

**A. I. N.º** - 206847.0037/04-0  
**AUTUADO** - MALIBU COMÉRCIO SERVIÇOS E TURISMO LTDA.  
**AUTUANTE** - FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA  
**ORIGEM** - INFAZ SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 12/04/2006

## **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACORDÃO JJF Nº 0106-05/06**

**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**

Lavrado em 23/12/2004, o Auto de Infração cobra ICMS no valor de R\$15.500,69, acrescido das multas de 50% e 70%, pelas seguintes irregularidades:

1. Recolhimento a menos do ICMS, na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS, pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis 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 (agosto a dezembro de 2002) – R\$6.520,84;

2. Omissão de saída de mercadoria tributáveis 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 (janeiro de 2003 a março de 2004) – R\$8.979,85.

O autuado, em sua manifestação e por advogado constituído (fls. 35/46), impugnou o lançamento fiscal, trazendo, aos autos, as seguintes razões de defesa:

3. encontra-se enquadrado no SimBahia, na condição de microempresa, tendo por atividade o comércio de aparelhos celulares;

4. seu ECF encontrava-se ajustado, equivocadamente, para registrar todas suas vendas como se fossem a vista, conforme verificava nas Reduções “Z” analisadas pelo autuante. Embora esta situação tenha sido informada ao autuante, ou seja, que o erro se encontrava no ajuste da impressora, fato este não foi aceito pelo mesmo;

5. a maioria dos valores constante da fita detalhe era similar aos cupons fiscais, em datas e centavos de real. Em alguns casos o cupom fiscal apresentava um valor, registrado na Redução “Z”, porém a compra havia sido realizada com pagamento de parte em dinheiro e parte no cartão de crédito. Registrou a necessidade de ser aplicado o princípio da razoabilidade para a justa interpretação da situação.

6. sendo enquadrado no SimBahia, não houve qualquer prejuízo ao Erário, conforme amplamente demonstrou através de sua receita bruta ajustada e determinações do RICMS/97.

Como razões de mérito, disse que contribuinte enquadrado no SimBahia deveria ter tratamento tributário diferenciado e simplificado, sendo afastada a determinação do art. 50, I, e 124, II, do RICMS/97, conforme entendimento que deu ao art. 386-A do mesmo Regulamento.

Afirmou que recolhe, mensalmente, o tributo devido conforme determinações normativas, portanto, a autuação não tinha base legal para se constituir. Neste sentido discorreu sobre o princípio de que ninguém é obrigado a fazer alguma coisa senão em virtude da lei e que o lançamento tributário é ato vinculado.

Solicitou, por fim, diligência fiscal e a improcedência da autuação.

O autuante prestou informação (fls. 63/64), observando, inicialmente, que o autuado vende regularmente mercadorias e recebe como forma pagamento valores em dinheiro e na modalidade cartão de crédito/débito. Que de acordo com o RICMS/97 tais valores devem constar separadamente por cada modalidade nos cupons fiscais, bem como nas reduções “Z”. Ao examinar os cupons fiscais, constatou que não havia qualquer registro de recebimento nas reduções “Z”, pago por cliente, na modalidade de cartão de crédito/débito, apenas recebimento de venda em dinheiro. Nesta situação, intimou o contribuinte a apresentar, o que foi feito, as fitas detalhes juntamente com os boletos dos referidos cartões, acompanhados das planilhas correspondentes, com o propósito de cotejá-los com os cupons fiscais e com as notas fiscais de venda a consumidor. Nesta análise observou que da relação apresentada não havia coincidência entre os valores e datas, inclusive horários registrados nos documentos, razões pelas quais não os aceitou, lavrando o Auto de Infração.

Diante dos argumentos de defesa, os autos foram baixados em diligência à Infaz Simões Filho para que o autuado apresentasse uma relação indicando, mensalmente, todos os cupons e notas fiscais em confronto com os boletos de pagamento dos cartões de crédito. Que com esta relação fossem apensadas cópias de toda a documentação apresentada (fl. 68).

O contribuinte juntou uma relação das suas vendas através de cartão de crédito (fl. 74/81) e anexou a documentação que entendeu que foi solicitada (caixa anexa ao Auto de Infração).

Chamado para se pronunciar a respeito da documentação apresentada pelo impugnante (fl. 84), o

autuante observou que da relação, dos boletos e fitas detalhes apresentadas não havia coincidência entre as vendas registradas nos cupons fiscais e os pagamentos feitos na modalidade cartão, no modo dinheiro.

Mais uma vez os autos foram baixados em diligência, desta vez à ASTEC/CONSEF para que fiscal estranho ao feito tomasse as seguintes providências (fl. 87):

1. realizasse um cotejamento entre as fitas detalhes apresentadas e os boletos de pagamento de débito/crédito, de igual forma apresentados, para se saber qual o real valor mensal das vendas realizadas na modalidade ora em discussão.
2. após a apuração destas vendas, as comparasse com os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito com o objetivo de se encontrar a correta base de cálculo do imposto a ser exigido, se fosse o caso.

Através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 260/2005 (fls. 91/94) o diligente informou que intimou a empresa para apresentação da documentação necessária para cumprimento da solicitação. Foi informado que a documentação já havia apresentada. Estes fatos estão registrados às fls. 117/130 dos autos. Assim, com base nesta documentação realizou um cotejamento entre os “cupons de cartões de crédito” com as fitas detalhes, uma vez que não foi apresentado qualquer cupom fiscal. Desta análise, elaborou dois demonstrativos. No primeiro confrontou todos os “cupons de cartão de crédito” apresentados com os valores registrados nas fitas detalhes onde o contribuinte comprovou a relação entre os dois. No segundo, identificou os cupons que possuíam idênticos valores nas fitas detalhes, que no seu entendimento, embora não possa identificar com precisão, foram vendas através de cartões de crédito. Desta forma, elaborou levantamento excluindo tais valores.

Autuante e autuado foram chamados para tomar conhecimento da revisão efetuado e não de pronunciaram (fls. 132/134).

Os autos retornaram à este Colegiado. Após sua instrução e antes do julgamento foi anexada manifestação do sujeito passivo referente à diligência realizada (fls. 137/148). Nela, embora o defendente acuse sua manifestação ao parecer da ASTEC/CONSEF, apenas repete todos os argumentos anteriormente expostos, não fazendo qualquer comentário a respeito da revisão fiscal levada a efeito.

## **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 microempresa, enquadrado no SimBahia, o imposto deveria ser apurado com base no percentual legal indicado ao seu enquadramento, não tendo qualquer base legal a autuação na forma realizada.

Observo, inicialmente, que art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96 determina, como presunção da ocorrência de operações mercantis tributáveis sem pagamento do imposto, entre outras, a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, salvo se o contribuinte provar o contrário. E o enquadramento de uma empresa no regime simplificado de apuração do imposto não a exclui de ser submetida a todos os procedimentos de fiscalização e determinados em Regulamento, para averiguação, ou mesmo homologação, dos lançamentos realizados.

Em vista do exposto, o argumento de defesa tem pertinência em relação à infração 1, o que será analisado a seguir. Entretanto, em relação a infração 2, seu posicionamento é equivocado já que o período autuado refere-se aos anos de 2003 e 2004 quando já estava em vigor as determinações do 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 apurado deve ser calculado aplicando-se a alíquota 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. A autuação se baseou nestas determinações.

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 microempresa, inclusive tendo como enquadramento legal o art. 384-A, I, § 1º deste mesmo artigo, art. 386-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 na Redução Z do ECF do contribuinte e relativos às vendas através de cartão de crédito e/ou débito. Este fato consta descrito no Auto de Infração e nos levantamentos fiscais realizados (fl. 6). 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. Deveria verificar, por exemplo, 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. 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.

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 lançados no campo de vendas por cartão de crédito e aqueles fornecidos pelas administradoras. 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, no exercício de 2003 e nos meses de janeiro a março de 2004, 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, de que, por equívoco, realizou todas as suas vendas, quer sejam em espécie ou em cartão de débito/crédito, através do ECF indicando em sua totalidade com pagamentos “a vista”, inclusive a redução Z por cartão de crédito se encontrava zerada. Além do mais, existiram compras pagas parte em dinheiro e parte em cartão de crédito. Diante de tais colocações, a 4ª JJF baixou os autos em diligência à Repartição Fiscal para que o sujeito passivo elaborasse uma relação indicando, mensalmente, todos os cupons e notas fiscais em confronto com os boletos de pagamento dos cartões de crédito. Esta relação deveria vir anexada com cópias de toda a documentação citada. O autuado apresentou a documentação, que não foi aceita pelo preposto fiscal. Após análise, observei que esta solicitação foi cumprida em parte, pois ainda não se podia ter a certeza do valor base de cálculo do imposto a ser cobrado. Além do mais, até então restava evidenciado: 1) que a redução “Z” do ECF da empresa autuada encontra-se “zerada” em relação às vendas através de cartão de crédito no exercício de 2003 e 2004; 2) a documentação apresentada pelo autuado demonstrava ter pertinência, em parte, seus argumentos; 3) o autuante não havia realizado uma análise acurada da situação. Mais uma vez, os autos foram diligenciados, desta vez para a ASTEC deste CONSEF, objetivando esta verificação. 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.

#### DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO 2

CÓDIGO DÉBITO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	IMPOSTO (R\$)	MULTA (%)
10	31/1/2003	9/2/2003	412,56	70
10	28/2/2003	9/3/2003	286,63	70
10	31/3/2003	9/4/2003	472,67	70
10	30/4/2003	9/5/2003	521,17	70
10	31/5/2003	9/6/2003	532,81	70
10	30/6/2003	9/7/2003	539,20	70
10	31/7/2003	9/8/2003	350,88	70
10	31/8/2003	9/9/2003	528,43	70
10	30/9/2003	9/10/2003	376,81	70
10	31/10/2003	9/11/2004	459,58	70
10	30/11/2003	9/12/2003	415,02	70
10	31/12/2003	9/1/2004	913,20	70
10	31/1/2004	9/2/2004	389,80	70
10	28/2/2004	9/3/2004	388,04	70
10	31/3/2004	9/4/2004	412,41	70
TOTAL			6.999,21	

Voto pela procedência em parte do Auto de Infração no valor de R\$6.999,21.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206847.0037/04-0**, lavrado contra **MALIBU COMÉRCIO SERVIÇOS E TURISMO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total 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. Recomenda-se que a INFAZ de origem examine a existência de elementos que justifiquem a renovação do procedimento fiscal quanto à infração nº 1.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE /RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR