

A. I. N° - 003424.0507/05-8
AUTUADO - GILVANDO DE SOUZA ANDRADE
AUTUANTE - CLAYTON FARIA DE LIMA
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 08.11.05

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0405-02/05

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 PELO CONTRIBUINTE COMO FEITAS COM PAGAMENTOS POR MEIO DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO E DOS VALORES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada em face dos elementos constantes nos autos. Refeitos os cálculos, para adequação do lançamento às normas atinentes ao SimBahia. Não acatada a alegação de cerceamento de defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/3/05, acusa a falta de recolhimento de ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. O fato foi apurado através do confronto dos valores das vendas efetuadas através de cartões de crédito e de débito declaradas e os valores informados pelas administradoras [dos cartões]. Imposto lançado: R\$ 39.691,93. Multa: 70%.

O autuado apresentou defesa negando que tivesse deixado de pagar o imposto. Alega que as vendas realizadas pela autuada pagas com cartões de crédito e de débito foram registradas pelo funcionário do caixa de forma errada no modo “dinheiro”, porém a autuada emite regularmente o correspondente documento fiscal. Argumenta que o fato de sua empresa ter autorizado as administradoras de cartões a informar ao fisco as suas operações não é suficiente para que se tome como base de cálculo definitivamente os valores informados pelas administradoras sem que a fiscalização forneça à empresa os extratos analíticos com registros individuais dos valores de cada pagamento em cartão, para que possa ser feito o cotejamento com os boletos correspondentes. Reclama que o fornecimento dos extratos pelo fisco é necessário porque as informações das administradoras e instituições financeiras de cartão não determinam com segurança o valor da base de cálculo do imposto. Alega cerceamento de defesa, com fundamento no art. 18, incisos II e III, “a”, do RPAF, e em seu § 1º.

Reclama também da aplicação da alíquota de 17%, dizendo que tal alíquota é incompatível com a situação do seu estabelecimento, por ser este optante pelo regime do SimBahia.

Apela para o princípio da razoabilidade, alegando que sua empresa tanto vende a vista quanto através de cartões, e, em muitos casos, o Cupom Fiscal acusa um determinado valor, constando na redução “Z” como se o pagamento fosse em dinheiro, porém na verdade uma parte foi paga em dinheiro ou cheque e a outra através de cartão, sendo impossível identificar essas situações examinando, apenas, o Cupom Fiscal e a redução “Z”. Sustenta que não houve qualquer prejuízo para o fisco, haja vista que a empresa é enquadrada no SimBahia, como microempresa, e recolhe o ICMS de acordo com a receita bruta real ajustada relativa a cada período. Observa que, mesmo

somando-se as saídas com documento fiscal constantes nas DMEs, nos exercícios de 2002 a 2004, com os valores consignados no Auto de Infração, ainda assim o valor total não ultrapassa a receita bruta ajustada de R\$ 240.000,00, de modo que não houve falta de recolhimento do imposto, segundo o critério do art. 383-A do RICMS/97. Assinala que a faculdade contemplada no parágrafo único do referido artigo se dá no momento do pedido de enquadramento, e que, uma vez deferido o pedido, a opção deve ser obrigatoriamente observada pelo fisco. Lembra que o contribuinte enquadrado no SimBahia deve ter tratamento tributário diferenciado e simplificado, e o fisco deve levar isso em conta, verificando a faixa da receita bruta em que o contribuinte se enquadra, como prevê o art. 386-A. Destaca decisões deste Conselho, para demonstrar que o tratamento diferenciado aplicado ao contribuinte enquadrado no SimBahia afasta a aplicação do art. 50, inciso I, do RICMS, à luz da orientação do art. 112 do CTN.

Prosegue dizendo que, com a aplicação da alíquota de 17%, sem a concessão de crédito do imposto das compras, termina havendo uma alíquota efetiva de 34%, em virtude do efeito “cascata”. Fala dos elementos acostados à peça defensiva. Expõe motivação em torno do critério constitucional da não-cumulatividade. Observa que, como se trata de um mercadinho, boa parte das mercadorias nele comercializadas goza de isenção de ICMS, havendo ainda parte considerável de mercadorias cujo imposto é pago pelo regime de substituição tributária, não havendo tributação nas saídas subsequentes. Chama a atenção para as planilhas elaboradas para demonstrar essa situação.

Pede que o Auto de Infração seja julgado nulo, com base nas preliminares levantadas, ou improcedente, caso sejam ultrapassadas aquelas preliminares.

O fiscal autuante prestou informação contrapondo que, quanto à alegação de ser microempresa e estar dentro da faixa de faturamento do SimBahia, talvez o contribuinte esteja nesta condição exatamente por não cumprir fielmente suas obrigações fiscais. Diz que o lançamento do crédito tributário em discussão tem respaldo no “Artigo 4º em seu item também 4º da Lei nº 7.014/96”. Considera que o autuado poderia justificar a situação em lide fazendo acompanhar cada boleto de venda efetuada por cartão de débito ou de crédito da respectiva Nota Fiscal, mesmo de venda a consumidor, ou do respectivo Cupom Fiscal, individualizadamente, mas isto não foi feito.

Quanto à alegação de cerceamento de defesa, pelo fato de o fisco não ter fornecido os extratos analíticos, o fiscal diz que se trata de alegação esdrúxula, considerando óbvio que a intenção do autuado é de tumultuar o processo e ganhar tempo. Opina pela manutenção do procedimento.

Foi determinada a realização de diligência para que o fiscal autuante explicasse a que livros fiscais se refere o Auto de Infração no campo “Infração”, haja vista a regra do art. 408-C do RICMS, e qual o significado da expressão “ICMS líquido”, na descrição dos fatos. Foi solicitado, na mesma diligência, que fossem refeitos os cálculos, em atendimento ao preceito do art. 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, segundo o qual, em casos como este, deve-se abater do imposto apurado o crédito presumido de 8% sobre as saídas consideradas, por se tratar de contribuinte do SimBahia. Solicitou-se, ainda, que fossem anexados aos autos os relatórios de informações TEF diários, com especificação das vendas diárias feitas através de cartões de débito e crédito, relativamente a cada administradora, separadamente.

Atendendo à diligência, o auditor respondeu que a resposta (quanto à referência a livros fiscais) deve ser dada é pelo Gestor do programa SEAI, porque a redação seria automática e inalterável, em decorrência do enquadramento do tipo de infração. Reconhece que o autuado não está obrigado à escrituração de livros fiscais.

Quanto à expressão “ICMS líquido”, o auditor explica que, originariamente, tratar-se-ia do ICMS desagregado ou sem os acréscimos legais, mas, no presente caso, está com a alíquota fechada, de 17%, sobre a base de cálculo encontrada no valor bruto, sem a concessão do benefício fiscal de redução de 8% na base de cálculo a título de crédito presumido por pertencer ao regime

Simbahia, diante da presunção de que o contribuinte está nesse regime, ou faixa, justamente por omitir vendas. Aduz que, refeitos os cálculos, o valor do imposto passa a ser de R\$ 21.013,46. Foram juntadas as provas solicitadas. Deu-se ciência ao contribuinte acerca dos novos elementos, e ele não se pronunciou.

VOTO

A acusação é de falta de recolhimento de ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. O fato foi apurado através do confronto dos valores das vendas efetuadas através de cartões de crédito e de débito declaradas e os valores informados pelas administradoras dos cartões.

O autuado alegou cerceamento de defesa porque o auditor não lhe forneceu cópias dos extratos com os valores individuais e analíticos das vendas. No mérito, reclamou da aplicação da alíquota de 17%, sem abatimento de crédito fiscal, dizendo-se enquadrado no SimBahia, na condição de microempresa.

Quanto à preliminar, é evidente que não se trata de alegação “esdrúxula”. Este Conselho tem, sistematicamente, baixado os autos em diligência, sempre que a fiscalização deixa de juntar os relatórios de informações TEF diários, com especificação das vendas diárias feitas através de cartões de débito e crédito, relativamente a cada administradora, separadamente. Deve-se diligenciar nesse sentido mesmo que o autuado não reclame cerceamento de defesa, haja vista o preceito do art. 46 do RPAF, segundo o qual é dever da fiscalização fornecer ao sujeito passivo, no ato da intimação, cópias de todos os elementos de prova, inclusive – e especialmente – daqueles que são obtidos junto a terceiros. Considero superada esta preliminar, haja vista que foi mandado fornecer ao contribuinte cópias dos extratos analíticos reclamados, e foi reaberto o prazo de defesa (30 dias).

Na fase de instrução, tive dúvidas quanto a certas expressões empregadas na descrição dos fatos. Como o processo teria de qualquer forma de ser remetido em diligência, aproveitei o ensejo para tirar aquelas dúvidas.

O RPAF, no art. 39, manda que a descrição dos fatos seja feita com clareza e precisão. A emissão de Auto de Infração com base no sistema de informatização desta Secretaria representa um avanço de méritos inegáveis. Porém o fiscal não pode virar um apertador de botões. A competência legal para lavrar o Auto de Infração é do fiscal, não do “sistema”. No programa de computador foram codificadas as infrações de forma genérica, pois seria impossível descrever hipoteticamente todas as situações passíveis de ocorrer na prática, em seus mínimos detalhes. Cabe, portanto, ao fiscal, diante das circunstâncias de cada caso, completar a descrição do fato. O art. 39 do RPAF/99 manda que o fiscal descreva os fatos “de forma clara, precisa e sucinta”. Não precisa falar muito. Precisa apenas ser claro. A descrição do fato deve ser clara e completa, para que o contribuinte possa compreender plenamente do que está sendo acusado e quais as consequências jurídicas do fato, de modo a que possa reconhecer a imputação que lhe é feita ou então defender-se, se assim pretender. É injusto atribuir a culpa ao “gestor do programa”, dizendo que a descrição seria automática e inalterável. É do conhecimento de todos que o auditor pode fazer os acréscimos e explicações que quiser nos campos próprios da descrição dos fatos.

Está claro que, por se tratar de microempresa, não tem ela obrigação de manter livros de entradas, de saídas e outros, mas apenas aqueles previstos no art. 408-C do RICMS, quando for o caso.

Quanto à expressão “ICMS líquido”, foi explicado que como tal o auditor considerou o que chamou de “ICMS desagregado”, por não estarem computados os acréscimos moratórios, a correção monetária e a multa.

Feitos os devidos esclarecimentos, do que foi dada ciência ao sujeito passivo, com reabertura do prazo de defesa, estou certo de que não houve ofensa ao princípio do contraditório, corolário dos princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

Para que fique patente a razão da cobrança do imposto neste caso, cumpre fazer alguns esclarecimentos, uma vez que a exigência de ICMS deve ser feita sempre em função da ocorrência de um fato que corresponda à descrição legal da hipótese de incidência, ou seja, a realização de operação de circulação de mercadorias ou a prestação de serviços compreendidos no âmbito de aplicação desse imposto.

De acordo com § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, com efeitos a partir de 28/12/02, “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”.

Portanto, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Atendendo à solicitação desta Junta, o auditor refez os cálculos do imposto devido, abatendo o crédito fiscal relativo às operações anteriores. O levantamento envolve o período de 30/4/02 a 30/11/04. Nesse período, o contribuinte era microempresa. Apura-se nestes autos a falta de recolhimento de ICMS. O ICMS é um tributo não-cumulativo. O art. 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, manda que, em casos como este, se abata do imposto apurado o crédito presumido de 8% sobre as saídas consideradas, em se tratando de contribuinte do SimBahia. O demonstrativo do débito deverá ser refeito com base nas indicações constantes às fls. 422/424, reduzindo-se o valor do imposto para R\$ 21.013,46.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **003424.0507/05-8**, lavrado contra **GILVANDO DE SOUZA ANDRADE**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 21.013,46**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN REIS FONTES – JULGADOR