

**PROCESSO** - A. I. Nº - 114155.0211/09-7  
**RECORRENTE** - BAURU PIZZARIA E RESTAURANTE LTDA  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0208-05/09  
**ORIGEM** - INFAZ VEREJO  
**INTERNET** - 07/07/2010

## 1ª CÂMERA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0177-11/10

**EMENTA:** ICMS. 1. 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. 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. Infração comprovada. 2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão prolatada pela 5ª JF, através do Acórdão nº 0208-05/09, lavrado em 18/02/2009, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, imputando as seguintes infrações:

1. 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, com ICMS devido no valor de R\$13.859,46.
2. multa no valor de R\$460,00, pelo extravio documentos fiscais, Notas Fiscais de Venda a Consumidor nºs 0201 a 0250 e 0751 a 800.

Reproduzindo o relatório contido na Decisão de primeiro grau, constata-se os seguintes argumentos trazidos pelo recorrente em sua peça defensiva quando da impugnação do lançamento:

*“Em relação à infração 1, observa que é MICROEMPRESA, estando isento de recolhimento de ICMS até a primeira faixa de enquadramento do SimBahia, R\$144.000,00 (cento e quarenta e quatro mil reais), reconhecendo como devido o valor de R\$ 1.744,43, conforme abaixo:*

Faturamento de Janeiro a Dezembro/2006 .....	- R\$ 158.125,91
Faturamento de Janeiro a Novembro/2006.....	- R\$ 138.743,38. (INFERIOR a R\$ 144.000,00)
Diferença a Tributar Dezembro/2006.....	R\$ 19.382,53.
ICMS A RECOLHER (19.382,53 X 17%).....	R\$ 3.295,03
(-) Crédito Presumido 8% (Simbahia).....	R\$ (1.550,60)
DIFERENÇA EFETIVAMENTE DEVIDA PELA EMPRESA.....	R\$ 1.744,43

*Aduz que, baseando-se nas informações acima extraídas do próprio levantar apenas no mês de Dezembro/2006, sobre o faturamento de R\$19.382,53, 1 Exercício de 2006 o valor de R\$1.744,03.*

*Quanto ao Exercício de 2007 o valor original de R\$524,91, deixa de existir, pois, ao iniciar-se novo exercício o faturamento anual zera-se, iniciando-se novo limite de faixa de faturamento, em que, conforme planilha fiscal, a empresa obteve apenas a receita do mês de Janeiro/2007 no valor total de R\$5.832,91, inferior ao limite de isenção previsto na legislação do SimBahia de R\$144.000,00 (cento e quarenta e quatro mil reais).*

*No tocante a infração 2, requer a este Conselho de Fazenda a anulação desta penalidade, baseado no art. 915, que diz que as multas poderão ser canceladas pelos órgãos julgadores, desde que fique comprovado que não houve dolo, má fé ou simulação pela empresa. Argumenta que seu pedido decorre do fato que este Auto de Infração origina-se de um Pedido de Baixa, e se for observado o prazo de conclusão de uma baixa prevista no RICMS, comparando-se a data do protocolo e a data da lavratura e conclusão, vemos que teve a inércia da SEFAZ no cumprimento de sua obrigação para o contribuinte, e ao ser intimado não conseguiu localizar em tempo hábil os talões faltantes, mas foi apresentado a sua maioria conforme documento anexo.*

*Ao finalizar, requer a procedência parcial da autuação. “*

O autuante, por seu turno, conforme consta do dito relatório, prestou os seguintes esclarecimentos às fls. 54 a 55:

*“(…) frisa que o autuado, em sua peça de defesa, aduz que na apuração das divergências nas vendas efetuadas por microempresa via Cartão de Débito e/ou crédito, deve ser observado o seu limite de isenção, ou seja, só haveria tributação sobre o valor excedente a R\$144.000,00 (Cento e quarenta e quatro mil reais). Seguindo esta linha de raciocínio, o valor do ICMS devido seria de R\$1.744,43 (Um mil, setecentos e quarenta e quatro reais e quarenta e três centavos) para o exercício de 2006 e inexistiria débito de ICMS com relação ao exercício de 2007. Ocorre, que o pleito do autuado, embora pareça racional e lógico, não tem previsão legal, visto que o ilícito por ela praticado consta do artigo 2º, § 3º inciso VI do RICMS/Ba vigente, que prevê para a exigência do imposto correspondente a comparação entre o valor informado pelas administradoras de cartões de crédito e débito e o valor informado pela empresa, no caso em tela, via D.M.E, com a concessão de um crédito de 8% (oito por cento), por se tratar de empresas optante pelo SimBahia.*

*Assevera que a exigência fiscal objeto da infração 1, foi feita com a irrestrita observância destas normas, nos termos dos anexos I e II acostados ao presente PAF e cujas cópias reprográficas foram entregues ao contribuinte, razão pela qual deva ter mantida a sua procedência.*

*Com relação à infração 2, diz que a empresa nada apresenta de novo que possa elidir a exigência fiscal, limitando-se a citar que “houve atraso da Secretaria da Fazenda, quanto a operacionalização do Processo de Baixa e que não conseguiu localizar os talões faltantes em tempo hábil”. Todavia, observa que é obrigação da empresa, conforme Artigo 168 § 2º do RICMS/BA vigente, apresentar os documentos fiscais não utilizados à INFAZ de sua jurisdição quando da solicitação de Baixa de Inscrição, o que não foi feito, bem como conservar os demais documentos em seu poder pelo prazo decadencial.*

*Como nada disto ocorreu, e a empresa instada a apresentar os referidos documentos fiscais, em 29-12-2008, deixou de fazê-lo, configura-se, assim o extravio dos mesmos, razão pela qual aplicou a multa fixa prevista na legislação tributária, e que deve ser mantida.*

*Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.*

Através do Acórdão guerreado, decidiu a 5ª JJF nestes termos :

*“Na infração 1 é imputado ao autuado a falta recolhimento do 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.*

*Observe 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, da Lei nº 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 pelo contribuinte a prova da improcedência da presunção.”*

*Em sua defesa o autuado não apontou qualquer erro nos números apurados nos demonstrativos que embasaram a infração, tendo apenas discordado da forma de apuração do imposto devido, entendendo que deveria ser pelo Regime do SimBahia.*

*O argumento do sujeito passivo não pode ser acolhido, pois, embora o estabelecimento estivesse inscrito no SimBahia, 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, de acordo com o artigo 15, inciso V da Lei nº 7.357/98, artigos 408-L, inciso V, do RICMS/97, combinado com os artigos 408-P e 408-S do mesmo regulamento, in verbis:*

*“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/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, não resta dúvida de que o procedimento do auditor para apurar o ICMS devido foi correto. Logo, entendo que a infração 1 restou caracterizada.*

*Na infração 2 é aplicada multa pelo extravio de notas fiscais, fato não contestado pela defesa. Entretanto, o sujeito passivo alegou que esse fato decorreu da demora da SEFAZ em analisar seu processo de Baixa de Inscrição Estadual e requereu o cancelamento da multa aplicada.*

*O argumento defensivo não é capaz de elidir a imputação, uma vez que, com bem ressaltou o autuante na informação fiscal, observa que é obrigação da empresa, conforme Artigo 168 § 2º do RICMS/BA vigente, apresentar os documentos fiscais não utilizados à INFAP de sua jurisdição quando da solicitação de Baixa de Inscrição, o que não foi feito, bem como conservar os demais documentos em seu poder pelo prazo decadencial.*

*Quanto ao pedido de isenção da multa, também não acato, pois o art.158, do RPAF/99, trata das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Câmaras e Juntas de Julgamento Fiscal do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte, uma vez que na infração 01 foi constatado a falta de recolhimento do ICMS, decorrente da falta de emissão de documentos fiscais. Assim entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.*

*Assim, entendo que a infração 2 restou caracterizada.*

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

*Houve súplica recursal às fls. 71/74, que reproduz os mesmos fundamentos invocados na impugnação, no que tange à infração 1, e em relação à infração 2, requer o cancelamento da multa apelando pela equidade prevista no art. 159 (*

*A d. PGE/PROFIS, proferiu o opinativo de fls. 80/83, posicionando-se*

*“ (...) A Lei do ICMS é clara e a presunção legal de omissão de saídas persiste enquanto o contribuinte não lograr elidi-la mediante a produção de prova que lhe cabe, mas que não foi trazida aos autos pelo recorrente.*

*O processo administrativo fiscal assegura ao sujeito passivo tributário o direito à impugnação ao lançamento em sede administrativa, possibilitando a realização de qualquer prova em direito admitido, mormente documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações.*

*Em verdade, o fulcro do Recurso apresentado pelo contribuinte quanto a este item da autuação, reside no seu pedido para comprovação da situação de enquadramento no SIMBAHIA do autuado, asseverando que não foram observados os requisitos legais para o desenquadramento.*

*Ocorre que a infração praticada pelo autuado autoriza a apuração do imposto pelo regime normal, concedido o crédito de 8%. Não se trata, portanto, de desenquadramento, mas sim a infração, por ter natureza grave, autoriza a apuração pelo regime normal, daí porque não há que se falar em ofício da INFRAZ, intimação, nem exclusão do SIMBAHIA.*

*No tocante ao item 02 do Auto de Infração o recorrente pleiteia a redução/cancelamento da multa ao apelo da equidade.*

*De pronto observamos que o apelo à equidade, disciplinado pelo art. 159, do RPAF, não se aplica ao caso vertente, pois dirige-se apenas às multas por descumprimento de obrigação principal, que não é a hipótese do item 02.*

*Para as multas aplicadas em face de descumprimento de obrigação acessória, prevê o art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, nos seguintes termos:*

*“ Art. 42 - § 7º- As multas por descumprimento de obrigação acessória poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não implique falta de recolhimento do imposto “.*

*A competência assim atribuída pela lei é discricionária, ou seja, poderá ser exercida, ou não, pelo CONSEF, segundo o juízo de conveniência e oportunidade que fará, à vista das circunstâncias do caso concreto. Compreende-se, destarte, que a Procuradoria Geral do Estado não pode opinar sobre a pretensão de cancelamento ou redução da multa aplicada, sob pena de usurpar a competência atribuída pela lei ao CONSEF, com exclusividade.*

*Noutro discurso, à Procuradoria Geral do Estado, na condição de guardião da legalidade dos atos administrativos, caberá apenas verificar o atendimento dos requisitos legalmente impostos à prática do ato, limitadores do exercício da competência discricionária.*

*Nesse mister, compulsamos os autos e observamos a inexistência de indícios de que o autuado tenha agido com dolo, fraude ou simulação.*

*Inobstante, não há comprovação nos autos da inexistência de indício de que o descumprimento da obrigação acessória em questão não tenha resultado em falta de recolhimento do imposto devido.*

*Isto porque a e. JJF atesta que na infração 01 foi constatado a falta de recolhimento do ICMS, decorrente da falta de emissão de documentos fiscais.*

*Importante esclarecer que, a teor do art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, não é a existência de qualquer débito tributário que logra desautorizar a redução ou cancelamento de multa, mas apenas a existência daqueles que sejam diretamente relacionados, num liame de causa e efeito, à infração cuja multa se pretende cancelar ou reduzir.*

*Assim, há que se perquirir se o extravio dos documentos fiscais efetivamente implicou na falta de recolhimento de imposto.*

*Nesse sentido, os argumentos do recorrente não são suficientes para infirmar o ato de infração em apreço, pelo que , opinamos pelo conhecimento e improvemento do Recurso voluntário interposto. “*

## VOTO

A Decisão hostilizada merece ser mantida, como bem pontuou a d. PGE/PROFIS nos termos do Parecer supra transcrito.

É que, efetivamente, o autuante apurou que o sujeito passivo deixou de recolher o ICMS, o que foi pertinente presumido ante a ausência de emissão de documento se o volume de operações por ele declaradas com aquelas informadas pelas administradoras de cartão de crédito e débito.

O recorrente, a seu turno, no seu apelo, embora tenha afirmado que contestava os valores apurados pelo autuante, sob o entendimento de que, por enquadrar-se no Regime Fiscal do SimBahia, obedeceu aos limites de faixa de enquadramento, aplicando os percentuais de incidência dentro desta modalidade, não produziu prova elisiva, a configurar a presunção de omissão de saída de mercadoria com cartão de crédito/débito, restringindo-se ainda a alegar que inexistia no PAF qualquer documento que revele o procedimento de desenquadramento de ofício, e que não há qualquer despacho, ofício ou outro documento hábil, relativamente ao desenquadramento ou à perda do direito ao Regime do SimBahia, e que, por isso, o imposto deve ser apurado por este regime e não pelo normal.

Ora, como bem ressaltado no acórdão referido e no Parecer da Procuradoria, houve a bem da verdade irregularidades fiscais, não tendo sido elidida, pelo contribuinte, a presunção de omissão de saída de mercadorias, observando-se que, nem mesmo quando do Recurso Voluntário, não realizou prova de que essa presunção legal não correspondia à realidade, restringindo-se a alegar que tal desenquadramento deve ser declarado nulo por desrespeito aos requisitos legais para tanto.

Como visto, a infração praticada pelo recorrente resta configurada a autorizar a apuração do ICMS pelo regime normal, concedido o crédito de 8%, não se tratando, como bem pontuou a PGE/PROFIS, de desenquadramento, mas sim de cometimento de infração de natureza grave, a ensejar tal apuração como feita pelo autuante.

No que tange aos argumentos defensivos pleiteando a redução/cancelamento da multa por força da equidade – art. 159 do RPAF, não tem campo de aplicação no caso em exame, eis que não se trata de transgressão de obrigação principal, mas sim acessória, além do que, conquanto não tenha havido dolo, fraude ou simulação, o fato é que houve o extravio de documentação fiscal, comprovando-se, ainda, o não recolhimento do tributo estadual, não rendendo, por conseguinte, ensejo a aplicação, por este CONSEF, da redução ou cancelamento da multa, consoante o permissivo legal - art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96.

Comungo, destarte, do entendimento da Primeira Instância julgadora, corroborado pela d. Procuradoria, para manter a Decisão recorrida, pela procedência do Auto de Infração.

Do exposto, concluo pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **114155.0211/09-7**, lavrado contra **BAURU PIZZARIA E RESTAURANTE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.859,46**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no inciso XIX do mesmo artigo e lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de junho de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA