

PROCESSO - A. I. Nº 114155.0004/10-5
RECORRENTE - L.T. DOS SANTOS (LIO MODAS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0396-04/10
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 01/11/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0331-12/11

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra o julgamento do Auto de Infração lavrado em 31 de março de 2010, o qual exige ICMS de R\$25.890,41 além de multa no percentual de 70%, bem como multa fixa no valor de R\$960,00, decorrente da constatação de três infrações, das quais é objeto do Recurso apenas a de nº 3:

Infração 03: 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, sendo exigido o ICMS de R\$ 24.970,41, acrescido da multa de 70%, relativo ao exercício de 2008, conforme documentos às fls. 6/40 do PAF.

A Decisão atacada, consubstanciada no Acórdão JJF 0396-04/10 (fls. 65 a 68), após examinar as peças que compõem o processo, lastreou-se nos seguintes argumentos, para embasar a Decisão proferida:

“ (...)

No tocante à terceira infração, da análise das peças processuais, se verifica que o autuado recebeu o Relatório Diário por operações TEF, como prova os documentos às fls. 47/48, cujo relatório consigna operação, autorização, dia e valor do pagamento realizado pela administradora do cartão, relativo às vendas do autuado com modalidade de pagamento em cartão de crédito ou de débito.

Por outro lado, no levantamento fiscal (fl. 6) foram consideradas todas as receitas de vendas, declaradas pelo contribuinte na DMA, como se fossem efetuadas através da modalidade “cartão de crédito/débito”, cujos montantes mensais foram deduzidos dos informados pelas instituições financeiras, beneficiando o sujeito passivo, apurando apenas as diferenças de valores não informadas e nem oferecidas à tributação pelo autuado.

Contudo, ainda que beneficiado com a metodologia aplicada pelo preposto fiscal, alega o autuado que tais diferenças decorrem da prática de compartilhamento do equipamento, fato comum a micro-estabelecimentos situados em bairros populares, do que sustenta ser injustificável a ação adotada pelo Fisco. Sobre tal alegação, há de se ressaltar que a concessão para uso de equipamento de controle fiscal pela SEFAZ é de responsabilidade do contribuinte, cabendo a ele suportar todas as consequências pelo uso indevido do mesmo.

Inerente às demais alegações relativas à condição de contribuinte enquadrado no regime SimBahia (concessão do crédito presumido de 8%; tributação da diferença de receitas apuradas pelo critério aplicado às microempresas; lacuna legal existente entre a vigência da lei da microempresa e o início da vigência do Simples Nacional), deixa de acatá-las em razão de que o autuado, à época dos fatos geradores, se encontrava sob as

condições do regime normal de apuração do imposto, conforme já dito anteriormente e como provado através do extrato de fl. 62 dos autos.

Contudo, como se trata de uma presunção legal de ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, no caso concreto, por exceção, cabe ao contribuinte o ônus da prova. Não tendo o mesmo nada provado, devem-se considerar todas as saídas como tributadas, uma vez que restou comprovado, nos autos, que, à época dos fatos geradores, o contribuinte se enquadrava sob o regime normal de apuração do ICMS, só optando pelo Simples Nacional em 01/01/2010, conforme prova o documento de fl. 62 dos autos, do que se conclui como correto o levantamento fiscal realizado pelo autuante.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no monante de R\$ 25.430,41, sendo R\$ 24.970,41 relativo ao ICMS, inerente à terceira infração, e R\$ 460,00, à penalidade por descumprimento de obrigação tributária acessória, referente à primeira infração”.

Inconformado com a Decisão prolatada, o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário (fls. 77 a 79), no qual aduz, amparado no princípio da busca da verdade real, que foram computados, erroneamente, receitas decorrente da utilização dos equipamentos de TEF (transferência eletrônica de fundos), por empresas vizinhas, inclusive Salões de Cabelo e outras empresas. Fato comum a micro-estabelecimentos situados em bairros populares, e que, por desconhecimento, adotam a prática de compartilhamento de equipamentos, o que torna injustificável a ação adotada pela Fazenda Pública.

Alega relação aos critérios técnicos adotados para apuração do suposto imposto devido, que também foi observada a não concessão do crédito presumido de 8% sobre o total das omissões apuradas, em observância ao artigo 408-S do RICMS/BA. E completa que não se admitindo a vigência do artigo 408-S do RICMS/BA no período, caberia que a eventual diferença de receitas apuradas fosse tributada segundo o critério aplicado às microempresas, e não como empresa normal, principalmente levando-se em consideração a inexistência de dolo ou má-fé. Finaliza, arguindo a lacuna legal existente entre a vigência da lei da microempresa e o início da vigência do SUPERSIMPLES.

Requer, igualmente, a aplicação do princípio da equidade, uma vez que seu faturamento jamais ultrapassou os limites de sua condição de microempresa e, nem agiu com dolo ou má fé, e nem mesmo em nenhuma das circunstâncias descritas no artigo 408-L do RICMS/BA.

Finaliza, requerendo posicionamento do órgão julgador, pela improcedência do lançamento realizado.

Em Parecer de fls. 87 e 88, a PGE/PROFIS, baseando-se no entendimento de que as razões recursais apresentadas pelo sujeito passivo são insuficientes para a modificação da Decisão de primeira instância, bem como a legalidade na qual se baseou o autuante no lançamento, e que o sujeito passivo não trouxe ao feito qualquer elemento de prova que pudesse elidir a presunção, além de que, no momento temporal da autuação o recorrente encontrava-se inscrita na condição de empresa normal do cadastro de contribuintes da Secretaria da Fazenda, opina pelo não provimento do Recurso apresentado.

VOTO

É objeto do Recurso Voluntário a Decisão de primeira instância, que manteve o lançamento constante da infração 3, qual seja, aquela que diz respeito a presunção 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.

Alega a seu favor, que foram computadas de forma errônea, receitas decorrentes e auferidas por outros estabelecimentos, inclusive não sujeitos à incidência do ICMS, a exemplo de salão de beleza, prática comum a estabelecimentos localizados em bairros populares. Evidentemente, tal argumento não pode prosperar, diante do fato de que os terminais das administradoras de cartões de débito/crédito estão vinculados ao usuário, sendo de inteira responsabilidade deste, a incorreta

utilização do mesmo. Dessa forma, não podendo dispor em contrário, deve responder o Recorrente pelo mau uso de seu equipamento, e, sobretudo, pelas exigências fiscais dele resultantes, vez que para a administradora, todas as operações foram realizadas pelo seu usuário, conforme, inclusive, codificação constante nos boletos por ele emitidos, por ocasião da venda realizada com cartões.

Quanto à concessão do crédito de 8%, tal argumento não pode ser acolhido, diante da condição do recorrente, de contribuinte inscrito no regime de apuração normal do imposto, na forma da documentação cadastral constante no processo. Logo, não teria direito a tal crédito, reservado apenas para aquelas empresas na época optantes do regime de apuração simplificado do SimBahia.

Não pode ser acolhida, de igual forma, a pretensão de aplicação do critério para as microempresas, frente à constatação da irregularidade contida na infração 03, vez que, neste aspecto, a legislação tributária é bastante precisa, quando dispõe que as omissões praticadas por empresas que possuíssem tal regime de apuração do imposto, teriam o mesmo tratamento dado às empresas submetidas ao regime normal de apuração do imposto, ou seja, aplicação de alíquota interna de 17%, além do fato, já mencionado anteriormente, do recorrente ser optante do regime normal de apuração, vez que sua opção pelo regime do SIMPLES NACIONAL somente ocorreu no mês de janeiro de 2010.

Por outro lado, frente à legislação tributária, o conceito de existência de dolo ou má-fé não tem pertinência, até por que não houve qualquer menção na autuação, bem como não basta apenas a sua alegação, mas sim, a necessária comprovação do fato ou do argumento. Reconhecida é a dificuldade neste aspecto, mas o julgador não pode inferir tal fato, apenas diante da alegação recursal.

Dessa forma, por todos estes argumentos, alinho-me ao posicionamento da ilustre Procuradora Fiscal, acolhendo o seu Parecer, e votando pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão de primeiro grau.

Quanto ao apelo à equidade, formulado pelo recorrente, tal possibilidade foge da competência desta CJF, previstos nos termos do artigo 169, §1º, do RPAF/99, podendo ser requerida à Câmara Superior deste órgão, deste que atendidas as disposições regulamentares.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **114155.0004/10-5**, lavrado contra **L.T. DOS SANTOS (LIO MODAS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.970,41**, 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 montante de **R\$460,00**, prevista no art. 42, XX, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS