

A. I. Nº - 206769.0015/10-2
AUTUADO - THDOIS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - TIRZAH FAHEL VILAS BOAS AZEVEDO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 27.12.2010

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0412-04/10

EMENTA: ICMS. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Legalmente presume-se ocorrida operação tributável sem pagamento do imposto quando os valores de vendas forem inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que não ocorreu. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado, em 30/06/10, para exigir ICMS no valor de R\$ 5.789,82, em decorrência da constatação de omissão de saída de mercadoria tributada 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, relativo aos meses de janeiro a junho/2007, conforme planilhas às fls. 05 a 14 dos autos.

O contribuinte, através de seu patrono legalmente constituído, ingressou com defesa tempestiva, às fls. 29 a 32 dos autos, onde salienta que a fiscalização observou regularmente a Instrução Normativa nº 56/2007, que determina a adoção de proporcionalidade. Assim, excluídas as mercadorias cuja fase de tributação já se encontrava encerrada, apurou-se a regular base de cálculo, mas olvidou que durante todo o período fiscalizado a empresa era SIMBAHIA.

Pontua que o autuado teve o cuidado de elaborar planilha que contém campos específicos, separando, mês a mês, o “faturamento” que coincide com o identificado pela fiscalização – podendo-se observar que, ao invés da alíquota lançada de 17%, o seu regime de tributação era classificado por “faixas”, tendo sido recolhido o ICMS exatamente nos valores previstos para a base de cálculo que foi identificada.

Assim, aduz o autuado que o ponto que merece reparo é a questão da alíquota de 17% aplicada indistintamente sobre a base de cálculo de todo o período autuado, o qual estava sujeito ao regime especial previsto no art. 504 do RICMS, uma vez que em se tratando de um restaurante e apurando o imposto com base em sua receita bruta, estava obrigado a recolher o ICMS com base na faixa de faturamento pela “alíquota” que era de 4%.

Salienta o defensor que, pretendida a aplicação da alíquota de 17%, exigida no Auto de Infração, deveria a fiscalização comprovar, antes, o descumprimento do regime simplificado ou mesmo a ausência de regular opção do contribuinte.

Registra que, no período fiscalizado, o valor do ICMS recolhido foi de R\$ 270,00, por mês, conforme planilha à fl. 36, e assim se procedeu em estrita observância aos valores definidos pela antiga legislação do SIMBAHIA, que previa valores para cada faixa de faturamento, tendo tal questão sido completamente desconsiderada na autuação.

Diante do exposto, requer que o Auto de Infração seja julgado nulo

A autuante, ao prestar a informação fiscal, às fls. 40 a 51 dos autos, esclarece que em momento nenhum olvidou que durante todo o período fiscalizado a empresa autuada era SIMBAHIA, regime que consistia no tratamento diferenciado às microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, que desejassem adotá-lo, cuja adoção ao regime era facultativa, do que tece comentários sobre o aludido regime.

Em seguida, aduz a autuante que, através do comparativo entre “Levantamento das Notas Fiscais relativas a vendas emitidas nos meses de janeiro a junho de 2007” e o relatório Diário de Operações TEF, se pode comprovar que a empresa deixou de emitir os documentos fiscais na saída de mercadorias, omitindo receita no período fiscalizado, uma vez que no levantamento das notas fiscais foi apurado um faturamento de R\$ 8.531,37 e, em contrapartida, o relatório das Administradoras traz um montante de vendas de R\$ 120.577,86, valor extraordinariamente superior ao faturamento obtido do somatório das notas fiscais.

Observa, ainda, que do total de R\$ 8.531,37, apurado no levantamento de notas fiscais, apenas R\$ 3.611,82 tiveram correspondência, em data e valor, com as operações constantes no Relatório Diário Operações TEF, informadas pelas Administradoras e/ou Instituições Financeiras, cujo montante foi considerado durante o cotejo.

Salienta que, no caso em questão, a omissão de receita foi admitida pelo próprio contribuinte, às fls. 30 e 31, quando informa que “...teve o cuidado de elaborar...planilha”, que contém campos específicos separando, mês a mês, o “*faturamento*” – *que coincide com o identificado pela fiscalização...*”, e à fl. 36, quando especifica o faturamento mensal do período fiscalizado, em ambas as planilhas apresentadas.

Aduz a autuante que, se o contribuinte infringiu a norma legal, ele não tem direito ao benefício do Regime SIMBAHIA, pois no momento em que omite receita, perde o direito a qualquer benefício, uma vez que, se aplica as disposições regulamentares do contribuinte normal. Assim, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, devendo ser utilizado um crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, de acordo com o art. 408-S, § 1º combinado com o art. 408-L, inciso V, dispositivos vigentes à época.

Destaca que, o que está sendo cobrado como normal é o imposto decorrente da receita omitida, valor sonogado, visto que, neste caso de receita omitida, não tem direito a nenhum benefício, uma vez que só se concede benefício, quando a empresa cumpre regularmente com as suas obrigações tributárias. Se houve infração à legislação, sonegação, o autuado não pode se valer desse benefício em relação à receita omitida.

Aduz, também, que não procede a alegação de que “... estava sujeita ao regime especial previsto no art. 504 do RICMS...”, porque no período fiscalizado, o contribuinte era SIMBAHIA, e não fazia jus a este artigo. Registra que, só o contribuinte normal pode optar pelo pagamento do ICMS mediante o regime de apuração em função da receita bruta.

Por fim, entende a autuante que o Auto de Infração deve ser julgado procedente.

VOTO

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o ICMS, no montante de R\$ 5.789,82, relativo à presunção legal de ocorrência de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, 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, inerente ao período de janeiro a junho/2007, conforme prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, conforme foi apurado pelo preposto fiscal às fls. 05 a 14 do PAF.

Requer o defensor que, para cálculo do imposto apurado, cuja inclusive com a aplicação da proporcionalidade prevista na Instruç

da alíquota lançada de 17%, se adote o mesmo tratamento previsto, à época, aos contribuintes optantes do Regime SIMBAHIA. Em seguida, contraditoriamente, aduz que estava sujeito ao regime especial previsto no art. 504 do RICMS, uma vez que em se tratando de um restaurante e apurando o imposto com base em sua receita bruta, estava obrigado a recolher o ICMS com base na faixa de faturamento pela “alíquota” que era de 4%, do que pede que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

Preliminarmente, rejeito o pedido de nulidade argüido pelo defendente, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte.

Conforme bem ressaltou a autuante em sua informação fiscal, por se tratar, à época, de um contribuinte optante do Regime SIMBAHIA, conforme assevera o próprio defendente e se comprova através de seus documentos fiscais às fls. 19 a 24 dos autos, seria incompatível a simultânea opção ao regime de apuração em função da receita bruta, previsto no art. 504 do RICMS/BA, facultado aos restaurantes e similares enquadrados no Regime Normal de Apuração do ICMS que formalizaram a sua opção, mediante solicitação de alteração cadastral.

Assim, comprovada a sua condição, à época, de contribuinte optante do Regime SIMBAHIA, a exigência do imposto, no caso concreto, era prevista no art. 15, V, da Lei nº. 7.357/98, com redação dada pela Lei nº. 7.556/02, que estabelecia que, quando o contribuinte inscrito no SIMBAHIA incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento a critério da autoridade competente, perde os benefícios fiscais do tratamento tributário previstos no Regime Simplificado de Apuração do ICMS.

Nesta condição, o contribuinte se sujeita ao pagamento do ICMS segundo as regras *aplicáveis ao regime normal*, nos termos do art. 408-L, V, do RICMS, vigente à época dos fatos, relativo às operações de vendas realizadas por meio de cartão de crédito/débito, não oferecidas à tributação, proporcionais às operações tributadas, concedendo-lhe o crédito presumido de 8%, previsto no § 1º do art. 408-S do RICMS, conforme procedeu o preposto fiscal, inclusive vinculando documentos fiscais correspondentes àquelas operações consignadas nos Relatórios TEF, fatos estes reconhecidos pelo próprio autuado em suas razões de defesa.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, pois as planilhas de fls. 5 a 14 dos autos se encontram de acordo com o que dispõe a legislação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206769.0015/10-2**, lavrado contra **THDOIS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 5.789,82**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FERNANDO A BRITO DEARAUJO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR