

A. I. Nº - 206908.0012/06-8
AUTUADO - BAR E RESTAURANTE KENICHI FUKINO LTDA.
AUTUANTE - ANDRÉ LUIZ FACCHINETTI DIAS SAMPAIO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 18.12.07

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JF Nº 0373-04/07

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO LIVRO DE REGISTRO DE SAÍDA DE MERCADORIAS. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Não comprovada a ilegitimidade da presunção. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 27/06/07, exige ICMS no valor de R\$9.378,60 acrescido da multa de 70%, em decorrência de omissão de saídas de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

O autuado apresenta defesa às fls. 27 a 42, preliminarmente requer a nulidade do Auto de Infração sob alegação de a impugnante estar enquadrada no SIMBAHIA e não foi obedecido o princípio estrito da legalidade na determinação do cálculo do imposto por utilização incorreta da alíquota genérica para as saídas internas de 17%, com utilização de crédito presumido de 8%, sem atentar para o sistema de cálculo próprio do regime tributário a que faz jus.

Alega que somente os impostos de caráter ordinatório, expressamente referidos no art. 153, § 1º do CTN, é que podem ter suas alíquotas alteradas por decreto do executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, que não é o caso do ICMS, que se submete inteiramente ao princípio de reserva legal, nos termos do art. 97, I a IV do citado diploma legal. Prossegue argumentando que, mesmo se assim não fosse, não caberia à autoridade fiscal inovar propondo um sistema próprio de cálculo do imposto que não coaduna com a vinculação de sua atividade nos termos do art. 142 do CTN. Diz que resta caracterizada a nulidade do Auto de Infração por entender que foi lavrado em desconformidade com o regime tributário em que está enquadrada a impugnante.

Cita o art. 148 do CTN que prevê o arbitramento de valores pela autoridade lançadora, apenas quando não mereça fé as demais declarações prestadas pelo sujeito passivo ou terceiro legalmente obrigado.

Argumenta que a aplicação da técnica do arbitramento, no entanto, deve se dar segundo a legislação de cada tributo. Menciona posicionamento de Luciano Amaro, para quem o arbitramento não é um procedimento discricionário, haja vista que se garante ao sujeito passivo o direito ao contraditório, tanto na instância administrativa quanto na judicial. Afirma que o arbitramento é um instrumento de que a autoridade se pode valer para a descoberta da verdadeira base de cálculo do tributo nas situações em que, mercê de incorreções ou omissões do sujeito

passivo ou de terceiro, haja indícios de manipulação do preço ou do valor para evitar ou reduzir o valor devido e que tal entendimento é ratificado pela simples leitura do art. 148 do CTN.

Assegura que o tema está correlacionado diretamente com o art. 142 do CTN, transcrevendo-o. Menciona o art. 74 do RICMS/BA, que prevê que a base de cálculo do ICMS poderá ser fixada mediante arbitramento, nas hipóteses e segundo os critérios e formalidades previstas nos artigos 937 a 939 do RICMS/BA.

Sob a motivação do arbitramento e as formalidades, art. 937 e 939, respectivamente do RICMS/BA, diz que, tem-se que não há justificativa legal para a realização de arbitramento da base de cálculo do imposto neste caso porque a escrituração da impugnante não foi em nenhum momento, tida como imprestável à realização da auditoria, não constando da motivação do ato qualquer registro que a desabone. Alega que a técnica de arbitramento adotada não está em conformidade com nenhum dos métodos previstos e as formalidades previstas nos citados dispositivos legais, que não foram obedecidas. Entende que pelas falhas formais, recomenda-se sua anulação.

Ressalta que a impugnante atende integralmente às condições previstas na Constituição Federal, na legislação tributária federal que disciplina as condições para o seu enquadramento como microempresa, consistindo em ato jurídico perfeito do Estado que lhe reconhece como microempresa para fins de sua manutenção no SIMBAHIA.

Salienta que é proibido ao Fisco fazer qualquer alteração da condição de enquadramento dos contribuintes do ICMS sem as notificações cabíveis, não podendo pois, haver inovações na esfera jurídica da impugnante apenas por espírito de emulação e/ou para convalidar eventuais arbitrariedades de prepostos.

Alega que de fato e de direito, a impugnante jamais se afastou da condição de ser uma empresa de pequeno porte, nos termos do art. 170, IX da CF. Esclarece que a empresa está inscrita no SIMBAHIA e que a cassação da empresa desse regime torna-se impossível perante a ordem constitucional vigente, nos termos do art. 5º, XXXVI da CF.

Diz que o autuante não atentou para que as diferenças apuradas com os valores informados pela(s) administradora(s) de cartão, ainda que computadas ao faturamento da empresa não implicam em excesso ao limite fixado pela legislação estadual para a fruição do referido regime simplificado. E, com base nessa constatação, conclui que se houvesse imposto a pagar, ainda assim seu valor deveria estar adstrito ao cálculo previsto na legislação do SIMBAHIA, respeitando as faixas de tributação ali contempladas.

Explica que, não realizado o lançamento em consonância com as regras de tributação do SIMBAHIA, há de se reconhecer a flagrante ilegalidade do Auto de Infração, decretando-se sua nulidade.

No mérito, diz que conforme vem se demonstrando, a impugnante remanesce no Regime de Simplificado de Apuração do ICMS, tanto por atender ao limite de faturamento previsto no art. 384-A, I do RICMS/BA quanto porque em nenhum momento ocorreu a perda do direito ao tratamento tributário em causa, em conformidade com o previsto no art. 408-L do citado diploma legal.

Cita o parecer da ASTEC nº 0054/00 e transcreve o art. 386-A do RICMS/BA; Acórdão CJF nº 0478/01 e outros Acórdãos da Junta de Revisão Fiscal da Secretaria de Estado da Fazenda do Rio Janeiro (fls. 37 a 39) e do Tribunal Centro Administrativo SUL (fl. 40).

Finalmente, pugna para que o Auto de Infração seja declarado nulo de pleno direito e, se não for o entendimento da junta de julgamento fiscal, no mérito, requer a improcedência da acusação fiscal.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 57 e 58, diz que o autuado teve a oportunidade de apresentar documentos que pudessem comprovar que suas vendas foram superiores àquelas registradas no seu livro de Saída de Mercadorias, comprovando que não houve nenhum tipo de

sonegação, mas isto não aconteceu e não poderia acontecer, pois como descrito na infração “a empresa não utilizava ECF no período fiscalizado, portanto considerado como venda de cartão todo seu faturamento mensal e também foi dado crédito presumido de 8% pela condição de SIMBAHIA”.

Explica que a execução da fiscalização concentrou-se tão somente na comparação entre os dados apresentados pela administradora de cartão de crédito/débito e os dados de vendas totais constantes nos documentos da autuada e que apurada a divergência entre estes valores procedeu a lavratura do Auto de Infração com fulcro no art. 2º, §3º, VI do RICMS/BA.

Diz que como demonstrado, houve uma presunção de ocorrência de operações tributadas sem o pagamento de imposto e que cabe a comprovação da improcedência desta presunção, por parte do contribuinte.

Finaliza solicitando que seja considerado o período fiscalizado de 2006 e como a autuada não comprovou a improcedência da presunção, como faculta a legislação, pede a procedência total do presente Auto de Infração.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade da autuação, sob o argumento de que não foi considerado no lançamento o regime de apuração do autuado em função dos benefícios fiscais que lhe são assegurados pela legislação tributária do ICMS, relativo à apuração do imposto previsto para os contribuintes inscritos no SIMBAHIA. Verifico que no presente lançamento, o imposto foi exigido, na condição de contribuinte normal de apuração, por ter sido constatada omissão de receita apurada pela apuração de diferença entre o montante das vendas informadas pelas empresas administradoras de cartão de crédito, relativa ao contribuinte, e os documentos fiscais por ele emitidos, referente ao exercício de 2006, conforme disposto no art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96. Verifico que tal situação é prevista no art. 15, V da Lei nº 7.357/98, com redação dada pela Lei nº 7.556/02, que prevê que quando o contribuinte inscrito no regime simplificado de apuração do imposto incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, a critério da autoridade competente perde os benefícios fiscais do tratamento tributário previstos no regime simplificado de apuração do ICMS. Este procedimento é previsto na legislação a partir do Decreto nº 7.867/00, que alterou o RICMS/97, com efeitos a partir de 01/11/00, segundo o disposto no art. 408-L, V do mesmo diploma legal (art. 915, III, IV e a alínea "c" do inciso V do RICMS/97). Ressalto que neste caso, foi concedido o crédito presumido de 8% (fl. 05), conforme previsto na legislação. Portanto, o lançamento obedeceu ao disposto na legislação do ICMS, motivo pelo qual rejeito a nulidade pretendida, tendo em vista que não foi ferido o princípio da legalidade, como invocado na defesa.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadoria tributada 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.

Ressalto que o contribuinte não adentrou ao mérito, tendo em vista que na defesa apresentou o mesmo argumento da nulidade suscitada. Quanto ao argumento de que atendeu ao limite de faturamento previsto no art. 384-A, I do RICMS/BA para o SIMBAHIA e não perdeu o direito do tratamento tributário em causa, conforme apreciado na preliminar, o imposto exigido apurado pelo regime normal se refere a operações de comercialização efetuadas por meio de cartão de crédito que não foram oferecidas à tributação.

Observo que, no presente caso foram confrontados os valores informados no relatório TEF, constante do CD juntado à fl. 8, cuja cópia foi entregue ao recorrente, com os valores das notas fiscais emitidas e registradas no livro de Registro de Saída de Mercadorias, cujas cópias das folhas foram também juntadas pelo autuante às fls. 12 a 24, tendo sido exigido ICMS com base na diferença entre os valores fornecidos pelas empresas administradoras de cartão, e os documentos

fiscais emitidos e escriturados, relativo ao período fiscalizado. Ressalto que em se tratando de exigência de imposto por presunção relatava, é facultado ao contribuinte provar a ilegitimidade da presunção (art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96), ou seja, demonstrar que foram emitidos documentos fiscais relativos à diferença apurada pela fiscalização, o que não ocorreu com a defesa apresentada. Portanto, está correto o procedimento fiscal, uma vez que não foram apresentadas provas da improcedência da presunção legal.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.º **206908.0012/06-8**, lavrado contra **BAR E RESTAURANTE KENICHI FUKINO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 9.378,60**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei n.º 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR