

PROCESSO - A. I. Nº 003424.0514/05-4
RECORRENTE - CARLOS ANTÔNIO DA CUNHA CONCEIÇÃO (SUPERMERCADO CUNHA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0095-03/07
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 23/04/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0108-11/08

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, ao comprovar existência concomitante de operações de venda isenta e com fase de tributação encerrada, cabendo a presunção proporcional às vendas tributadas. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto contra a Decisão da 3ª JJF – Acórdão JJF nº 0095-03/07, que julgou Procedente o Auto de Infração, o qual foi lavrado para exigir o ICMS de R\$40.121,10, em razão da 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, nos meses de setembro a dezembro de 2004.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente, após rejeitar o pedido de nulidade da autuação, sob alegação de cerceamento ao direito de defesa, uma vez que em diligência fiscal foram entregues os Relatórios TEF diário e por operação, o que possibilitou o exercício do direito de defesa.

Salienta que a exigência do imposto, na condição de contribuinte normal de apuração, é prevista no art. 15, V da Lei nº 7.357/98, com redação dada pela Lei nº 7.556/02, que estabelece que quando o contribuinte inscrito no SimBahia 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.

Por fim, concluiu a JJF que está caracterizada a infração apontada, consoante legislação que autoriza a presunção de ocorrência de saídas de mercadorias sem a documentação fiscal pertinente, uma vez que não foram apresentadas provas da improcedência da presunção legal.

Irresignado com a Decisão, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, às fls. 915 a 925 dos autos, onde reitera suas alegações defensivas de que o Auto de Infração é nulo, por ser o roteiro de auditoria adotado incompatível com a atividade de Mercearias e Armazéns Varejistas desenvolvida pelo recorrente, na qual opera com mercadorias sujeitas à substituição tributária, como também de que não houve a omissão de saída de qualquer mercadoria, mas, sim, erros no lançamento das modalidades de vendas nos equipamentos, fazendo com que vendas em cartões fossem consideradas como sendo em espécie, assim como não poderia ser tributado pelo regime normal de apuração, uma vez que não foi desenhado do SimBahia, cabendo a exigência do

imposto, acaso devido, pelo regime simplificado. Requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer à fl. 930 dos autos, considerando o entendimento deste Colegiado de que, no caso concreto, a exigência do ICMS deverá ser proporcional às mercadorias submetidas ao regime normal de tributação, opina pela conversão do PAF em diligência, para que seja apurado o percentual das saídas com mercadorias isentas, não tributadas ou submetidas à antecipação tributária, com vistas a possibilitar a aplicação da aludida proporcionalidade, do que foi acatado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, tendo convertido o PAF à ASTEC para cumprimento da diligência.

Às fls. 937 e 938 dos autos foi apensado o Parecer ASTEC nº 148/2007, o qual elaborou novo demonstrativo de débito com percentual de participação das mercadorias sujeitas ao regime normal de apuração nas operações de saídas e, alternativamente, nas de entradas, expurgando os montantes inerentes às mercadorias isentas ou com fase de tributação encerrada, relativamente ao período fiscalizado, concluindo que o débito original de R\$40.121,10 fica reduzido para R\$18.991,36, se for considerada a proporção pelas entradas de mercadorias no período, ou R\$11.641,29 se for considerada a proporção pelas saídas no mesmo período, consoantes demonstrativos e documentos às fls. 939 a 1146 dos autos.

O recorrente, em sua manifestação às fls. 1153 e 1154 dos autos, ratifica integralmente os termos do Recurso apresentado e acrescenta que a diligência comprovou a veracidade das alegações defensivas, no que tange a comercialização de mercadorias isentas, não tributadas e sujeitas ao regime de substituição tributária. Assim, sustenta o recorrente que, na improvável hipótese de manutenção da autuação e de superação das demais questões levantadas, deve a dedução ser feita pelos valores das saídas, uma vez que a isenção alcança o valor global da mercadoria e a substituição foi realizada mediante acréscimo de todos os custos, inclusive MVA, estando legalmente atendido o anseio do Estado, no que tange à arrecadação.

A PGE/PROFIS, às fls. 1157 a 1162 dos autos, opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, excluindo o imposto incidente sobre as mercadorias sujeitas à antecipação tributária ou cujas saídas são isentas, na forma e proporção indicadas nos demonstrativos que acompanharam a diligência da ASTEC, visto que, no caso sob análise, não é autorizada a conclusão pela inadequação do roteiro de fiscalização, cabendo a exigência do ICMS por presunção proporcional às mercadorias submetidas ao regime normal de tributação, uma vez que o contribuinte não comprovou seu argumento de que teria havido um equívoco no lançamento das modalidades de vendas nos equipamentos, pois, como bem asseverado na Decisão recorrida, os documentos carreados aos autos *“indicam o valor da venda, o do dinheiro apresentado e do troco, o que descarta a possibilidade de corresponderem a operações por meio de cartão de crédito”*, ou porque os seus valores *“não coincidem com os valores dos cupons fiscais registrados no ECF e apresentados na defesa (fls. 201 e 212)”*.

Por fim, sustenta a PGE/PROFIS que a combinação do art. 408-P com o inciso V do art. 408-L induz a conclusão de que a prática de quaisquer das infrações de natureza grave previstas no art. 915, incisos III, IV e V, alíneas “a” e “c” do RICMS, sujeita a empresa a duas ordens de consequências, não excludentes:

- a) a suspensão temporária do regime, no bojo de ação fiscal que apure a prática dessas infrações;
- b) o desenquadramento definitivo, a critério do inspetor fazendário competente, veiculado em ato formal. Assim, transportando-se tais ilações para hipótese dos autos, vê-se que o autuado praticou a infração prevista no art. 915, III do RICMS, ficando sujeito ao pagamento do ICMS segundo as regras aplicáveis ao regime normal, por imperativo do disposto no art. 408-P, do RICMS.

À fl. 1164 os autos, o Procurador Assistente da PGE/PROFIS acolhe em todos os termos o citado Parecer.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado 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/débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, 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.

Preliminarmente, devo salientar que o contribuinte recebeu, através de diligência fiscal determinada pela 3ª JF, os Relatórios TEF diários e por operação, possibilitando o exercício do seu direito de defesa.

Também, devo destacar que, no caso sob análise, é impertinente a alegação de inadequação do roteiro de fiscalização, cabendo a exigência do ICMS por presunção proporcional às mercadorias submetidas ao regime normal de tributação, consoante entendimento atual deste Conselho de Fazenda.

No mérito, quanto à sua condição de contribuinte enquadrado no Regime SimBahia, corroboro com o entendimento exarado na Decisão recorrida de 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 estabelece que quando o contribuinte inscrito no SimBahia 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.

Assim, o contribuinte se sujeita ao pagamento do ICMS segundo as regras aplicáveis ao regime normal, nos termos do art. 408-L, V, do RICMS, relativo às operações de vendas realizadas por meio de cartão de crédito/débito, proporcionais às operações tributadas, concedendo-lhe o crédito presumido de 8%, previsto no § 1º do art. 408-S do RICMS, visto que o autuado não comprovou nos autos, a emissão dos documentos fiscais correspondentes àquelas operações, uma vez que os valores dos cupons fiscais registrados no ECF, apresentados pelo sujeito passivo, não possuem qualquer vinculação com os valores consignados nos Relatórios TEF.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida, adequando a exigência fiscal proporcionalmente às entradas de mercadorias tributadas no período, por ser a ocorrência de maior expressão monetária, nos termos previstos no art. 60, § 1º, do RICMS, reduzindo o valor originalmente lançado de R\$ 40.121,10 para R\$ 18.991,36, conforme apurado através do Parecer ASTEC às fls. 937 e 938 dos autos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **003424.0514/05-4**, lavrado contra **CARLOS ANTÔNIO DA CUNHA CONCEIÇÃO (SUPERMERCADO CUNHA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.991,36**, 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, 08 de abril de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. PGE/PROFIS