

A. I. Nº - 206847.0024/04-6
AUTUADO - PISCINART COMÉRCIO E EQUIPAMENTOS PARA PISCINAS LTDA.
AUTUANTE - FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 06. 05. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0145-04/05

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito a recolhimento a menos do ICMS e a matéria fática foi a cobrança do imposto por omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de documento fiscal, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartão de crédito ou débito lançados na Redução Z do ECF do estabelecimento autuado em valores inferiores àqueles indicados pelas administradoras de cartão de crédito. A autuação foi feita de modo equivocado. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Procedimento fiscal nulo. 2. 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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração, lavrado em 30/9/2004, cobra ICMS no valor de R\$8.849,09, acrescido das multas de 50% e 70%, em decorrência:

1. Recolhimento a menos do imposto, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no SimBahia, apurado através de omissões de saídas de mercadorias tributadas por meio de levantamento realizado de vendas através de cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao fornecido pelas administradoras e instituições financeiras (julho a dezembro de 2002) – R\$4.285,41;

2. 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 àquele fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito (exercícios de 2003 e janeiro a março de 2004) – R\$4.563,68.

O autuado impugnou o lançamento fiscal (fls. 77/81) requerendo, preliminarmente, a nulidade da ação fiscal pelo fato do autuado não ter atentado de que, sendo enquadrado no Simbahia, na condição de empresa de pequeno porte, não poderia ser aplicada a alíquota de 17% menos 8%, a título de crédito fiscal e sim, o percentual variável, de acordo com o seu faturamento. Para consubstanciar seu argumento trouxe aos autos a Ementa do Acórdão JJF nº 0356-02/02 deste Colegiado.

No mérito, afirmou que, por equívoco, muitas vendas efetuadas através de cartão de crédito e/ou débito foram lançadas no ECF como vendas à vista, portanto omitidas da “Redução Z” como vendas por cartão, o que ocasionou parte das diferenças apuradas pela fiscalização. Como exemplo, já que, disse, a documentação a ser acostada aos autos seria grande, apresentou cópias reprográficas de vendas lançadas como “a vista” no ECF e o boleto do cartão de crédito e/ou débito (fls. 96/106). De igual forma, anexou levantamento para demonstrar o que afirmava.

Por derradeiro, afirmando que as diferenças por ele próprio encontradas existem, porém com o imposto calculado pelo percentual do seu enquadramento no SimBahia, requereu revisão fiscal do lançamento.

O autuante em sua informação (fl. 122) analisando a defesa apresentada, entendeu que o sujeito passivo não havia trazido aos autos qualquer fato que pudesse desconstituir o lançamento fiscal.

Diante dos argumentos de defesa e para o correto julgamento da lide, esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal baixou os autos em diligência à ASTEC/CONSEF para que fiscal estranho ao feito intimasse o autuado a apresentar toda a sua documentação a respeito da matéria. Em seguida, analisasse os documentos e, caso, as alegações do impugnante fossem pertinentes, apurasse o real valor do débito a ser exigido.

Diligente fiscal, através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 0009/2005, após analisar toda a documentação pelo contribuinte e com base nos cupons fiscais apresentados como “vendas a vista” e correlatos boletos dos cartões de crédito (fls. 153/309), elaborou demonstrativo realizando os ajustes necessários para apuração do valor do imposto a ser exigido.

Chamado para tomar conhecimento da diligência realizada (fls. 312/313), o autuado manifestou-se (fl. 315) informando que além do diligente fiscal ter trocado os campos do demonstrativo á fl. 129 dos autos, não concordava com o valor indicado, especialmente quanto a majoração da alíquota aplicada, em razão do regime de apuração do imposto a que se encontra submetido. Portanto, conforme decisão citada deste Colegiado em sua defesa, deveria, no máximo, ser ela a vigente à época dos fatos geradores do ICMS.

VOTO

Antes de adentrar na discussão da matéria do presente Auto de Infração, devo me pronunciar sobre a argüição 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 estar a falar das presunções legais. Somente a partir deste levantamento, ai 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 (1^a e 2^a) 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, mantengo em parte a acusação do item segundo do Auto de Infração conforme demonstrativo de débito a seguir.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO 2

CÓDIGO DÉBITO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	IMPOSTO (R\$)	MULTA (%)
10	31/1/2003	9/2/2003	416,91	70
10	28/2/2003	9/3/2003	208,63	70
10	31/3/2003	9/4/2003	482,06	70
10	31/5/2003	9/6/2003	184,32	70
10	31/7/2003	9/8/2003	260,01	70
10	31/8/2003	9/9/2003	55,17	70
10	30/10/2003	9/11/2003	271,13	70
10	30/11/2003	9/12/2003	29,03	70
10	31/1/2004	9/2/2004	635,40	70
TOTAL				2.542,66

Voto pela procedência em parte do Auto de Infração no valor de R\$2.542,66.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **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 autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.542,66**, acrescido das 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 nº 1.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de abril de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR