração referenciado, exigindo pagamento de imposto, no valor de R\$8.849,09, por recolhimento a menos do imposto, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no SimBahia (julho a dezembro de 2002), e omissão de saída de mercadoria tributada (exercício de 2003 e janeiro a março de 2004), infrações apuradas por meio de levantamento de vendas com cartões de crédito.

A exigência do tributo, relativamente à infração 2, objeto da presente revisão, foi reduzida para o valor de R\$2.542,66.

O autuado apresentou defesa suscitando a nulidade da ação fiscal pelo fato de estar enquadrado no SimBahia, não cabendo a aplicação da alíquota de 17% e afirmou que, por equívoco, muitas vendas efetuadas através de cartão de crédito foral lançadas no ECF como vendas a vista, apresentou cópias dos respectivos comprovantes e sustentou que as diferenças existentes devem ter o imposto calculado pelo percentual do seu enquadramento no SimBahia.

O autuante, em sua informação fiscal, entendeu que o sujeito passivo não havia trazido aos autos qualquer fato que pudesse desconstituir a ação fiscal.

Diante dos argumentos defensivos a 4ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pela realização de diligência para apurar o real valor do débito a ser exigido.

A ASTEC, através do Parecer nº 0009/2005, fls. 128 e 129, apresenta novo demonstrativo com os ajustes necessários para apuração do imposto devido.

O autuado e o autuante foram regularmente notificados do resultado da diligência, apenas o primeiro manifestando-se e reiterando seus argumentos em relação à questão da alíquota aplicada na apuração do valor do imposto.

A 4ª Junta de Julgamento fiscal, em Decisão unânime, votou pela Procedência em Parte do Auto de Infração e a Ilustre relatora assim fundamentou o seu voto:

“Antes de adentrar na discussão da matéria do presente Auto de Infração, devo me pronunciar sobre a arguição de nulidade apresentada pelo impugnante, que diz respeito ao fato de que como ele é empresa de pequeno porte, enquadrado no SimBahia, o imposto deveria ser apurado com base no percentual legal indicado ao seu enquadramento. Este é argumento que não se insere nas determinações do art. 18, do RPAF/99. Teria pertinência em relação à infração 1, porém o Auto de Infração seria julgado procedente em parte, já que este percentual é o correto para a apuração do imposto devido. No entanto, para a lide em discussão referente à infração 2, equivoca-se o contribuinte. Até outubro de 2000, não existia previsão legal para apuração do imposto através de levantamento fiscal que se inserisse nas determinações do art. 42, III, da Lei nº 7.014/96. Entretanto, a partir de novembro de 2000, o art. 408-L, do RICMS/97 sofreu modificação pela Alteração nº 20 - Decreto nº 7.867, de 01/11/00 publicado no DOE de 02/11/00, que inseriu as infrações especificadas no inciso III do seu art. 915. Ou seja, o contribuinte perdeu o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) e o imposto deve ser calculado aplicando-se a alíquota de 17%. Porém, visando não ferir o princípio da não-cumulatividade do ICMS, é garantido o direito ao contribuinte dos créditos fiscais sobre as suas aquisições de mercadorias, o que foi inserido na legislação tributária deste Estado através da Lei nº 8.534/02, que alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98. Por esta nova redação 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). A autuação se baseou nestas determinações. E esta é a situação discutida e votada através do Acórdão JJF nº 0356-02/02 deste Colegiado, trazida aos autos pelo impugnante como paradigma à desconstituição do crédito impugnado.

Superada esta questão, analiso a infração primeira imputada ao sujeito passivo. Nela, o autuado foi acusado de ter recolhido a menos o imposto devido mensalmente na condição de empresa enquadrada no SimBahia, como de pequeno porte, inclusive tendo como enquadramento legal o art. 384-A, II, § 1º deste mesmo artigo, art. 387-A, Parágrafo único e incisos, art. 124, I, “c”, todos do RICMS/97 e capitulação da multa no art. 42, I, “b”, 3, da Lei nº 7.014/96. Para a apuração do imposto o autuante confrontou os valores fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito e instituições financeiras com aqueles apresentados pela Redução Z do ECF do contribuinte. Este fato consta descrito no Auto de Infração e nos levantamentos fiscais realizados (fls. 10/22). Em seguida, calculou o imposto aplicando a alíquota de 17% e dando crédito fiscal de 8%, tendo em vista o enquadramento do estabelecimento autuado e conforme determina o art. 19, § 1º, da Lei nº 7.357/98. Ou seja, a autuação teve por base a auditoria de levantamento fiscal pela presunção legal autorizada no art. 4, § 4º, da Lei nº 7.014/96, o que levou o autuado a se defender desta acusação.

Neste momento percebo uma incoerência da descrição do fato e sua capitulação legal com o fato real e com o direito aplicável. A imputação diz respeito a recolhimento a menos do imposto e a matéria fática é a presunção de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis, apurada através do confronto dos valores da Redução Z, referente às vendas por cartão de crédito, com aqueles informados pelas administradoras de cartão de crédito. Nesta situação, entendo que não posso dar prosseguimento à lide com base no art. 18, II e III, do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99), uma vez que haveria mudança do fulcro da autuação e este

Colegiado tem por dever observar os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Do devido processo legal, pois a acusação não foi de presunção, conforme apurado, porém não acusado, e sim do recolhimento mensal do ICMS a menos. Neste caso, a constatação de receitas ocultas, torna-se um forte indício de sonegação e cabe ao fisco provar o fato. Mas para se provar que não houve o recolhimento mensal do imposto, na forma colocada pelo autuante, é necessário que com este indício, fosse dado prosseguimento à auditoria fiscal. O ICMS é, essencialmente, imposto sobre circulação de mercadoria e não sobre receitas. E se a acusação é recolhimento a menos do imposto mensal, deveria ser analisada se nestas receitas ocultas estavam embutidas, por exemplo, vendas de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, mercadorias isentas e outras, ou mesmo outro tipo de receita não advinda de vendas de mercadorias tributadas. Além de se verificar todas as notas e cupons fiscais emitidos pelo contribuinte e não somente as vendas realizadas e lançadas na Redução Z do ECF no campo de vendas por cartão de crédito. Vou adiante, buscar prova através de lançamentos realizados pelo próprio autuado ou mesmo aquele produzido por terceiros, como no caso, mas com documentos que o embasem. Volto a frisar, aqui não se está a falar das presunções legais. Somente a partir deste levantamento, aí sim, já com a prova do valor das efetivas vendas mensais sonegadas ao fisco de mercadorias tributáveis, e não com a caracterização de vendas anteriores sem emissão de documento fiscal, calcular o imposto aplicando-se o percentual legal indicado ao enquadramento do estabelecimento autuado. Ressalto que quando da diligência solicitada por esta JJF, o auditor diligente elaborou um confronto entre todas as vendas efetuadas com os boletos emitidos dos cartões de crédito. Porém este procedimento não foi dado curso para provar efetivamente a irregularidade ora em discussão já que implicaria em outra auditoria fiscal.

Da ampla defesa, pois o contribuinte durante toda a lide, embora tenha descrito a infração apurada, se defendeu da presunção, ou seja, buscou demonstrar que não existiu diferença no confronto entre os valores indicados na Redução Z lançadas no campo de vendas por cartão de crédito e aqueles fornecidos pelas administradoras, para afirmar, em seguida, que caso permanecesse diferença a ser taxada, sobre ela, a “alíquota” não poderia ser de 17%. Apresentou, depois, um levantamento onde indica o valor desta diferença. Ressalto neste momento, que até o diligente fiscal considerou a infração como omissão de saídas de mercadorias e não imposto recolhido a menos. Resumindo, toda defesa e diligência feita tiveram por base a omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de nota fiscal.

Assim, a infração apontada não subsiste e com base no art. 156, do RPAF/99 represento à autoridade competente para analisar e instaurar novo procedimento fiscal a salvo de erros, se for o caso, visando resguardar o interesse do Erário deste Estado.

A infração segunda trata da presunção de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, decorrente de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, a menos que ele prove a improcedência da presunção, conforme autoriza o art. 4, § 4º, da Lei nº 7.014/96, no exercício de 2003 (exceto no mês de abril e dezembro) e nos meses de janeiro a março de 2004, já na vigência da sua redação dada pela Lei nº 8.413/02, portanto, dentro das determinações legais.

O impugnante, defendendo-se das duas infrações (1ª e 2ª) simultaneamente, alegou ter havido equívocos, quando de suas vendas, na forma do lançamento das mesmas. Ou seja, diversas operações realizadas através de cartões de crédito e/ou débito foram lançadas no ECF como “vendas a vista”, portanto omitidas na “Redução Z” como vendas por cartão de crédito e/ou débito. Trouxe aos autos levantamento que realizou e cópias de cupons fiscais e boletos das administradoras, onde os valores, entre si, estavam “casados”. Diante de tais colocações, esta 4ª JJF baixou os autos em diligência à ASTEC deste CONSEF para que fosse realizada uma

análise mais cuidadosa da situação. Diligente, após analisar toda a documentação apresentada pelo sujeito passivo, apresentou valor do ICMS inferior àquele apurado pela fiscalização, com o qual concordo, já que baseado em toda a documentação vista e analisada, dando sustentação em parte às alegações de defesa.

Neste contexto, mantenho em parte a acusação do item segundo do Auto de Infração conforme demonstrativo de débito a seguir.

...”

O recorrente interpõe Recurso Voluntário reiterando suas alegações contra a aplicação da alíquota de 17%, ainda que com crédito de 8%, aduzindo que a diligência provou que as alegações da empresa eram verdadeiras, havendo apenas falha na apuração dos valores e que o autuado não perdera o direito ao tratamento previsto para o regime simplificado do ICMS.

Afirma, ainda, que os documentos juntados ao PAF, fls. 153 a 309, servem para debelar por completo a autuação, solicitando a realização de nova diligência.

O processo foi encaminhado à Procuradoria Fiscal e Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa analisou os autos e os argumentos expendidos pelo requerente, em relação a alíquota aplicável em face a sua condição de inscrito no regime do SimBahia.

Aponta a inaplicabilidade da alíquota de 17% em face da determinação expressa no art. 19 da Lei nº 7.357/98, estabelecendo que na ocorrência de infração, o imposto deve ser apurado pelo regime normal sendo concedido o crédito presumido de 8%, se não provado valor maior.

Assim, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO (Vencido quanto Preliminar de Nulidade Suscitada de Ofício)

Suscito de ofício a nulidade da exigência fiscal, em relação ao item 2 da autuação, que compreende o período de janeiro de 2003 a janeiro de 2004, acompanhando o entendimento do Consº Nelson Dahia Filho. Neste intervalo temporal o contribuinte não era obrigado a discriminar no cupom fiscal a forma de pagamento das operações de vendas de mercadorias, de maneira que o levantamento fiscal só seria válido se fossem levadas em consideração todos os documentos fiscais emitidos no período, inclusive as notas fiscais de venda a consumidor. Em razão disso o levantamento fiscal, que considerou apenas os valores constantes da leitura Z do ECF não se reveste de segurança para que se possa afirmar que houve a realização de operações sem emissão de documento fiscal. Fundamento este entendimento na disposição contida no art. 238, § 7º, do RICMS/97, que estabeleceu a obrigação de ser indicado no Cupom Fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação somente a partir da pela Alteração nº 51, através do Decreto nº 8882, de 20/01/04, vigente a partir da sua publicação Diário Oficial do Estado da Bahia, ocorrida em 21/01/04.

Vencido que fui na preliminar de nulidade passo a apreciar as questões de mérito suscitadas neste processo.

Preliminarmente, indefiro o pedido de diligência formulado pelo recorrente, considerando que os documentos apontados já foram objeto de análise pela revisão efetuada pela ASTEC que resultou no Parecer nº 0009/2005, apensado às fls. 128 e 129, e o requerente não discrimina quais valores não teriam sido considerados pelo revisor.

Com relação à questão da alíquota aplicada sobre os fatos geradores apurados na revisão fiscal, a determinação expressa do art. 19 da Lei nº 7.357/98 é clara, conforme aponta a douta procuradora em seu Parecer.

Portanto está correta a aplicação da alíquota de 17%, foi concedido o crédito de 8% previsto no § 1º do referido dispositivo legal, estando, assim, correta a Decisão recorrida.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Preliminar de Nulidade Suscitada de Ofício)

Não acolho a preliminar de nulidade suscitada de ofício pelo ilustre conselheiro, Dr. Nelson Antonio Dahia Filho, pois entendo que a exigência fiscal referente ao período de janeiro de 2003 a janeiro de 2004 está fundamentada na legislação tributária estadual, conforme passo a me pronunciar.

Efetivamente, o § 7º só foi acrescentado ao art. 238, do RICMS-BA, pela Alteração nº 51, a qual foi implementada pelo Decreto nº 8882, de 21/01/04. Tomando-se por base o previsto nesse citado dispositivo regulamentar, somos levados a crer que só a partir de 21/01/04 passou a ser exigida a indicação, no cupom fiscal, do meio de pagamento utilizado na operação. Todavia, essa conclusão está equivocada, uma vez que, por força do disposto no art. 824-E, § 3º, do RICMS-BA, desde 01/01/03, o contribuinte do ICMS está obrigado a, nas vendas efetuadas por meio de cartão de débito e/ou crédito, informar no anverso do respectivo comprovante, nos casos em que o comprovante não seja impresso no ECF, o tipo e o número do documento fiscal vinculado à operação.

Dessa forma, a exigência fiscal referente ao período citado pelo ilustre Conselheiro está embasada na legislação tributária estadual vigentes à época, não havendo razão para a nulidade do lançamento. Em consequência afasto a preliminar de nulidade suscitada de ofício na sessão de julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206847.0024/04-6**, lavrado contra **PISCINART - COMÉRCIO E EQUIPAMENTOS PARA PISCINAS LTDA.** devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.542,66**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se que a INFAZ de origem examine a existência de elementos que justifiquem a renovação fiscal quanto à infração 1.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Preliminar de Nulidade Suscitada de Ofício): Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, José Hilton de Souza Cruz, Fauze Midlej e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO (Vencido quanto à Preliminar de Nulidade Suscitada de Ofício): Conselheiros José Carlos Barros Rodeiro e Nelson Antonio Daiha Filho.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR/VOTO (Vencido quanto à Preliminar de Nulidade Suscitada de Ofício)

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR (Quanto à Preliminar de Nulidade Suscitada de Ofício)

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS