

A. I. N.º - 276468.0022/06-8
AUTUADO - NILTON PEREIRA DOS REIS FILHO
AUTUANTE - HEITOR PERRELLA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 20/12/2006

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0370-05/06

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. 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. Infração não elidida. Não acolhida à arguição de nulidade. Indeferido pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 21/9/2006, o Auto de Infração exige ICMS no valor de R\$21.497,98, acrescido da multa de 70%, pela constatação de 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 (janeiro a junho de 2006).

O autuado impugnou o lançamento fiscal (fls. 58/62) preliminarmente requerendo a sua nulidade sob alegação de que a entrega dos demonstrativos e planilhas contidas na mídia magnética não havia sido autenticada. Este fato, afirmou, constituiu descumprimento do devido processo legal, já que houve cerceamento do seu direito de defesa, pois a ele caberia produzir as provas necessárias para desconstituição do crédito tributário em lide.

No mérito, afirmou que a presunção “fiscal” não havia se configurado, pois jamais omitiu qualquer operação de saídas de mercadorias do seu estabelecimento comercial. O que poderia, eventualmente, ter acontecido foi ter alguma venda “a crédito” ter sido registrada como “a vista”. Esta análise, disse, seria confirmada através de uma pesquisa por fiscal estranho ao feito nos seus cupons fiscais.

Prosseguindo em sua argumentação, ressaltou que, mesmo tendo o fato acusado respaldo legal, em qualquer instante houve dolo ou má fé, sendo, apenas equívoco nos registros da operação TEF. Portanto o caso não poderia ser caracterizado como falta de pagamento do tributo e sim, da aplicação de multa formal por descumprimento de obrigação acessória.

Além do mais, sendo enquadrado no SimBahia, no mínimo, deveria haver o recálculo do imposto, para que fosse aplicado o percentual de 3,5%, conforme sua faixa de recolhimento e não aplicado os dispositivos contidos no art. 409, do RICMS/97.

Requerendo o direito de provar tudo o que alegou, por todos os meios admitidos em direito, inclusive laudos periciais, revisões fiscais, documentos e testemunhas, pugnou pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante (fls. 68/69) ressaltou que o pedido de nulidade da ação fiscal não poderia ser sustentado pois, além de todos os documentos que embasaram a ação fiscal, conforme indicou, terem sido entregues ao contribuinte, com aposição de sua assinatura nos mesmos, o recibo da entrega dos arquivos eletrônicos (fl. 51) foi gerado pelo programa SAFA, com base em autenticador fornecido pela Receita Federal, o qual gerou um código único de identificação, que consta expresso e por escrito no referido recibo.

No mérito, apenas se pautou nas determinações da legislação tributária vigente. Observou que havia esclarecido, na descrição dos fatos (fl. 1 dos autos), que deu oportunidade ao contribuinte para apresentar relação de cupons fiscais cujos valores coincidissem com a informação diária prestada pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito. Inclusive tais valores foram utilizados para abater a base de cálculo do imposto, conforme planilha de vendas em cartão de crédito com equivalente na fita detalhe e a planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito.

Opinou pela manutenção do Auto de Infração.

VOTO

Antes de adentrar na discussão da matéria do presente Auto de Infração, me pronuncio sobre a arguição de nulidade apresentada pelo impugnante, que diz respeito ao fato de que a mídia magnética com os demonstrativos e planilhas elaboradas pela fiscalização lhe foram entregues sem a devida autenticação. Entendeu que este fato havia cerceado o exercício de seu pleno direito de defesa já que a ele cabia a prova em contrário. Este é argumento sem qualquer base de sustentação. Em primeiro, todos os documentos que embasaram a fiscalização lhe foram entregues em papel, conforme se observa pela assinatura do seu representante legal e constante às fls. 6, 7, 8, 12 e 49 dos autos. Em segundo, estes documentos (demonstrativos e planilhas) de igual forma, lhe foram entregues em meios magnéticos – Recibo de Arquivos Magnéticos (fl. 51) e disquete (fl. 52). O referido recibo foi gerado pelo sistema desta Secretaria de Fazenda, que tem como base autenticador fornecido pela Receita Federal. O nº do autenticador desta entrega foi 749D00BA7F125C5499BDD933224BB0A7 (fl. 51 dos autos). Não há como prosperar tal argumento.

Indefiro o pedido de diligência e/ou perícia técnica solicitadas pelo impugnante com base nas disposições contidas no art. 147, I, “b” e II, “a”, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

Passo à decisão da lide.

O Auto de Infração trata da exigência do ICMS pela presunção de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, tendo em vista declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações das instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, conforme autoriza o art. 4, § 4º, da Lei nº 7.014/96. Esta é uma das poucas situações em que a lei inverte o ônus da prova, ou seja, cabe ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Em vista destas determinações, observo que o enquadramento de uma empresa no regime simplificado de apuração do imposto não a exclui de ser submetida aos procedimentos legais de fiscalização, para averiguação, ou mesmo homologação, dos lançamentos realizados.

O autuante realizou comparativo entre a leitura diária das reduções Z dos ECF existentes no estabelecimento autuado quanto às vendas efetuadas e as informações das administradoras de cartões de crédito. Constatou que aqueles valores acusados no ECF, no período fiscalizado, foram a menos do que os informados pelas administradoras. Cobrou o imposto sobre a diferença

encontrada, dando o crédito de 8% já que o autuado é empresa enquadrada no SimBahia na condição de pequeno porte.

O autuado alegou que como é empresa enquadrada no Simbahia, o imposto, se devido, deveria ser apurado com base no percentual legal indicado ao seu enquadramento (no caso, 3,5%), ou seja, deveria ser refeito, pois as determinações do art. 409, do RICMS/97 a ele não poderiam ser aplicadas.

Nesta lide não se pode invocar o art. 409, do RICMS/97, que trata de operações de consignação mercantil, portanto matéria a ela alheia. A determinação legal, base da autuação, conforme já explicitado consta no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96.

No mais, razão teria o contribuinte á alegar sua condição de empresa de pequeno porte, enquadrado no SimBahia, se as ocorrências dos fatos geradores se reportassem ao período compreendido entre a criação desse regime até outubro de 2000. Neste período, a norma tributária não previa a perda do direito do contribuinte de sua situação em recolher o imposto, apurado, na forma simplificada, pois a Lei nº 7.357/98, embora determinasse que ele fosse exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, remetia ao RICMS/97 a identificação das infrações que considera de natureza grave. Em vista disto, somente a partir da Alteração nº 20 - Decreto nº 7.867, de 01/11/00 é que o Regulamento inseriu, no seu art. 408-L, V, as infrações especificadas no inciso III do seu art. 915 e o contribuinte perdeu o direito a adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS. Porém, visando não ferir o princípio da não-cumulatividade do ICMS, a Lei nº 8.534/02 alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98. Por esta redação, devem ser considerados, para apuração do imposto, os créditos fiscais adotando-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. Os fatos geradores ocorreram no exercício de 2006 e este foi o procedimento da fiscalização.

E, embora não apresentado pela defesa, faço a seguinte colocação: a presunção legal que autoriza a omissão de vendas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto somente foi incluída na legislação tributária do Estado através da Lei nº 8.542, de 27/12/2002, publicado no DOE de 28 e 29/12/2002, que alterou o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. E no Regulamento esta disposição legal foi acrescentada pela Alteração nº 38 – Decreto nº 8.413, de 30/12/2002, publicado no DOE de 31/12/2002. Portanto, se a discussão fosse referente a fatos ocorridos até o exercício de 2002 não existia previsão legal para apuração do ICMS através desta auditoria. Porém, como já me reportei, eles são de 2006.

O autuado ainda alegou de que a presunção legal não havia se configurado, pois jamais omitiu qualquer operação de saídas de mercadorias do seu estabelecimento comercial. O que poderia ter acontecido foi o registro no seu ECF de vendas “a crédito” terem sido registradas como “a vista”. Observo, inicialmente, que uma venda através de cartão de crédito não se constitui, necessariamente, em venda a crédito. O fato é que no ECF deve ser registrado se ela foi paga através de dinheiro e/ou cheque ou se através de cartão de crédito e/ou débito. O autuante, quando da fiscalização, fez este levantamento, conforme resta provado pelas planilhas acostadas às fls. 7/48 dos autos. Além deste levantamento, e indicado no corpo do Auto de Infração, o autuante ainda solicitou ao contribuinte à apresentar uma relação de cupons fiscais cujos valores coincidissem com as informações diárias prestadas pelas administradoras. Esta relação foi levada em consideração para apuração do imposto ora em discussão. Assim, se outras houveram, caberia ao impugnante apresentá-las. Não o fazendo, não posso considerar este argumento.

O defendente argumentou de que por não ter havido dolo ou má fé, apenas equívoco nos registros da operação TEF, o caso não poderia ser caracterizado como falta de pagamento do tributo e sim, da aplicação de multa formal por descumprimento de obrigação acessória. Aqui

não se está discutindo a existência de dolo ou má fé, mas sim, da falta de pagamento de uma obrigação principal, cuja previsão está contida em lei. E, se houve equívoco do registro de vendas no ECF, cabe ao contribuinte provar.

Por tudo exposto, voto pela procedência do lançamento fiscal no valor de R\$21.497,98.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **276468.0022/06-8**, lavrado contra **NILTON PEREIRA DOS REIS FILHO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.497,98**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE/RELATORA

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR