

A. I. N° - 117227.0031/07-2
AUTUADO -FORÇA 7 ARTIGOS NÁUTICOS LTDA.
AUTUANTE - ROQUE PEREIRA DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 19.11.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0296-02/98

EMENTA: ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Em virtude do estabelecimento no período da autuação se encontrar inscrito no SimBahia, a apuração do imposto foi feita em consonância com a regra do art. 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, mediante o abatimento do crédito fiscal de 8% calculado sobre a receita omitida. Infração comprovada. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2007, para constituir o crédito tributário relativo ao ICMS no valor de R\$75.210,51, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributadas 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, às folhas 20/25, ao impugnar o lançamento tributário aduz que o CONSEF não deve homologar a autuação, seja por afrontar a legislação que regula a espécie, seja por se encontrar baseada em fatos que não correspondem à realidade.

Diz que o primeiro ponto a ser abordado é relativo a ausência de previsão legal que sustente a aplicabilidade da presunção prevista no artigo 4º, § 4º da Lei nº 8.542/02, o qual transcreveu.

Alega que a lei não autoriza que as diferenças entre as “reduções” e as informações das administradoras seja utilizadas para lastrear a presunção de omissão de receita. Entende, que a lei atribui esse condão ao que chama de “declarações de vendas”, dando que, pelo menos no presente caso, não pode ser simplesmente equiparado às reduções, desprezando-se os demais elementos de informações, em especial a contabilidade e os documentos fiscais – DMA, DME, etc. No caso em tela o contribuinte apresentou todos os livros e documentos solicitados durante a ação fiscal, através dos quais comprova que as vendas através de cartões não comportam somente os valores registrados em suas “reduções Z”, sendo necessário que o artigo 4º e seu § 4º da Lei nº 8.542/02 seja interpretado de forma a abranger outros elementos.

Assevera que a ausência de registro na ECF, por seu turno, decorreu de emissão da nota fiscal em substituição ao “CF”, consoante documentação que será anexada ao PAF, o que, como meio de prova, desde logo fica requerido (DILIGÊNCIA).

Requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, para comprovar que os valores das vendas superam as importâncias informadas pelas administradoras.

Frisa que o autuado tem o direito de recolher o ICMS pelo regime do SimBahia, o que não foi observado, uma vez que a concessão do “crédito” [8%], somente atende a necessidade de adequação da apuração ao princípio constitucional da não-cumulatividade, não podendo ser adotado no caso em tela, pois o autuado não perdeu o direito ao tratamento pelo SimBahia.

Prosseguindo, transcreve trecho de Ementas prolatadas em 2002 e 2003.

Salienta que a PGE, consoante Representação ao CONSEF, também entende que o Regime concedido ao contribuinte possui garantias constitucionais, não podendo ser alterado mediante lançamento de ofício, o que implicaria em “desenquadramento irregular”, também de ofício, atingindo o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

Reitera que, posteriormente, será juntado documentos para comprovar as vendas realizadas por cartão de crédito e/ou débito em que foram emitidas notas fiscais.

Alega que o autuado comercializava mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, as quais deveriam ser abatidas da base de cálculo, para depois se cobrar as alíquotas pertinentes a EPP, reiterando o pedido de diligência.

O autuante, às fls. 35/36, ao prestar a informação fiscal, destaca que o autuado recebeu todos os elementos que embasaram a autuação, inclusive os arquivos eletrônico, conforme recibo às folhas 16 e 17 dos autos, sendo inoportuno o pedido de revisão fiscal, uma vez que a defesa não apresentou nenhum elemento que pudesse por em dúvida os levantamentos que deram suporte à lavratura do Auto de Infração.

Frisa que procedimento adotado se encontra em perfeita consonância com a legislação.

Ressalta que, sendo a empresa enquadrada no Regime do SimBahia, lhe foi concedido o crédito presumido, fl. 06, nos termos da legislação vigente, não cabendo, por isso, os argumentos e o pedido de que seja aplicada a alíquota do citado regime.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, 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.

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, pois entendo que o autuante atendeu a legislação que rege a matéria, em especial a previsão do art. 4º, § 4º, Lei 7.014/96, tendo inclusive, concedido o crédito de 8% prevista para os contribuinte enquadrado no SimBahia, conforme planilha acostada à folha 06 dos autos. Também, o impugnante não comprovou sua alegação de que a autuação foi baseada em fatos que não correspondem à realidade. Ressalto que não se observando qualquer erro ou vício que possibilite decretar a nulidade da autuação.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, também do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação a presente lide. Ressalto que o art. 123, do RPAF/99, assegura

ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento. Portanto, caberia ao contribuinte apontar os erros que por ventura encontrasse no levantamento fiscal, juntando os documentos para comprovar sua alegação e, caso o autuante não acatasse poderia ser objeto de diligência para apuração da verdade material, entretanto, o sujeito passivo assim não procedeu e também não comprovou que comercializa com mercadorias com fase de tributação encerrada.

No mérito, observo que o levantamento realizado pela autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte com vendas realizadas com cartão de crédito e/ou débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão do art. 4º, § 4º, Lei 7.014/96, *in verbis*:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”

Em sua defesa o autuado alega que os valores das vendas são superiores aos valores informados pelas administradoras de cartões de créditos e/ou débito, entendendo não ser possível aplicar a presunção acima.

Ocorre que essa alegação não é capaz de elidir a autuação, uma vez que a jurisprudência consolidada desse Conselho de Fazenda, em seus diversos acórdãos sobre o tema, firmou o entendimento de que a comparação somente pode ocorrer entre operações equivalentes, ou seja, as vendas declaradas pelo contribuinte como sendo pagas por cartões de crédito/débito são comparadas com as operações que foram pagas com cartão de débito/crédito informadas pelas administradoras de cartões. Nas vendas declaradas na DME são informadas as vendas totais do estabelecimento, sem nenhuma identificação de qual foi o meio de pagamento.

A legislação do ICMS, aplicado aos fatos geradores da época, no capítulo dedicado ao SimBahia, rechaça a prática de infrações de natureza grave, tal como omissão de saídas de mercadorias tributáveis, 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, art. 408-L do RICMS/Ba.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 117227.0031/07-2, lavrado contra **FORÇA 7 ARTIGOS NAUTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

imposto no valor de **R\$75.210,51**, 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, 11 de novembro de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA -RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO- JULGADOR