

A. I. N °. - 203459.0054/06-1
AUTUADO - ELDER MACEDO ALMEIDA
AUTUANTE - RICARDO FRANÇA PESSOA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 04. 11. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0359-01/08

EMENTA. ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELAS ADMINISTRADORAS E INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito/débito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Infração subsistente. Rejeitadas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 19/03/2007, atribui ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento efetuado através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior àquele fornecido por instituições financeiras e administradoras dos referidos cartões, nos meses de janeiro a novembro de 2006, exigindo o imposto no valor de R\$ 18.563,30, acrescido da multa de 70%.

O sujeito passivo, através de representante legalmente constituído, apresentou impugnação às fls. 12 a 14, suscitando, preliminarmente, a nulidade da autuação, por insegurança na determinação da infração e na apuração dos valores e por cerceamento do direito de defesa, devido à infringência do art. 46 do RPAF/99. Assevera que a apuração é absolutamente insegura, tendo em vista que os elementos imprescindíveis à sua verificação não foram oferecidos ao contribuinte, o que limitou o seu direito de defesa.

Salienta que o Auto de Infração se reporta a “informações fornecidas pelas administradoras e instituições financeiras” sem que esses elementos tenham sido juntados de forma válida ao processo. Alega ter recebido tão somente um “CD” que contém o demonstrativo diário de vendas informado pelas referidas instituições. Argumenta que o “CD” não oferece a mínima segurança jurídica para atribuir os seus dados às informações prestadas pelas instituições.

Enfatiza que o elemento oferecido não é válido por não se referir a documento firmado pelas administradoras ou instituições financeiras e, além disso, os valores mensais não se compatibilizam com aqueles constantes da planilha elaborada pela fiscalização, desde quando na planilha constante do “CD” foi apontado o total de R\$ 501.674,64, enquanto na planilha apresentada por escrito no Auto de Infração foi apresentado o valor de R\$ 311.514,20. Da mesma forma, os totalizadores mensais não coincidem.

Desse modo, a flagrante inconsistência da autuação impede a apreciação do mérito, motivo pelo qual pleiteia a nulidade do Auto de Infração.

Aduz que, no mérito, a cobrança é inteiramente improcedente, tendo em vista que somente em dezembro de 2006 passou a ser usuário de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF). Assim, na época objeto da autuação, não se podia extrair as “reduções Z”.

Acrescenta que os números constantes da planilha do “CD” não se referem a vendas realizadas pelo autuado, mesmo porque apenas em 21/12/2006 foi autorizado a utilizar o equipamento ECF. Sugere que os dados utilizados no levantamento provavelmente se referem a outro contribuinte, enquanto os dados relativos ao seu estabelecimento constam da DME [declaração de movimento econômico de microempresa e empresa de pequeno porte], à fl. 21.

Observa que estando cadastrado no SimBahia, na qualidade de microempresa, e não tendo sido desenhado desse regime, o imposto não pode ser apurado pelo regime normal, mesmo com a concessão do crédito presumido de 8%, metodologia que vem sendo acatada pelo CONSEF apenas quando existe motivação e regular desenhamento do contribuinte. Não sendo este o presente caso, alega que tem o direito de pagar o imposto pelo regime que se encontra vinculado. Por esta razão, entende que a exigência fiscal é improcedente.

Solicita que, em caso de dúvida, seja feita revisão por fiscal estranho ao feito e protesta pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuado anexou às fls. 16 a 19 cópias reprográficas dos seguintes documentos, todos emitidos em 21/12/2006: Nota Fiscal nº. 0264, relativa à aquisição de uma impressora fiscal Bematech; autorização nº. 17622006006757; leitura X e o Atestado de Intervenção Técnica nº 1183.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 25/26, contestando as alegações defensivas quanto à insegurança na determinação da infração e na apuração dos valores, afirmando que a planilha constante do “CD” é bem detalhada e apresenta todas as operações realizadas no período, indicando, inclusive, os números das respectivas autorizações, dados estes que o contribuinte possui, possibilitando esclarecer qualquer dúvida quanto à existência ou não de cada uma delas.

Admite que houve equívoco no lançamento dos valores totais do período, que consistiu na consignação na planilha anexada ao Auto de Infração apenas dos valores das operações com cartões de crédito até novembro de 2006, enquanto que na planilha constante no CD o valor total corresponde a todas as operações de crédito e de débito, compreendendo todo o exercício, isto é, até o mês de dezembro. Por esse motivo elaborou nova planilha, incluindo os valores dos débitos, mantendo a autuação até novembro de 2006. Esclarece que os valores da nova planilha e os constantes do “CD” são exatamente os mesmos, no total de R\$ 447.867,89. Apresenta também novo demonstrativo de débito, elevando o valor da cobrança para R\$ 30.835,14.

Concorda com a alegação do autuado de que as receitas apontadas no levantamento não poderiam ter sido apuradas pelas “reduções Z”, pois o contribuinte realmente não dispunha do ECF e os valores foram apurados através das notas fiscais de venda a consumidor. Afirma que o levantamento foi realizado com base em 39 talões de notas fiscais, indicados no Termo de Arrecadação à fl. 07 dos autos.

Mantém a autuação, corrigindo o valor total do débito para R\$ 30.835,14.

Cientificado quanto à informação fiscal e seus anexos, o autuado se manifestou às fls. 32 a 35, reprisando parcialmente o teor da defesa e ratificando todos os seus termos. Argúi que tendo o autuante confessado que a apuração foi baseada em notas fiscais de venda a consumidor, não existe base legal para a adoção da presunção na modalidade adotada no Auto de Infração, o que conduz à sua nulidade.

Realça que o procedimento adotado distorce completamente o fulcro da autuação, não existindo relação de causa e efeito entre o fato e o lançamento. Acrescenta que não é registrado nas notas

fiscais em referência o meio de pagamento, sendo as vendas integralmente tributadas através do sistema SimBahia.

Pugna pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou nova informação fiscal à fl. 40, mantendo o teor constante da informação fiscal precedente. Concorde com a alegação do impugnante de que a autuação não poderia incidir sobre o valor das notas fiscais emitidas, afirmando que a cobrança constante do presente lançamento se refere ao valor excedente, que não foi oferecido na autuação e que foi apurado comparando-se os valores constantes das notas fiscais com aqueles informados pelas operadoras de cartão de crédito. Considerando que as diferenças apuradas caracterizaram omissão de receita, ou seja, houve saída de mercadorias sem emissão do documento fiscal, foi exigido o imposto correspondente.

Considerando que o autuante afirmou que das vendas realizadas através de cartão de crédito/débito informadas pelas administradoras de cartões e instituições financeiras, deduziu os valores constantes em todas as notas fiscais de venda a consumidor emitidas pelo contribuinte no período fiscalizado; considerando que o crédito tributário é indisponível e que o procedimento adotado pode ser prejudicial ao sujeito ativo, desde quando a aceitação de todas as notas fiscais não oferece a segurança de que todos os documentos se referiram efetivamente a vendas realizadas através de cartão de crédito/débito; considerando a divergência entre o total dos valores informados pelas administradoras e instituições financeiras no exercício fiscalizado e aquele lançado na planilha de fl. 27; considerando que o processo administrativo fiscal deve ser acompanhado das provas necessárias à demonstração dos fatos argüidos e tendo em vista as alegações do sujeito passivo de que não recebeu o Relatório TEF por Operações de forma impressa: esta 1ª JF, em pauta suplementar (fls. 43/44), deliberou pelo envio do processo à INFAZ Varejo, para que o autuante adotasse as seguintes providências:

- 1 - deduzisse do Relatório TEF por Operações apenas as notas fiscais que coincidissem em valor e data com os boletos correspondentes às respectivas vendas realizadas através de cartão de crédito/débito;
- 2 – com base nos novos dados elaborasse Planilha Comparativa de Vendas por meio de Cartão de Crédito/Débito, assim como novo Demonstrativo de Débito, concernentes a todo o período objeto da fiscalização;
- 3 – anexasse aos autos o Relatório TEF por Operação em formulário impresso.

Em seguida, deveria ser entregue ao autuado cópia reprográfica do termo de diligência e dos elementos anexados pelo diligente, inclusive do Relatório TEF impresso, devendo ser informado ao contribuinte quanto à reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, para, querendo, se manifestar nos autos. Havendo manifestação do contribuinte, o autuante deveria prestar nova informação fiscal.

Ao atender a diligência, o autuante informou às fls. 49/50 estar anexando demonstrativo com notas fiscais, cujos valores e datas coincidem com aqueles verificados nos boletos correspondentes às vendas realizadas através de cartões de crédito/débito (fls. 52 a 66), assim como nova planilha de débito (fl. 51), na qual foram excluídos os valores apurados no referido demonstrativo.

Ao ser cientificado quanto ao pedido e à conclusão da diligência, quando foi reaberto o seu prazo de defesa em 30 (trinta) dias, o autuado se manifestou às fls. 70 a 72-A, reprisando e ratificando todos os termos da defesa, que entende fortalecida após a nova informação fiscal.

Argúi que na diligência não foi atendida a determinação do CONSEF, concernente à entrega ao contribuinte “do relatório TEF impresso”, para fins de dar validade à reabertura do prazo de defesa.

Contesta a dedução apenas dos valores coincidentes, por entender que não refletem a realidade, tendo em vista que no setor de restaurantes uma mesma venda pode gerar diversas formas de pagamento e vários boletos de cartões, para cada componente de um mesmo grupo de clientes, o

que impossibilita o “casamento” pretendido, tornando os valores apresentados expressamente impugnados, por não oferecerem a necessária segurança.

Voltando a tratar a respeito da aplicação da alíquota de 17%, com a concessão do crédito de 8%, ressalta que a PGE/PROFIS vem repudiando lançamentos dessa natureza, por implicarem, na prática, no desenquadramento irregular do contribuinte do regime do SimBahia. Anexa o Acórdão CJF nº. 0248-12/07 (fls. 73/74), que decretou a improcedência de infração relativa à cobrança do ICMS referente ao desenquadramento de contribuinte inscrito no SimBahia, decorrente da apuração da existência de saldo credor de caixa em outra infração verificada.

O autuante esclareceu à fl. 77 que em relação à reclamação defensiva sobre a falta de entrega do relatório TEF impresso, que assim procedeu porque o CD traz a planilha que pode ser consultada e lida, significando que o relatório impresso nada acrescenta, representando tão somente um desperdício de papel e tinta.

Considerando que o autuante afirma que no período de janeiro a novembro de 2006 se utilizara apenas dos valores das operações com cartões de crédito, enquanto que na planilha constante no CD os valores correspondem a operações tanto de crédito como de débito, compreendendo todo o exercício fiscalizado; considerando que o autuante na planilha de fl. 51 deduziu dos valores informados pelas administradoras de cartões, tanto os valores das notas fiscais que coincidiram em valores e datas com as operações do relatório TEF, como os valores correspondentes a todas as notas fiscais emitidas; considerando a arguição do autuado de que em uma única operação a forma de pagamento pode ser feita através de vários cartões de crédito/débito, o que gera divergência ao ser confrontado o valor da operação com um único boleto; considerando que o autuado insiste na alegação de que a não entrega dos Relatórios TEF por Operação de forma impressa implica em nulidade da ação fiscal: esta 1ª JJF, em pauta suplementar (fls. 79-A e 80), deliberou pelo envio do processo à INFAZ Varejo, para que o autuante ou outro preposto fiscal a ser designado, adotasse as seguintes providências:

1 – intimasse o contribuinte a apresentar planilha demonstrativa identificando as operações nas quais a forma de pagamento tenha ocorrido através de vários cartões, devidamente acompanhada dos documentos que deram origem ao levantamento, contanto que haja coincidência entre os valores de cada nota fiscal e o total dos respectivos boletos emitidos na mesma data;

2 – com base nas informações prestadas pelo autuado, refizesse o levantamento concernente a todo o exercício de 2006, considerando todas as operações de venda nas modalidades de crédito e de débito, deduzindo da base de cálculo apurada em cada mês os valores comprovados pelo contribuinte de acordo com o item anterior, bem como aqueles demonstrados às fls. 52 a 66 dos autos, apontando o débito remanescente.

Na elaboração da planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito, deveria o diligente indicar o valor total, mês a mês, das vendas informadas pelas administradoras relativas às operações de crédito e de débito, para fins de apuração do imposto.

Em seguida, deveriam ser entregues ao autuado cópias reprográficas do termo de diligência e de todos os elementos anexados pelo diligente. Naquela oportunidade, deveria ser entregue também o Relatório TEF impresso ou, sendo este muito volumoso, substituí-lo pelo CD respectivo, mediante recibo de recepção de arquivos eletrônicos - Autenticador Receita Federal, quando deveria ser informado ao contribuinte quanto à reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, para, querendo, se manifestar nos autos. Havendo manifestação do autuado, o autuante deveria ser cientificado, para que prestasse nova informação fiscal.

Em atendimento à diligência solicitada, o autuante informou à fl. 85 ter intimado o contribuinte (fl. 87) a apresentar planilha demonstrativa identificando as operações realizadas por meio de cartões de crédito/débito, apontando os valores e os números das notas fiscais e os correspondentes boletos de

cartões, acompanhada dos respectivos documentos, observando a coincidência entre os valores de cada nota fiscal e o total dos boletos emitidos na mesma data.

Assevera que, entretanto, não tendo o impugnante se manifestado a respeito, nem feito qualquer contato, recalculou o débito de todo o período de 2006, considerando as vendas através de cartões de crédito e de débito, deduzindo os valores demonstrados às fls. 52 a 66, conforme planilha anexada à fl. 86.

Conforme se verifica às fls. 88/89, o contribuinte foi cientificado sobre o resultado da diligência realizada, quando foi reaberto o prazo de defesa, entretanto não consta dos autos nenhuma manifestação a respeito.

VOTO

A princípio, cumpre-me tratar sobre a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado. Foi alegado que a apuração realizada pela fiscalização é insegura, tendo em vista que os elementos imprescindíveis à sua verificação não lhe foram oferecidos, o que teria limitado o seu direito de defesa, por entender que os dados relativos às informações fornecidas pelas administradoras e instituições financeiras não têm validade, desde quando foram entregues por meio de um “CD” contendo o demonstrativo diário de vendas informado pelas referidas instituições.

Compulsando os autos, verifico que as planilhas comparativas de vendas por meio de cartão de crédito/débito foram normalmente entregues ao impugnante; quanto aos informes repassados pelas entidades financeiras, que consistem nos relatórios TEF por operação, vejo que o recibo assinado pelo titular do estabelecimento autuado, constante à fl. 06, dispõe o seguinte: “*Declaro para os devidos fins, ter recebido da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, CD contendo planilhas com informações sobre faturamento diário com cartões de crédito, informados pelas administradoras dos respectivos cartões, tendo aberto e visto os arquivos.*” Assim, a despeito de o autuante não ter procedido a sua entrega de forma impressa, justificando que se referia a material muito volumoso, este fato não implica em cerceamento do direito de defesa do autuado, tendo em vista que o arquivo entregue através de mídia eletrônica oferece perfeitas condições de acesso, visualização e impressão, se constituindo em meio de prova plenamente aceito no julgamento processual.

Saliento que a infração imputada ao sujeito passivo tem previsão objetiva no RICMS/97, estando o fato gerador devidamente apontado, o que lhe dá fundamentação legal, tendo em vista, ademais, que o Auto de Infração contempla as disposições previstas no RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 6.284/97, que por sua vez regulamenta a Lei nº. 7.014/96, que trata sobre esse imposto no Estado da Bahia. Ressalto inexistir qualquer fundamento na argumentação da defesa de que o fato de o autuante ter afirmado que teria cotejado os dados repassados pelas administradoras de cartões com as notas fiscais emitidas e não com os cupons fiscais provocaria a nulidade da autuação, haja vista que nesses casos a omissão detectada resulta do comparativo entre aqueles dados e a totalidade das saídas promovidas pelo contribuinte com a emissão de documentos fiscais admissíveis, que vêm a ser tanto os cupons como as notas fiscais.

Ademais, o procedimento fiscal atende as determinações previstas no art. 39 do RPAF/99, haja vista que a infração foi descrita de forma clara e precisa, estando embasada em levantamentos e demonstrativos, em conformidade com a documentação fiscal do contribuinte e com os dados fornecidos pelas administradoras dos cartões de crédito/débito, tendo sido determinado, com segurança, a infração e o infrator. Acrescento que foram garantidas ao sujeito passivo todas as formas de defesa, tendo o processo seguido o rito legalmente previsto.

No mérito, verifico que foi atribuído ao contribuinte a falta de recolhimento de ICMS constatada pela 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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, tendo em vista que foi constatado que nas vendas

com pagamentos realizados através de cartão de crédito e de débito foram emitidos documentos fiscais em valores inferiores àqueles fornecidos pelas administradoras dos referidos cartões e por instituições financeiras.

Assim, considerando o resultado do levantamento realizado, o autuante presumiu ter ocorrido omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, baseado na previsão contida no artigo 4º, § 4º da Lei nº. 7.014/96, que transcrevo abaixo.

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

...

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimidos 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”.

Nos termos dos artigos 824-B, *caput*, do RICMS/97, os contribuintes que realizarem vendas de mercadorias ou prestarem serviços a não contribuintes do ICMS devem utilizar ECF (equipamento emissor de cupom fiscal) para documentar tais operações ou prestações. Esta é a situação do autuado, ou seja, usuário obrigatório de ECF.

O mesmo RICMS/BA estabelece no artigo 238, nos seus incisos, alíneas e parágrafos, os procedimentos que devem ser observados pelo contribuinte usuário de ECF, inclusive, quando emite nota fiscal de venda a consumidor, série D-1 e nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, por solicitação dos clientes, conforme transcrito abaixo:

“Art. 238. O contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitirá o Cupom Fiscal, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou o Bilhete de Passagem por meio deste equipamento, nas operações ou prestações destinadas a não contribuinte do ICMS, observada a natureza da operação ou prestação, podendo também ser emitido, em relação a mesma operação e/ou prestação:

I - a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, se a Legislação Federal dispuser desta forma;

II - a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, quando houver solicitação do adquirente dos bens.

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos I e II, a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF, deverá ser anexada à via fixa do documento fiscal emitido, no qual serão consignados o número seqüencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.

§ 2º Quando não for possível a emissão de documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas, serão emitidos de forma manual, datilográfica ou eletrônica, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, observada a natureza da operação ou prestação.

§ 3º O cancelamento de Cupom Fiscal, Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou Bilhete de Passagem, emitido ou em emissão poderá ser feito no próprio ECF, caso em que os documentos originais deverão ser armazenados junto à Redução Z emitida para as respectivas operações ou prestações, sendo que a não conservação dos originais dos documentos cancelados ou de cancelamentos faculta ao fisco a

presunção de cancelamento indevido, ficando sujeito ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação e às penalidades previstas na legislação.

§ 4º No caso emissão de Nota Fiscal de Venda a Consumidor em ECF para cancelamento de Nota Fiscal de Venda a Consumidor anterior, aquela deverá ser emitida em jogo de formulário em branco.

§ 5º O documento fiscal emitido em ECF não poderá ser retido pelo emitente, sendo permitida, contudo, a retenção de cupom adicional ao Cupom Fiscal, emitido para este fim.”

Conforme se conclui da leitura desses dispositivos, no caso de emissão de nota fiscal de venda a consumidor ou nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, quando houver solicitação do cliente, o contribuinte usuário de ECF, obrigatoriamente deverá juntar a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF – cupom fiscal – à via fixa da nota fiscal emitida, na qual deverão ser consignados o número seqüencial atribuído ao equipamento emissor de cupom fiscal e o número do cupom fiscal. Saliento que esse procedimento não representa uma faculdade dada ao contribuinte, mas uma imposição, valendo dizer que a comprovação efetiva da operação ocorre quando obedecida a determinação regulamentar acima referida, havendo, nesse caso, a necessidade de uma perfeita identificação da operação, tanto para preservar o contribuinte quando fiscalizado quanto ao erário estadual, para evitar qualquer risco ou prejuízo.

Não resta nenhuma dúvida de que, caso o contribuinte tivesse observado as disposições regulamentares acima referenciadas, elidiria a acusação fiscal com a comprovação através da 1ª via do cupom fiscal anexada à via fixa da nota fiscal correspondente.

Observo que o sujeito passivo, considerando o fato de estar enquadrado no regime SIMBAHIA, como empresa de pequeno porte, se insurgiu contra a utilização da alíquota de 17%, da maneira como efetuada pelo autuante. Ressalto não lhe assistir razão, pois a apuração do imposto foi feita de forma correta, tendo sido seguidos os mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, conforme previsão do artigo 408-S, do RICMS/97, devendo ser aplicada a alíquota de 17%, conforme alteração introduzida pelo Decreto nº. 7.886/00, com efeitos a partir de 30/12/2000, com a concessão do crédito presumido calculado à alíquota 8% sobre a receita omitida, nos termos do § 1º do mesmo artigo, alterado pelo Decreto nº. 8.413/02, conforme transcrições abaixo:

“Art. 408-S. Quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.

§ 1º Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, para o cálculo do imposto a recolher, deverá ser utilizado crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais.”

...

“Art. 408-L. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa:

...

V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave de que tratam os incisos III, IV e as alíneas "a" e "c" do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário.”

...

“Art. 915. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

III - 70% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos, tais como suprimento de caixa de origem não comprovada, saldo credor de caixa, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque;”

Vejo que a defesa se utilizou do Acórdão CJF nº. 0248-12/07, visando fundamentar sua tese, entretanto o caso aqui em discussão diverge da situação analisada por meio do mencionado julgamento, uma vez que naquele caso a improcedência decretada decorreu do seguinte fato: a fiscalização, tendo apurado a ocorrência de saldo credor de caixa, efetuou a exigência do imposto correspondente, com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, com a dedução do crédito presumido de 8%, em conformidade com o art. 19 da Lei nº. 7.357/98; além disso, através de uma segunda imputação, desenquadrou o contribuinte, de ofício, para exigir o pagamento do ICMS relativo a todo o período autuado com base no critério normal de apuração. E foi este segundo procedimento que foi declarado improcedente. Vemos que este não é o caso da autuação em lide, haja vista que esta se refere à constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através da verificação de divergência entre os dados informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito e as saídas acobertadas pelos documentos fiscais pertinentes, irregularidade esta expressamente contemplada dentre aquelas que geram a aplicação da alíquota do regime normal (17%), com a dedução do crédito presumido de 8%, conforme determinam os dispositivos legais acima transcritos, não tendo ocorrido, inclusive, o desenquadramento do contribuinte do citado regime.

Observo que tendo sido verificado que o autuante deduzira dos valores informados no relatório TEF, todos os valores constantes nas notas fiscais de venda a consumidor emitidas pelo contribuinte; que o autuante afirmara que no período de janeiro a novembro de 2006 se utilizara apenas dos valores das operações com cartões de crédito, enquanto que os valores informados pelas administradoras de cartões e instituições financeiras correspondiam a operações tanto de crédito como de débito; e que o autuado argüira que em uma única operação a forma de pagamento poderia ser feita através de vários cartões de crédito/débito, o processo foi convertido em diligência em duas oportunidades, visando a realização dos ajustes que se faziam necessários.

Em relação a esse último ponto, registro que o impugnante não atendeu à intimação que lhe foi apresentada para que identificasse as sugeridas operações nas quais os pagamentos teriam ocorrido através de vários cartões, o que torna prejudicada essa sua alegação.

Assim, passo a analisar a última planilha elaborada pelo autuante (fl. 86), na qual foram apresentados os resultados finais apurados pela fiscalização, concluindo o seguinte:

- 1) apesar de constar na coluna “vendas com cartão através NF” os dados concernentes às saídas por meio de cartões efetivadas com a emissão de notas fiscais, foram mantidos, de forma equivocada, os valores existentes da coluna “venda com cartão constante redução Z”, os quais se referem à totalidade dos valores das notas fiscais do período, que não podem ser mantidos;
- 2) apesar do período fiscalizado se referir a 01/01/2006 a 31/12/2006, no lançamento originalmente efetuado não foram apontados os resultados relativos ao mês de dezembro, os quais não podem ser exigidos através deste Auto de Infração;
- 3) na coluna “venda com cartão informado pela adm.” foram consignados, de forma correta, os valores totais correspondentes às vendas por meio de cartões de crédito e de débito.

Assim, desconsiderando os valores referentes aos totais das notas fiscais emitidas, bem como o débito referente ao mês de dezembro, uma vez que este somente pode ser exigido através de nova autuação, constato que o montante do débito a ser exigido suplanta aquele indicado na presente

autuação, o que não pode ser admitido com base no disposto no art. 156 do RPAF/99. Desta forma, represento à autoridade competente para que determine a realização de novo procedimento fiscal, visando apurar os valores efetivamente devidos em relação a todo o período objeto da fiscalização.

Assim, considerando a ausência de elementos de provas hábeis capazes de elidir a acusação fiscal, a autuação é totalmente subsistente.

Pelo exposto, voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **203459.0054/06-1**, lavrado contra **ELDER MACEDO ALMEIDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.563,30**, acrescido da multa de 70% prevista no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais. Recomenda-se a instauração de procedimento fiscal complementar, para exigir as parcelas do imposto reclamadas a menos no presente Auto de Infração, em conformidade com a disposição contida no art. 156 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR