

A.I. N.<sup>º</sup> - 110120.0104/07-1  
AUTUADO - CARDOSO VALENTE COMERCIAL LTDA.  
AUTUANTE - VERA MARIA PIRES PURIFICAÇÃO  
ORIGEM - INFAS VAREJO  
INTERNET - 11.11.2009

## 2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N<sup>º</sup> 0345-02/09

**EMENTA: ICMS.** CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS (§ 4º do art. 4º da Lei n<sup>º</sup> 7.014/96, com a redação dada pela Lei n<sup>º</sup> 8.542/02). LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Embora o estabelecimento estivesse inscrito no SIMBAHIA, porém, por ter incorrido na situação prevista no inciso V do artigo 408-L do RICMS/97, o débito foi calculado pelo regime normal com a concessão do crédito presumido de 8% sobre a receita omitida (§ 1º do art. 408-S). Imputação não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/09/2007, sob acusação da falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$72.041,90, referente a omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, nos meses de maio a dezembro de 2006, janeiro a maio de 2007, conforme demonstrativos às fls. 05 a 81.

Consta na descrição dos fatos: “A empresa foi alvo de Investigação Fiscal cujo relatório (anexo) concluiu pelo desenquadramento da empresa do regime do Simbahia para o Regime Normal, com base no Artigo 408-L Incisos II e IV do RICMS em vigor. Efetuada a fiscalização constatamos, após o desenquadramento, que a empresa possui Icms a recolher, conforme segue: Exercício de 2006-ICMS a recolher referente ao apurado no desenquadramento do regime do Simbahia para o regime Normal no valor de R\$ 42.269,71. Exercício de 2007 – ICMS a recolher referente ao apurado no desenquadramento do regime do Simbahia para o regime Normal no valor de R\$ 54.911,13. Tudo conforme demonstrativos cujas cópias foram entregues ao contribuinte. A fiscalização teve por finalidade, também, informar o processo de baixa protocolado sob n<sup>º</sup> 217297/2006-0. Opinamos pelo indeferimento do pedido de baixa.”

O sujeito passivo em sua defesa às fls. 111 a 116, arguiu a nulidade da autuação fiscal sob alegação de que os dados do estabelecimento autuado não correspondem com a realidade, isto porque, o CNPJ n<sup>º</sup> 06.253.802/0002-70, consignado no auto de infração, está em desuso desde 2006, conforme alteração contratual que foi efetuada.

Além disso, diz que o endereço também está incorreto, pois se trata do endereço do depósito fechado da empresa, que não faz operação de compra e venda de mercadorias, cujo CNPJ termina em 0003-50.

Desta forma, aduz que o relatório de cartão de crédito refere-se à movimentação do estabelecimento matriz, pois a filial estava desativada e o depósito fechado não realiza essas operações.

Quanto ao desenquadramento do Regime do SIMBAHIA, alega cerceamento de defesa, dizendo que além de não ter sido indicado o dispositivo legal aplicável à infração sancionada com a multa, a descrição dos fatos não atende ao artigo 39, inciso III, do RPAF/99, pois se limita a fazer indicação de uma investigação fiscal que teria apurado irregularidades, sem descrever estas irregularidades no auto de infração.

Sustenta que o que se tem é uma acusação genérica de que existe um grupo Cold Air, a partir de meras presunções levantadas na investigação fiscal que não estão prevista em lei. Argumenta que o fato de haver parentesco entre os sócios, de as empresas terem objeto idêntico, de terem contadores comuns, de serem promovidos empregados destacados a sócios, não são relevantes para autorizar a tributação por presunção, por entender que estes fatos coincidentes não estão elencados como presunções legais.

Por estes fundamentos, requer a nulidade do auto de infração.

No mérito, no que se refere aos débitos dos exercícios de 2006 e 2007, em razão do desenquadramento do Regime do Simbahia para o Regime Normal, argui a improcedência da autuação com base no artigo 408-L, incisos II e IV, do RICMS/97, por entender que a autuação não indica quais foram as declarações inexatas ou falsas de que se utilizou a empresa.

Quanto à acusação de que a empresa é constituída com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários, esclarece que a empresa foi criada com apenas os dois filhos de Maria da Conceição Gomes Cardoso Valente, e desvinculada de outras empresas.

Repudia a existência de um grupo de empresa comandado por Maria da Conceição Gomes Cardoso Valente, e diz que toda a prova documental, as declarações de imposto de renda e as escritas fiscal e contábil, comprovam que a citada pessoa não é titular ou sócia da empresa autuada.

Salienta que a investigação fiscal pautou-se pelo ódio da ex-funcionária Selma Maria dos Santos Batista, que comprovadamente fraudou o recolhimento do ICMS da empresa, apossando-se dos valores alheios.

Ressalta que o estabelecimento matriz, no desenquadramento do Simbahia para o Regime Normal não foi autuado, diante da apuração, nos exercícios de 2004, 2005 e 2006, dos saldos credores nos valores de R\$10.992,02, R\$13.315,27 e R\$25.402,52, respectivamente, conforme Termo de Encerramento de Fiscalização lavrado em 28/09/2007.

Portanto, reafirma a nulidade da imputação de omissão de saída de mercadorias tributadas por meio de levantamentos de vendas com pagamento em cartão de crédito, pois tais operações não se referem ao estabelecimento autuado.

Ao final, requer a nulidade da autuação, ou caso contrário, se examinado o mérito, pede a improcedência do auto de infração.

Na informação fiscal à fls. 125 a 126, a autuante esclareceu e rebateu as razões defensivas dizendo que:

1. a inscrição estadual 68.853.300 e o CNPJ nº 06.253.802/0002-70 pertencem a empresa Cardoso Valente Comercial Ltda, a qual, solicitou baixa da inscrição, por encerramento de suas atividades comerciais, conforme pedido protocolado sob nº 217.297/2006-0.
2. dando cumprimento ao processo de baixa foi efetuada a fiscalização sendo constatado que a empresa efetuou vendas com cartão de débito/crédito cujos valores não foram registrados, nem efetuado o recolhimento do ICMS devido.
3. Conforme demonstrado às fls. 10 a 81, a inscrição estadual e o CNPF do movimento de vendas com cartão de débito/crédito é do estabelecimento autuado, e foram retirados do sistema da SEFAZ/BA.

4. O movimento apresentado pela fiscalização não se refere ao estabelecimento matriz, pois os dados existentes no banco de dados da SEFAZ apontam a inscrição estadual do estabelecimento que solicitou a baixa da inscrição, no caso, a de nº 68.853.300.
5. Foi citado à fl. 01 do processo que o dispositivo legal aplicável à infração, é o artigo 408-L, incisos II e IV.
6. A autuação não está baseada em presunção, mas sim, em fatos e provas materiais coletadas e analisadas, que comprovaram a irregularidade do enquadramento da empresa no Regime do Simbahia, conforme Relatório de Investigação Fiscal anexado às fls. 16 a 38.

Conclui pela procedência de seu procedimento fiscal.

Na fase de instrução foi verificado que o sujeito passivo em sua impugnação alegou que a conclusão fiscal é genérica e está baseada em meras presunções, deixando a entender que não recebeu cópia do Relatório de Investigação Fiscal que ensejou o desenquadramento do regime do Simbahia, com a exigência do imposto pelo regime normal.

Diante disso, na pauta suplementar do dia 07/10/2008, o processo foi baixado em diligência à Infaz de origem, para que fosse providenciada a assinatura das autoridades fiscais no Relatório de Investigação Fiscal às fls.82 a 104, e posteriormente fosse reaberto o prazo de defesa por 30 (trinta) dias, mediante a entrega do referido RIF e da informação fiscal às fls. 125 a 126.

Conforme intimação e AR dos Correios (fls.134 a 135), a Infaz Varejo cumpriu integralmente o despacho de diligência desta Junta, tendo o sujeito passivo, através de advogado legalmente constituído, se manifestado às fls.139 a 141, nos seguintes termos.

Ratificou todas as razões apresentadas na primeira defesa, e argüiu que as considerações do Relatório de Investigação Fiscal de fls.62 a 104, são genéricas e se baseiam em meras presunções *hominis*, por entender que se limita a pretender comprovar a denúncia da ex-empregada Selma Maria dos Santos Batista, que fraudou os recolhimentos do ICMS da empresa, cuja referida denúncia, segundo o patrono do autuado, não encontrou eco na Autoridade Policial nem no Ministério Público.

Aduz, ainda, que o auto de infração e o relatório de fiscalização, em que se baseia, parte do pressuposto de que uma empresária não pode ajudar a seus filhos abrirem um comércio próprio, cujas doações efetuadas são normais e foram comprovadas nas declarações do imposto de renda da mãe e dos filhos.

Conclui requerendo a nulidade ou a improcedência do auto de infração.

A autuante se manifesta dizendo que o autuado apenas ratificou a primeira defesa, e disse que nada tem a acrescentar à informação fiscal às fls. 125 a 126.

#### **VOTO**

Analizando, inicialmente, a preliminar de nulidade, a pretexto de cerceamento do direito à ampla defesa e ao devido processo legal, observo que a autuação fiscal está em conformidade com a legislação tributária, ou seja, os fatos descritos no Auto de Infração estão de acordo com o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14/03/1997, considerando as disposições contidas na Lei nº 7.014/96.

Quanto a alegação defensiva de que o desenquadramento está baseado em presunção, considerando que o processo não continha provas de que tivesse sido entregue ao autuado o Relatório de Investigação Fiscal (RIF) constante às fls.82 a 104, o processo foi baixado em diligência à Infaz de origem, para assinatura das autoridades fiscais no referido RIF, conforme despacho à fl. 129, sendo reaberto o prazo de defesa com a entrega do citado relatório, além da informação fiscal.

Consta às fls.134 a 135, Termo de Intimação e AR dos Correios, expedido pela Infaz Varejo comprovando a entrega ao autuado dos documentos às fls.82 a 194, 125 a 1126, e 129, com a reabertura do prazo de defesa, permitindo ao sujeito passivo exercer com plenitude a ampla defesa e contraditório.

Desta forma, o presente lançamento tributário encontra-se constituído de forma legítima, pois, o procedimento fiscal atendeu aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material e da garantia da ampla defesa.

Pelo que consta na descrição dos fatos, o débito apurado pela fiscalização é decorrente da perda do direito aos benefícios do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (Simbahia), tendo em vista que o estabelecimento autuado foi alvo de investigação fiscal, que concluiu que houve indícios de simulação na formação do quadro societário de diversas empresas, cujo relatório (fls.82 a 104), opina pelo desenquadramento do regime do SIMBAHIA para o regime Normal, com base no art.408-L, incisos II e IV, do RICMS/97.

O débito foi apurado pelos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, com a concessão do crédito presumido previsto no artigo 408-S, § 1º do RICMS/97, e do ICMS recolhido a título do SIMBAHIA e do ICMS antecipação tributária, tudo conforme levantamento e documentos às fls. 05 a 81.

Foi constatado que na intimação sobre a lavratura do auto de infração (fls. 108/109) não constava a entrega do Relatório TEF, mas tão-somente os documentos acima citados, pendência essa, que foi saneada, a pedido desta Junta, com a reabertura do prazo de defesa.

Ao se manifestar o autuado, além da argüição de nulidade da ação fiscal, acima rejeitada, reiterou que a conclusão fiscal é genérica e está baseada em meras presunções, pois o estabelecimento autuado é um depósito e que o CNPJ consignado no auto de infração está em desuso desde 2006.

Na análise das peças processuais, verifico que não existe erro nos dados do estabelecimento autuado, pois a documentação juntada ao processo pela fiscalização demonstra de forma inequívoca que todos os dados cadastrais correspondem com os que foram consignados à fl. 01, ou seja: nos “Relatório Diários Operações TEF” às fls. 11/81 consta a inscrição estadual nº 68.853.300, e na SEFAZ o CNPJ desta inscrição é 06.253.802/0002-70, idêntico ao que foi consignado no auto de infração, não existindo qualquer registro de que este CNPJ está em desuso desde 2006, e o autuado não comprovou que tivesse havido alteração contratual nesse sentido. Também não existe no cadastro fazendário registro de que o endereço se trata do depósito fechado da empresa, que não faz operação de compra e venda de mercadorias, cujo CNPJ termina em 0003-50.

Quanto a alegação de que o relatório de cartão de crédito refere-se à movimentação do estabelecimento matriz, os documentos comprovam o contrário, haja vista que neles constam que as operações foram efetuadas pelo estabelecimento com inscrição estadual idêntica ao do estabelecimento autuado.

Quanto ao desenquadramento do Regime do SIMBAHIA, alega cerceamento de defesa, dizendo que não foi indicado o dispositivo legal aplicável à infração sancionada com a multa, observo que a descrição dos fatos atende, de forma satisfatória, ao artigo 39, inciso III, do RPAF/99, pois faz referência ao Relatório de Investigação Fiscal que apurou irregularidades, relatório esse, que o autuado tem conhecimento, pois recebeu cópia da própria Infaz a pedido desta Junta.

No mérito, a infração no corpo do auto de infração foi descrita 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”, alusiva ao período de maio de 2006 a maio de 2007.

Verifico que, na data da autuação, o estabelecimento era uma empresa de pequeno porte, e a exigência fiscal decorre da perda do direito aos benefícios do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), tendo em vista que a empresa foi alvo do Relatório de Investigação Fiscal – Grupo Cold Air, expedido pela Inspetoria de Fiscalização de Varejo (fls.82 a 104), que concluiu que houve indícios de simulação na formação do quadro societário das empresas Cold Air Comercial Ltda; Eletronox Comercial Ltda; G. Cardoso Comercial Ltda; Cardoso Valente Comercial Ltda; e M & J Comércio de Confecções e Eletrônicos Ltda. Ainda que relatório não existisse, a constatação da infração descrita na inicial, por si só, autoriza a exigência fiscal pelo regime normal, mediante o cotejo entre as vendas informadas pelas administradoras de cartão de crédito com as vendas registradas na escrita fiscal.

Diante da conclusão constante no Relatório de Investigação Fiscal, o lançamento fiscal encontra amparo nos artigos abaixo:

Lei 7.357/98:

*“Art. 15. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS a empresa:*

*V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, a critério da autoridade competente.”*

**RICMS/97:**

*“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. 408-P. O contribuinte de que tratam os incisos II, III, IV, V e VI do artigo 408-L ficará sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).*

*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.”*

Portanto, pelo que se vê, para um contribuinte se enquadrar no Regime do SimBahia, instituído pela Lei nº 7.357, de 04/11/98, é necessário que ele atenda às condições e limites fixados na lei, uma vez que o tratamento diferenciado e simplificado dado pelo citado Regime é um benefício fiscal condicionado, sob pena de ser desenquadrado do Regime, a pedido ou de ofício, conforme o caso.

Esse desenquadramento será feito de ofício e com efeitos retroativos, quando, dentre outras hipóteses, for constatado que o contribuinte utilizou-se de interposição de pessoa, para efetuar a sua opção pelo Regime do SIMBAHIA (art. 22, IV, combinado com o art. 15, II e IV, tudo da Lei nº 7.357/98). Dessa forma, vê-se que o desenquadramento de ofício tem respaldo legal.

Pelas considerações acima alinhadas, o estabelecimento foi desenquadrado nos termos do inciso V, do art. 408-L do RICMS/97, que se refere ao fato de o autuado ter sido constituído com interposição de pessoa que não seja o efetivo sócio ou proprietário, comprovado por meio de farta documentação e provas anexados aos autos e relacionados na descrição dos fatos, fls. 02 a 05 do PAF, destacando-se o Relatório de Investigação Fiscal nº 2804 da SEFAZ/INFIP (fls. 24 a 39). Nessa situação, a legislação estabelece que o imposto deva ser exigido com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento, conforme art. 408-S, do RICMS/97.

A ação fiscal está baseada no citado Relatório de Investigação Fiscal, nos demonstrativos intitulados “Desenquadramento Cálculo do Saldo do ICMS”; “Icms a Recolher”; “Relatório de Informações TEF – Anual” e “Relatório Diário de Operações TEF”, às fls.05 a 104, cujo débito foi apurado pelos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, com a concessão do crédito presumido previsto no artigo 408-S, § 1º do RICMS/97.

Observo que de acordo com a descrição do fato no corpo do auto de infração, a acusação fiscal está fundamentada no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, e diz respeito a 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 ou administradora de cartão de crédito.

Quanto ao cálculo do débito, verifico que por se tratar de uma presunção legal de operações anteriores não levadas à tributação, no demonstrativo à fls. 05 a 07, foi deduzido indevidamente os valores correspondentes ao ICMS recolhido pelo regime do *SimBahia* e pela antecipação parcial.

Mantenho o lançamento, pois o autuado não apontou erros nos números utilizados na apuração da exigência fiscal, cuja adoção do regime normal se justifica plenamente pelos comentários acima alinhados, e pelo fato de o autuado não ter apresentado documentos capazes de elidir a conclusão fiscal. Represento a autoridade fazendária competente para determinar a instauração de procedimento fiscal complementar visando o lançamento das parcelas relativas ao ICMS recolhido pelo regime do *SimBahia* e pela antecipação parcial deduzidos indevidamente no levantamento fiscal.

Face ao 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 **110120.0104/07-1**, lavrado contra **CARDOSO VALENTE COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$72.041,90**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se a instauração de procedimento fiscal complementar conforme indicado no voto.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR