

PROCESSO - A. I. Nº 206847.0037/04-0
RECORRENTE - MALIBU COMÉRCIO, SERVIÇOS E TURISMO LTDA. (MALIBU COMÉRCIO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0106-05/06
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 15/09/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0282-11/06

EMENTA: ICMS. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Legalmente presume-se ocorrida operação tributável sem pagamento do imposto quando os valores de vendas forem inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que ocorreu parcialmente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto contra a Decisão da 5ª JJF – Acórdão JJF nº 0106-05/06, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$6.999,21, o qual foi lavrado para exigir o ICMS de R\$15.500,69, em razão:

- 1 Recolhimento a menos do ICMS, no montante de R\$6.520,84, na condição de Microempresa enquadrada no Regime SimBahia, decorrente de omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora, nos meses de agosto a dezembro de 2002;
- 2 Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no período de jan./2003 a mar./2004, com ICMS exigido de R\$8.979,85.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, após acatar a preliminar de nulidade do Auto de Infração, relativa apenas à primeira infração, quanto à base legal para a exigência do ICMS com base no levantamento fiscal pela presunção legal autorizada no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, por entender incoerente a descrição do fato e sua capitulação legal com o fato real. E com o direito aplicável, por concluir que houve mudança do fulcro da autuação, violando princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, pois a acusação não foi de presunção, conforme apurado, porém não acusado, e sim do recolhimento mensal do ICMS a menos. Assim, a JJF conclui que a infração 1 não subsiste.

Quanto à infração 2, a Decisão é de que não tem pertinência a nulidade suscitada, pois o período autuado refere-se aos exercícios de 2003 e 2004, época que já estava em vigor as determinações do Decreto nº 7.867, de 01/11/2000, que inseriu as infrações especificadas no inciso III do art. 915 do RICMS, perdendo o contribuinte o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime

SimBahia, devendo o imposto apurado ser calculado à alíquota de 17% e concedendo o crédito sobre suas aquisições, conforme Lei nº 8.534/02, que alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98.

Assim, a JJF julgou Procedente em Parte a infração 2 do Auto de Infração, no valor de R\$6.999,21, com base no Parecer ASTEC nº 0260/2005, às fls. 91 a 111 dos autos.

Às fls. 173 a 189 dos autos, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário onde ressalta que merece reforma o Acórdão recorrido, por entender que:

1. Trata-se de contribuinte do ramo de comércio de aparelhos celular, enquadrado no regime SimBahia, onde comercializa seus produtos na modalidade de à vista e a prazo, cujo ECF utilizado encontrava-se ajustado, equivocadamente, para registrar todas as vendas realizadas como à vista, em dinheiro, como se verifica das reduções “Z” analisadas pelos auditores;
2. Ressalta que esta situação fora constatada por preposto da ASTEC, que inclusive reduziu o valor exigido. Aduz, porém, que nem todas as vendas foram totalmente feitas em cartão, o que impossibilitou a sua identificação, pois o valor constante da redução “Z” não correspondia com os canhotos do cartão. Assim, reafirma que não houve omissão de saída de mercadoria tributada.
3. Salienta que mesmo considerando os valores da autuação, ainda teria uma receita bruta ajustada dentro da faixa (R\$90.000,00 a R\$120.000,00) utilizada pelo autuado para efetuar seu recolhimento, o que implica dizer que não houve omissão de receita capaz de gerar ICMS não recolhido.
4. Sustenta que se encontra enquadrado no regime SimBahia, devendo assim ser tratado, conforme se verifica no art. 383-A do RICMS, por ter tratamento tributário diferenciado e simplificado, tratamento este que deve ser estendido pela fiscalização, atendo-se ao cômputo da receita bruta ajustada, verificando se encontra na faixa declarada pelo contribuinte e aplicada pelo fisco, o que afasta a aplicação do art. 50, inciso I, do RICMS, da forma realizada pelo auditor. Invoca o art. 112 da C.F., o qual prevê a interpretação da penalidade mais favorável ao acusado.
5. Assim, conclui que a situação apurada não se enquadra em nenhuma das hipóteses constantes do art. 19 da Lei nº 7.357/98, não cabendo como fundamento para que o recorrente venha perder o direito a adoção do tratamento previsto no SimBahia, do que sustenta existir falta de base legal para a cobrança do tributo, pois a exigência fiscal não corresponde aos ditames da legislação, visto que não houve operações mercantis tributáveis sem pagamento de imposto.

Assim, requer que o auditor se manifeste a respeito do seu enquadramento no SimBahia, apontando se o recorrente vem recolhendo na faixa de receita bruta ajustada, em conformidade com a legislação, inclusive considerando os valores levantados na autuação, por fim, requer sejam acatadas as ponderações formuladas, no sentido de que seja reformado o Acórdão recorrido, reconhecendo e decretando a improcedência total da autuação.

A PGE/PROFIS, às fls. 192 a 196 dos autos, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, por entender pela impossibilidade da inversão do ônus da prova, diante da discriminação das espécies de vendas autorizadas pelo próprio contribuinte, ressaltando a obrigatoriedade do contribuinte, usuário do ECF, discriminar as espécies de vendas realizadas.

Ressalta que, como o autuado não se dispôs em cumprir seu ônus probatório, não há como se aceder à vazia tese de defesa de que as informações constantes na redução Z não podem ser cotejadas com os cupons fiscais, pois os valores registrados no ECF foram pagos às vezes em parte em dinheiro e outra no cartão.

Em relação à alegação de que na omissão de receita não sobejou à receita bruta ajustada, não se podendo exigir o imposto pela alíquota utilizada no regime normal, o opinativo também é de que não há como se emprestar abrigo à tese defensiva, pois dispõe o art. 15 da Lei SimBahia que

perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no aludido regime a empresa que incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, a critério da autoridade competente.

Em seguida destaca que o art. 408-L, inciso V, do RICMS, estabelece as espécies de infrações graves passíveis de serem cometidas pelos optantes do SimBahia, ou seja, de que tratam os incisos III, IV e as alíneas “a” e “c” do inciso V do artigo 915 do RICMS, a critério do Inspetor Fazendário, dentre as quais se encontram *“quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo”*.

Por fim, salienta o ilustre representante da PGE/PROFIS que o art. 19 da Lei nº 7.357/98 (SIMBAHIA), preconiza:

“Quando se constatar quaisquer das situações previstas nos arts. 15, 16, 17 e 18 desta Lei, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos”.

Assim sendo, a PGE/PROFIS conclui não restar dúvida da Improcedência das alegações instiladas pelo recorrente e opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

A segunda infração, objeto do Recurso Voluntário, trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o ICMS decorrente da presunção legal de ocorrência de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, 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, inerente aos meses de janeiro de 2003 a março de 2004, conforme prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

As razões recursais interpostas pelo sujeito passivo, fundamentam-se, unicamente, em alegar que:

1. Valores registrados no ECF como vendas realizadas à vista, em dinheiro, foram pagos às vezes em parte em dinheiro e outra no cartão, impossibilitando a sua identificação;
2. Mesmo considerando os valores da autuação, ainda teria uma receita bruta ajustada dentro da faixa que se encontra enquadrado no Regime SimBahia, não alterando o ICMS recolhido, devendo-se manter o tratamento tributário, o que afasta a aplicação do art. 50, inciso I, do RICMS, visto que não houve operações mercantis tributáveis sem pagamento de imposto, inexistindo base legal para a cobrança do tributo.

Quanto ao primeiro argumento, devo ressaltar que já havia sido dada ao contribuinte a oportunidade de comprovar a improcedência do levantamento fiscal, quando da diligência fiscal realizada por preposto fiscal da ASTEC, através do cotejamento dos cupons de cartões de crédito apresentados com os valores registrados nas fitas detalhes, cujos valores idênticos foram excluídos do montante exigido, acarretando o débito remanescente de R\$6.999,21, inerente à segunda infração, valor este acatado na Decisão recorrida.

Também devo salientar que as modalidades dos valores registrados no ECF são de responsabilidade do contribuinte, assim como, o ônus da prova de sua alegação.

No tocante ao segundo argumento, descabe plenamente a pretensão do recorrente de querer manter os benefícios do regime SimBahia, pois, no caso concreto, ocorreu sim infração de natureza grave, decorrente de omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, cuja apuração do imposto será exigida com base nos critérios e nas alíquotas

aplicáveis às operações normais, conforme previsto no art. 15 c/c o art. 19, ambos da Lei nº. 7.357/98 (SimBahia), e devidamente consignado no Parecer da PGE/PROFIS.

Assim, não cabe razão ao recorrente, pois existe previsão legal para aplicação da alíquota de 17% ao contribuinte enquadrado no regime SimBahia, quando este incorre em infração de natureza grave, conforme dispositivos legais citados no Parecer da PGE/PROFIS, sendo-lhe concedido o crédito presumido de 8%, sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, conforme previsto no § 1º do art. 408-S do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 206847.0037/04-0, lavrado contra **MALIBU COMÉRCIO, SERVIÇOS E TURISMO LTDA. (MALIBU COMÉRCIO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$6.999,21, 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, 25 de julho de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

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