

**PROCESSO** - A. I. Nº 118973.0015/08-8  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - FLORENÇA JÓIAS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0171-02/10  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 04/07/2011

### **1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO CJF Nº 0151-11/11**

**EMENTA:** ICMS. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Demonstrada a existência de diferença entre os valores das vendas declaradas pelo contribuinte e aqueles informados pelas financeiras e administradoras de cartões. Acolhida parte da arguição de defesa relativa ao mérito e nulidade de parte do valor reclamado, reduzindo o valor exigido, permanecendo as operações mercantis omitidas. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O presente processo foi encaminhado para esta CJF, na forma de Recurso de Ofício, visando ao exame da Decisão exarada pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, consoante Acórdão nº 0171-02/10, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 118973.0015/08-8, lavrado em 29/05/2008, reclamando a cobrança do ICMS, no valor de R\$47.599,01, com aplicação da multa de 70%, decorrente da omissão de saídas de mercadorias apurada através do levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito, finalizado em valor inferior àquele informado por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito.

O autuado apresentou defesa (fls. 148 a 160), sustentando possuir o Auto de Infração vícios insanáveis, como a incompetência do auditor fiscal autuante, vinculado à Fazenda Pública Estadual, para efetuar lançamento fiscal de contribuinte que aderiu ao Simples Nacional, o qual é administrado e exigido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Assegurou que o autuante cometeu, ainda, alguns equívocos ao definir a base de cálculo sobre a qual fez incidir a alíquota de 17% (dezessete por cento), os quais, por si sós, se apresentam suficientes para elidir o lançamento efetuado contra a Impugnante.

Disse ter o autuante deixado de aplicar o índice de proporcionalidade para efeito de tributação, além de desconsiderar o defeito técnico apresentado no equipamento emissor de cupom fiscal, o qual impossibilitava a sua utilização, sendo a obrigação substituída pela emissão manual de nota fiscal de venda a consumidor, conduta que deveria ter sido considerada pela autoridade fiscal ao determinar a base de cálculo, conforme o Demonstrativo de Notas Fiscais acompanhados de cópia das mesmas, vinculando a data de emissão à da operação identificada na Relação TEF (igual), bem como coincidindo o valor individualizado indicado pela administradora de cartão de crédito/débito.

Argumentou que o autuado é empresa de pequeno porte e aderiu, no dia 01 de julho de 2007, ao Simples Nacional (DOC. 02 – comprovante de inscrição), regime tributário criado pela Lei Complementar nº 123/06, a qual conferiu tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte.

Assim, afirmou que o Auto de Infração, no período em que já havia aderido ao Simples Nacional, é nulo, por padecer de erro insanável referente à competência da autoridade autuante,

razão pela qual suscitou a nulidade parcial do Auto de Infração no tocante aos meses de julho a dezembro de 2007.

A par disso, arguiu não caber à fiscalização considerar apenas a Redução Z no momento de apuração da base de cálculo, observando que nas planilhas de apuração mensal acostadas ao feito não constam quaisquer valores apurados em Notas Fiscais referentes às vendas efetuadas por meio de cartão de crédito/débito.

Apresentou um demonstrativo onde se encontram consignados os valores das Notas Fiscais de Vendas a Consumidor emitidas mês a mês, referentes aos exercícios de 2006 e 2007, e correspondentes às saídas cujos pagamentos foram efetuados com cartão de crédito/débito (doc. 3).

Em seguida, aduziu a necessidade de serem considerados os valores das saídas de mercadorias a título de vendas prestadas nas informações enviadas à SEFAZ pela Impugnante (2006 – R\$197.503,74 e 2007 – R\$229.161,60).

Pediu ao autuante que reconhecesse os seus equívocos em relação à base de cálculo dos meses de janeiro de 2006 a dezembro de 2007, assim, confirmando, na informação fiscal, a certeza do levantamento preparado pela impugnante de referência ao valor total das notas fiscais emitidas mês a mês, em respeito ao princípio da apuração da verdade material.

Observou que o índice de proporcionalidade foi apurado pelo Auditor Fiscal, contudo não foi utilizado na determinação da base de cálculo, decorrendo, como corolário lógico, que o Estado da Bahia estaria fazendo incidir ICMS sobre quantia não tributável.

Requeru o acatamento da aplicação do Índice de Proporcionalidade sobre a base de cálculo eventualmente existente após as deduções, cuja procedência foi tratada nos tópicos anteriores.

De sua parte, o autuante, às fls. 207 a 209, apresentou a informação fiscal de praxe, asseverando que, quanto aos vícios no procedimento da fiscalização, o autuado alegava serem suficientes para a procedência parcial, portanto, reconhecendo parte da exigência.

Sustentou que os valores apresentados nos DMA e DME, exercícios de 2006 e 2007, quanto às vendas realizadas, são menores do que o faturamento da empresa administradora de cartões, através do TEF, assegurando ter aplicado os índices de proporcionalidades de 82,6% em 2006 e 94,41% em 2007.

Foi apresentado novo demonstrativo de débito, tendo em vista as notas fiscais juntadas pelo autuante, totalizando a exigência, para 2006, em R\$15.724,84 e, para 2007, em R\$14.141,89, sendo o demonstrativo de débito de 2007 refeito sem os meses de julho a dezembro de 2007.

Em conclusão, em face da redução do débito, conforme demonstrativo apresentado, pediu a procedência em parte do Auto de Infração.

Intimado, o sujeito passivo, voltou a se manifestar às folhas 221/222, confirmando que a autuação incidiu em equívocos na avaliação da documentação fiscal, na interpretação das informações constantes dos dados cadastrais do contribuinte, como também incorreu em erros no demonstrativo de apuração mensal do ICMS devido, resultando em levantamento injustificado de débito de imposto.

Assegurou que os novos demonstrativos juntados pelo autuante ainda apresentavam erros de cálculo, embora tenha informado que deduziu as notas fiscais de vendas a consumidor, sendo que, do exercício de 2007, foram excluídos os meses de julho a dezembro e aplicados os índices de proporcionalidade em 2006(82,6%) e 2007(94,1%).

Afirmou que ao ser considerado, efetivamente, o índice de proporcionalidade admitido pela fiscalização, o valor do imposto dito devido seria de R\$12.988,72 (2006) e R\$13.423,34 (2007), com base nos ANEXOS I e II, que integravam aquela manifestação.

Assinalou que, em obediência ao princípio da celeridade, requeria que o processo fosse julgado no estado que se encontrava, considerando a impugnação e a presente manifestação

acompanhada da reconstituição dos demonstrativos de apuração mensal (ANEXOS I e II), para decretar a procedência parcial do Auto de Infração.

Às fls. 230, a 2ª JJF converteu o processo em diligência para ASTEC, visando às seguintes providências:

1. refazimento das planilhas comparativas de vendas por meio de cartão de crédito/débito, constantes das fls. 19 e 26, considerando: a) para efeito de dedução do imposto devido, apenas as notas fiscais D-1, que guardassem identidade de valor e data em relação às operações individualizadas do relatório TEF; b) a aplicação do percentual de proporcionalidade apurado pelo autuante; e c) a concessão do percentual de 8% previsto em lei, a título de crédito fiscal;
2. efetuados os ajustes solicitados, fosse elaborado um novo demonstrativo de débito do Auto de Infração.

Atendendo ao quanto solicitado, a ASTEC/CONSEF, às fls. 233 e 234, apresentou o Parecer 029/2010, aduzindo que efetuou os novos demonstrativos do ICMS devido, concedendo as deduções nos meses de junho a agosto de 2006, correspondentes às saídas comprovadas das notas fiscais D-1, com vendas através de cartões de crédito/débitos e, em seguida, aplicando o índice de proporcionalidade de 82,6% e, ainda, o crédito presumido de 8%, resultando na redução do valor original de R\$16.491,54, para R\$6.876,38.

Assegurou que, aplicando os mesmos critérios acima, para o exercício de 2007, com as deduções das notas fiscais e a proporcionalidade de 94,1% e crédito presumido de 8%, passou o valor originalmente reclamado de R\$31.107,27 para R\$12.890,20.

Assim, foram apresentados os demonstrativos de cálculo do imposto devido, às fls. 235 e 236, totalizando o valor exigido de R\$6.876,38 para 2006 e de R\$12.890,20, para 2007.

O contribuinte voltou a se manifestar, às fls. 254/256, afirmando que, com a diligência, foram corrigidos, em parte, os equívocos constantes na lavratura do Auto de Infração, restando, ainda, a exclusão da exigência dos valores constantes do período em que o autuado estava enquadrado no Simples Nacional, ou seja, de julho a dezembro de 2007, e, se, eventualmente, fosse mantida a exigência nesse período, que se aplicasse a alíquota de 2,56%.

Por meio do Acórdão JJF Nº. 0171-02/10, o Auto de Infração foi julgado Procedente Em Parte, tendo o Relator, em seu voto, inicialmente analisado a preliminar de nulidade suscitada, relativa ao período em que o contribuinte passou a ser optante pelo Simples Nacional – Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte –, relativo à exigência que abrangeria de julho a dezembro de 2007, aduzindo que, de acordo com as informações constantes no INC – Informações do Contribuinte da SEFAZ, efetivamente, o autuado estava enquadrado no Simples Nacional, no período aludido, porém, naquela ocasião, ainda não havia sido decidida como seria feita a fiscalização das micro e pequenas empresas optantes pelo regime, no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, portanto, enquanto se aguardava essa definição, desconhecida era a competência para fiscalizar e lançar de ofício os valores devidos.

Citou e transcreveu parte do art. 386 do RICMS, onde se encontram especificados os fatos que, embora sujeitos ao recolhimento do chamado Simples Nacional, também se sujeitavam à incidência do ICMS, para concluir que acolhia o argumento do autuado de nulidade do Auto de Infração relativo ao período entre julho e dezembro de 2007, tendo em vista a inadequação do procedimento fiscal à legislação material que regulava o tributo em questão.

Destacou, ainda, que, quanto aos demais períodos, o impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os argumentos e provas que entendia necessários, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual, tendo a diligência afastado as arguições relativas à proporcionalidade, base de cálculo, exclusão de notas fiscais D-1, que, na verdade, seriam inerentes à análise do mérito, as quais seriam enfrentadas em momento oportuno.

Asseverou que o Auto de Infração estava amparado no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, o qual dispõe sobre a presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil, dividindo-se as presunções em absolutas, que não admitem prova contrária, e relativas, consideradas verdadeiras até prova adversa, versando o caso concreto de presunção legal relativa, cabendo ao impugnante o ônus da prova, na linha de carrear aos autos os elementos capazes de se opor aos fatos presumidos.

Em seguida, a JJF passou a avaliar os argumentos de mérito, observando ter o autuado pedido a improcedência da infração em face da ausência de abatimento das notas fiscais de vendas a consumidor emitidas pela impugnante, bem como a declaração da improcedência da infração pela ausência de aplicação do índice de proporcionalidade indicado na planilha que amparou a autuação.

No específico, a JJF decidiu pela procedência em parte do Auto de Infração, sob a seguinte fundamentação:

*“Observando a solicitação dessa Junta de Julgamento, A ASTEC/CONSEF, através de Parecer, insere as notas fiscais D-1, que guardam identidade de valor e data em relação às operações individualizadas do relatório TEF, aplica a proporcionalidade apurada e requerida pelo autuado, observando os percentuais de 82,6% de tributadas em 2006 e 94,71% para 2007, contemplando os créditos de 8%, tendo em vista que, no período, o autuado se encontrava enquadrada no SimBahia, em consonância com a Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98.*

*O autuado concorda com os ajustes efetuados pelo diligente, ressaltando, apenas, a necessidade de exclusão dos valores, relativos ao período de julho a dezembro de 2007, em que o autuado se encontrava enquadrado no Simples Nacional, restaria excluir os valores de 1.302,99, 1.744,75, 1.486,05, 986,00, 896,27 e 1.244,14, respectivamente relativos aos meses de julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2007.*

*Verifico que estão corretos os ajustes efetuados pelo diligente, cabendo, contudo, a exclusão dos valores relativos ao período em que o autuado estava enquadrada no Simples Nacional, conforme já decidido nas preliminares de nulidade.*

*Segue demonstrativo de débito contemplando os ajustes efetuados pelo diligente, bem como a exclusão dos valores em que o autuado se encontrava enquadrado no Simples Nacional.*

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	B.Cálculo	Aliquit.	Multa	Val. Histórico /Julgado (R\$)
05.08.01	1	1/3/2006	9/4/2006	719,35	17%	70%	122,29
05.08.01	1	1/4/2006	9/5/2006	1.287,53	17%	70%	218,88
05.08.01	1	1/5/2006	9/6/2006	1.640,88	17%	70%	278,95
05.08.01	1	1/6/2006	9/7/2006	4.188,24	17%	70%	712,00
05.08.01	1	1/7/2006	9/8/2006	5.188,29	17%	70%	882,01
05.08.01	1	1/8/2006	9/9/2006	3.722,65	17%	70%	632,85
05.08.01	1	1/9/2006	9/10/2006	4.996,88	17%	70%	849,47
05.08.01	1	1/10/2006	9/11/2006	4.435,88	17%	70%	754,10
05.08.01	1	1/11/2006	9/12/2006	2.949,71	17%	70%	501,45
05.08.01	1	1/12/2006	9/1/2007	11.319,94	17%	70%	1.924,39
Total exercício de 2006							6.876,39
05.08.01	1	9/1/2007	9/2/2007	6.080,53	17%	70%	1.033,69
05.08.01	1	9/2/2007	9/3/2007	4.937,71	17%	70%	839,41
05.08.01	1	9/3/2007	9/4/2007	10.266,53	17%	70%	1.745,31
05.08.01	1	9/4/2007	9/5/2007	6.225,06	17%	70%	1.058,26
05.08.01	1	9/5/2007	9/6/2007	5.200,12	17%	70%	884,02
05.08.01	1	9/6/2007	9/7/2007	9.072,94	17%	70%	1.542,40
Total exercício de 2007							7.103,09

*O presente Auto de Infração passa a exigir, após os ajustes acima referidos, o valor do ICMS histórico de R\$ 13.979,48.”*

Em obediência à legislação vigente, em face da procedência parcial do Auto de Infração, a JJF recorreu a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

## VOTO

Versa este PAF, consoante detalhadamente explicitado no Relatório, sobre a infração descrita como falta de recolhimento do ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas, com pagamentos em cartões de crédito ou de débito, em valor

inferior àquele informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, sendo a Decisão proferida pela 2ª JJF objeto do presente Recurso de Ofício.

Após exame atencioso da procedimentalidade, firmo posicionamento no sentido de ser irretocável a Decisão recorrida, porquanto em estrita consonância com a Lei, o Direito e a Justiça, de tudo resultando a confirmação da Procedência Parcial do Auto de Infração epígrafado.

Reporta-se a autuação à matéria eminentemente fática, encontrando-se o julgamento de primeira instância embasado em provas documentais, valendo destacar que ditos fatos-suportes foram reconhecidos pelo próprio autuante, parte na oportunidade da informação fiscal e parte quando acolheu o Parecer ASTEC 029/2010 (fls. 233/234), elaborado para atendimento das solicitações efetuadas na diligência (fls. 230), manifestação acompanhada dos demonstrativos de fls. 235 e 236, cancelando, no particular, as teses do autuado.

Nesse contexto, a ASTEC/CONSEF, na sua revisão, considerou as notas fiscais D-1, as quais conservavam identidade de valor e data em relação às operações individualizadas do relatório TEF, aplicando a proporcionalidade apurada nas operações, observados os percentuais de 82,6% de mercadorias tributadas em 2006 e 94,71% para 2007, bem como contemplou os créditos de 8%, considerando que, no período, o contribuinte se encontrava enquadrado no SimBahia, em consonância com a Lei nº 8.534/02, de 13/12/02.

Em relação ao período compreendido entre julho e dezembro de 2007, confirmo que deve ser excluído da autuação, uma vez que o sujeito passivo, comprovadamente, já se encontrava na condição de optante pelo regime do Simples Nacional, devendo o tributo ser exigido segundo as regras que regulam o referido Simples Nacional.

Em suma, evitando delongas desnecessárias, afigura-se irrepreensível a Decisão da JJF ao considerar exato o lançamento feito pelo diligente e a exclusão dos meses antes aludidos, consubstanciado no demonstrativo revisado, reduzindo, destarte, o débito lançado no auto infracional para o montante de R\$13.979,48, conforme indicado no quadro demonstrativo de fl. 268, o qual se apresenta de forma correta.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, ratificando integralmente a Decisão da 2ª JJF, por se encontrar em conformidade com as provas do feito e a legislação específica.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **118973.0015/08-8**, lavrado contra **FLORENÇA JÓIAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.979,48**, acrescido da multa de 70%, prevista no inciso III, do art. 42, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de junho de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS