

PROCESSO - A. I. Nº 022211.0051/08-8
RECORRENTE - MÁRCIO SIMÕES TRINDADE (FEIRINHA DA ILHA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0067-01/09
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 06/05/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0114-12/10

EMENTA: ICMS. 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 legal de que o sujeito passivo efetuou operações de saídas de mercadorias tributadas sem o pagamento do imposto devido. Efetuada a apuração do imposto com base no critério previsto na Instrução Normativa 56/2007, o que reduziu o valor do débito. Infração parcialmente caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$ 19.619,39, em razão de falta de recolhimento do imposto decorrente de omissões de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2006.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a nulidade do Auto de Infração, alegando que os livros e documentos arrecadados no início da ação fiscal só lhe foram devolvidos quando já havia sido iniciada a contagem do prazo para interposição de defesa. No mérito, alegou que a diferença apurada pelo autuante decorreu de prestações de serviços veterinários, não tributados pelo ICMS. Questionou o cálculo do imposto pelo Regime Normal, uma vez que estava enquadrado no SimBahia. Destacou que o ICMS não foi apurado de acordo com a Instrução Normativa nº 56/2007, apesar de comercializar com mercadorias isentas, não tributadas e com o imposto cobrado por substituição tributária.

Na informação fiscal, referindo-se à preliminar de nulidade suscitada, o autuante explicou que a documentação fiscal por ele arrecadada ficou à disposição do contribuinte na INFAZ Santo Antônio de Jesus, sendo esse fato informado ao autuado quando da notificação do lançamento. No mérito, afirmou que o autuado não indicava nos cupons fiscais os meios de pagamentos utilizados e disse que não havia provas nos autos das alegadas prestações de serviços veterinários. Manteve a autuação integralmente.

O processo foi convertido em diligência à INFAZ Santo Antônio de Jesus, para que fosse: a) verificado se o autuado prestava serviços de veterinária e, caso positivo, excluídos da autuação os valores correspondentes; b) apurado o percentual das operações recorrente e, em seguida, refeito o cálculo do imposto segundo a lei; c) elaborado um novo demonstrativo de débito para o Auto de Inf

diligência, o autuante informou que o autuado, apesar de regularmente intimado por duas vezes, não apresentou a documentação necessária para o atendimento das solicitações.

Na Decisão recorrida, a preliminar de nulidade foi afastada sob o argumento de que, com as duas intimações realizadas pelo autuante para o atendimento da diligência solicitada pela 1ª JF, o autuado teve mais de cinquenta dias para o exercício do seu direito de defesa. No mérito, o Auto de Infração foi julgado procedente, pois considerou a primeira instância que a infração imputada ao autuado estava caracterizada e que os argumentos defensivos não restaram comprovados, mesmo com a realização de diligência.

Inconformado com a Decisão proferida pela 1ª JF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, sob a alegação de que o autuante só lhe devolveu a escrita fiscal da empresa no dia 03 de abril de 2008, quando já havia iniciado o prazo para interposição de defesa. Ressalta que, ao contrário do argumentado pelo relator da Decisão recorrida, o fato de ter sido a empresa intimada a apresentar comprovações referentes à diligência determinada pela 1ª JF não afasta essa preliminar de nulidade suscitada, pois a defesa está direcionada à impugnação, ao passo que a diligência se restringe a eventuais incorreções ou omissões. Destaca que atendeu às intimações realizadas com o objetivo de cumprir a diligência determinada pelo CONSEF. Cita dispositivos legais, discorre sobre princípios de direito tributário e transcreve doutrina.

No mérito, o recorrente alega que a exigência fiscal carece de motivação e é incoerente. Afirma que a diferença de receita apurada era referente a serviços prestados de veterinária, conforme demonstrado pelas cópias de recibos de prestações de serviços anexadas aos autos (fls. 192 a 224). Diz que, como os valores estão registrados na DME (fl. 175), é cabível a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória. Para embasar seus argumentos, o recorrente discorre sobre os elementos constitutivos do ato administrativo, bem como cita doutrina e jurisprudência.

Destaca que o imposto cobrado foi apurado segundo o Regime Normal, desconsiderando que o recorrente estava enquadrado no Regime do SimBahia. Aduz que, na condição de empresa enquadrada no Regime do SimBahia, deixou de apropriar-se de quaisquer créditos e, portanto, não pode ser tributada à alíquota de 17%. Após transcrever dispositivos do RICMS-BA, o recorrente diz que, em decorrência da revogação do SimBahia pelo SIMPLES NACIONAL, atualmente não há previsão legislativa para a apuração do imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, quando o contribuinte enquadrado no SIMBAHIA incorrer em infrações de natureza grave. Transcreve ementas de Acórdãos deste CONSEF, para corroborar seus argumentos.

Menciona que grande parte das mercadorias comercializadas sofre antecipação tributária e, portanto, o imposto deveria ser apurado conforme o percentual de mercadorias sujeitas à tributação, segundo o previsto na Instrução Normativa nº 56/2007. Transcreve dispositivos do RICMS-BA e ementas de Acórdãos deste CONSEF, bem como a Instrução Normativa nº 56/2007. Em seguida, passa a demonstrar a apuração do ICMS com base em dados constantes na DME de fl. 175.

Ao finalizar seu arrazoado, o recorrente solicita a decretação da nulidade do Auto de Infração ou da Decisão recorrida. Pede que, no mérito, seja o lançamento julgado procedente em parte.

Em 15/06/2009, o recorrente protocolou a petição de fl. 272, em que solicita a juntada aos autos dos seguintes documentos: “Cálculo da Proporcionalidade” (fl. 273); “Demonstrativo de Valores da Redução Z de Tributados, Substituídos e Isentos” (fls. 274 a 285) “Conferência de Lançamentos Entradas” (fls. 286 a 298); “Reduções Z” (fls. 299 a 357).

Ao exarar o Parecer de fl. 362, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que não há razão para a nulidade do lançamento, pois a alegada devolução de documentos de defesa não foi comprovada, apesar de a primeira instância ter prova e, em sede recursal, o contribuinte também não apresentou pr

No mérito, a ilustre procuradora explica que não houve exclusão do recorrente do Regime do SimBahia, mas sim o cálculo do imposto nos termos previstos na lei instituidora do regime simplificado, diante de cometimento de infração de natureza grave pelo contribuinte. Salienta que a alegação de que uma parte dos pagamentos era referente a serviços veterinários não restou comprovada. Considerando os documentos juntados em fase recursal, sugere a conversão do processo em diligência, para que auditor fiscal estranho ao feito os analise.

Após apreciação em pauta suplementar, decidiu a 2ª CJF que a diligência sugerida pela ilustre representante da PGE/PROFIS se mostrava desnecessária, pois os valores apurados pelo próprio recorrente e consignados no demonstrativo de fl. 273, corroborado pela DME à fl. 175, demonstravam quais os percentuais das operações tributáveis.

Em Parecer à fl. 363-V, a ilustre representante da PGE/PROFIS reitera os termos do Parecer anterior, ressaltando que a apuração do imposto deveria ser realizada em conformidade com a Instrução Normativa nº 56/2007.

VOTO

Trata o presente Recurso Voluntário da Decisão de primeira instância que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS em decorrência de omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido a irregularidade apurada mediante o confronto das vendas pagas com cartão de crédito e/ou débito com as registradas nos equipamentos emissores de cupons fiscais (ECF).

Em preliminar, o recorrente suscitou a nulidade do Auto de Infração e da Decisão recorrida, argumentando que só recebeu a documentação arrecadada no início da ação fiscal cinco dias após iniciado o prazo de defesa. Apesar de ter esse fato sido reconhecido pelo autuante na informação fiscal, considero que não há razão para a nulidade suscitada pelos seguintes motivos: o recorrente estava enquadrado no Regime do SimBahia e, portanto, dispensado de manter escrituração fiscal; na espécie de auditoria realizada não houve a utilização de dados coletados em livros fiscais, mas sim apenas foram confrontadas as “reduções Z” com os dados informados pelas administradoras de cartão de crédito; os documentos trazidos pelo recorrente na Defesa e no Recurso Voluntário comprovam que os dados necessários ao exercício do direito de defesa estavam em seu poder. Assim, entendo que não houve prejuízo para o recorrente e, portanto, nos termos do § 2º do artigo 18 do RPAF/99, não há razão para a decretação da nulidade Auto de Infração ou da Decisão recorrida.

No mérito, não acolho a alegação de que a diferença apurada na auditoria fiscal decorreu de prestações de serviços de veterinária, pois o recorrente não comprovou esse argumento, apesar da conversão do processo em diligência para tal comprovação fosse feita. Os documentos de fls. 192 a 224 não atestam o fato alegado pelo recorrente, haja vista que são apenas fotocópias dos boletos dos cartões de crédito acompanhados de declarações prestadas pelo supostos tomadores dos serviços. Essas declarações não são provas robustas o suficiente para elidir a infração, conforme acertadamente decidiu a primeira instância. Por falta de amparo legal, também não há como acatar o pedido para que seja apenas aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória tendo em vista que os valores tidos como omitidos estão declarados na DME.

Quanto à apuração do imposto segundo os critérios e as alíquotas previstas no Regime Normal, não há reparo a fazer na Decisão recorrida, pois a legislação pertinente às empresas cadastradas no Regime do SIMBAHIA expressamente determinava que, na constatação de prática de infração de natureza grave por contribuintes inscritos nesse Regime, como a que foi imputada ao recorrente, a empresa perde o direito à adoção do tratamento tributário simplificado em que consiste o Regime SIMBAHIA, devendo o imposto exigido ser calculado através dos critérios e alíquotas aplicáveis aos demais contribuintes que apuram pelo regime normal, conforme expresso nos dispositivos legais e regulamentares abaixo reproduzi

Lei nº 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-BA:

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."

Assim, a perda do tratamento tributário simplificado – aplicado, esclareça-se, aos fatos geradores ocorridos quando o recorrente estava inscrito no Regime do SimBahia – encontra amparo legal, ao contrário do defendido pelo recorrente.

Quanto à aplicação do critério previsto na Instrução Normativa nº 56/2007, o pleito recursal deve ser acolhido, uma vez que restou demonstrado que o recorrente comercializava com mercadorias isentas, não tributáveis ou com o imposto pago pelo regime de substituição tributária.

Aplicando-se os percentuais das operações de saídas tributáveis apuradas pelo próprio recorrente à fl. 273, corroborado pelo demonstrativo de fl. 274/285, observa-se que apenas nos meses de janeiro, outubro e dezembro o contribuinte efetuou operações isentas, não tributadas ou com o imposto pago pelo regime de substituição tributária, nos valores de, respectivamente, R\$ 17,00, R\$ 2,40 e R\$ 1,20. Dessa forma, as operações tributáveis, segundo o demonstrativo de fl. 273, elaborado pelo próprio recorrente, correspondem a 99,86%, 99,97% e 99,98%.

Em consequência, aplicando-se o previsto na Instrução Normativa nº 56/07, o ICMS devido nos meses de janeiro, outubro e dezembro passam de R\$ 2.816,88, R\$ 1.156,82 e R\$ 2.172,97 para R\$ 2.812,94, R\$ 1.156,47 e R\$ 2.172,54, respectivamente. Ao passo que o valor do Auto de Infração passa de R\$ 19.619,39 para R\$ 19.614,67, tudo conforme demonstrativo abaixo:

Data	BC	ICMS	Crédito 8%	ICMS (A.I.)	% Tribut.	ICMS (IN 56/07)
31/01/2006	31.298,70	5.320,78	2.503,90	2.816,88	99,86%	2.812,94
28/02/2006	27.166,24	4.618,26	2.173,30	2.444,96	100,00%	2.444,96
31/03/2006	18.764,60	3.189,98	1.501,17	1.688,81	100,00%	1.688,81
30/04/2006	19.455,70	3.307,47	1.556,46	1.751,01	100,00%	1.751,01
31/05/2006	11.567,55	1.966,48	925,40	1.041,08	100,00%	1.041,08
30/06/2006	12.479,25	2.121,47	998,34	1.123,13	100,00%	1.123,13
31/07/2006	11.042,80	1.877,28	883,42	993,85	100,00%	993,85
31/08/2006	14.030,50	2.385,19	1.122,44	1.262,75	100,00%	1.262,75
30/09/2006	15.247,20	2.592,02	1.219,78	1.372,25	100,00%	1.372,25
31/10/2006	12.853,55	2.185,10	1.028,28	1.156,82	99,97%	1.156,47
30/11/2006	19.943,15	3.390,34	1.595,45	1.794,88	100,00%	1.794,88
31/12/2006	24.144,15	4.104,51	1.931,53	2.172,97	99,98%	2.172,54
SOMATÓRIO				19.619,39		

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$ 19.614,67, conforme o demonstrativo acima.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **022211.0051/08-8**, lavrado contra **MÁRCIO SIMÕES TRINDADE (FEIRINHA DA ILHA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.614,67**, 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, 19 de abril de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS