

PROCESSO - A. I. N° 206769.0012/10-3
RECORRENTE - THDOIS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0013-02/11
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 13/12/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0348-11/11

EMENTA: ICMS. 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. Infração caracterizada. Preliminar de nulidade rejeitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal - através do Acórdão JJF nº 0013-02/11 - que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, lavrado para imputar o sujeito passivo omissão 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 administradoras de cartão de crédito, pela qual se exige o ICMS no valor de R\$10.805,21, acrescido da multa de 70%, relativo ao período de janeiro a dezembro de 2006.

O Relator da Junta de Julgamento Fiscal em seu voto, assim se manifestou pela Procedência da autuação, “in verbis”:

“O Auto de Infração exige 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 fornecido por instituição financeira e administradoras de cartões.

Para apurar o valor devido, vejo que a Autuante efetuou levantamento fiscal comparando os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito apenas com as saídas através de notas fiscais no período janeiro a dezembro de 2006, conforme demonstrativos de fls. 05/21, tendo em vista que o autuado não usou ECF no período fiscalizado, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas nas notas fiscais em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartões, conforme previsão do art. 4º, §4º da Lei 7.014/96, com redação dada pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, 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 do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”

Compulsando os autos vejo que foi aplicado percentual de proporcionalidade em função da declaração do próprio autuado, fl.24. Consta também declaração do contribuinte de que recebeu mídia - CD, contendo o

Relatório Diário TEF com a descrição de suas operações individualizadas informadas pelas Administradoras de cartões à SEFAZ, fls. 23.

Os valores mensais apurados foram de R\$897,93, R\$738,49, R\$854,13, R\$897,73, R\$838,18, R\$777,09, R\$1.045,64, R\$836,74, R\$903,04, R\$964,92, R\$1.042,07 e R\$1.009,25, referindo-se respectivamente aos meses de janeiro a dezembro de 2006, totalizando o valor reclamado em R\$ 10.805,21.

No que diz respeito à reclamação quanto ao tratamento adotado pela Autuante no cálculo do imposto, observo que não assiste razão à defesa, pois apesar de estar enquadrado no SimBahia, ante a constatação da omissão de saídas de mercadorias relativas à infração apontada, o imposto deve ser calculado pelos mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, conforme previsão do artigo 408-S, do RICM/97, com a aplicação da alíquota de 17%, conforme alteração introduzida pelo Decreto 7.886/00, com efeitos a partir de 30/12/00, com a concessão do crédito fiscal calculado à alíquota 8% sobre a receita omitida, nos termos do § 1º, do art. 408-S do RICMS/BA, alterado pelo Decreto nº 8.413/02, conforme fez a Autuante e determinam as normas subsumidas no RICMS/97, vigentes à época de ocorrência do fato gerador:

“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.”*

“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. 915”. *Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

III - *70% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos, tais como suprimento de caixa de origem não comprovada, saldo credor de caixa, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque;”*

Acolho os valores apurados pela Autuante, pois o procedimento atendeu às normas que o regulamentam, inclusive, concessão do crédito presumido previsto no art. 408-S, § 1º do RICMS-BA (artigo vigente à época de ocorrência do fato gerador) e aplicação da proporcionalidade orientada pela IN 56/07.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado com o Julgado de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 82 a 86 – onde requer a alteração da Decisão proferida pela JJJ aos seguintes argumentos, em síntese:

- I. que a autuação deve ser declarada nula, porquanto foi aplicado no procedimento fiscal, de forma indistinta sobre a base de cálculo de todo o período autuado, a alíquota de 17%, sem observar que a empresa é um restaurante, cadastrado na condição de optante pelo Regime SimBahia, cujo pagamento era apurado com base em sua receita bruta, dentro da faixa de faturamento prevista;
- II. que a aplicação da alíquota de 17%, como ocorreu na autuação, somente seria cabível se antes ocorresse o desenquadramento do regime simplificado SimBahia ou na ausência de regular opção do contribuinte por tal regime, hipótese em que a autuação ocorreria conforme a condição de contribuinte inscrito na condição normal;
- III. que na inovação do desenquadramento, deveria a Fiscalização ter acrescido os valores exigidos como omitidos à receita bruta e então aplicada as alíquotas previstas para o regime SimBahia, apurando a diferença de tributos, com a multa devida, o que contraria o disposto no art. 406-A, inciso V, do RICMS/BA;
- IV. que tal procedimento contraria entendimento pacífico deste Conselho de Fazenda, conforme ementas que transcreve dos Acórdãos CJF nº 0416-12/02 e JJJ nº 0377-0/02; 0257-04/02 e 0327-04/02, já que o dispositivo citado determina que a exclusão dar-se-á de ofício

sempre que comprovado, mediante ação fiscal, que o contribuinte cometeu alguma irregularidade, portanto tal exclusão pressupõe uma anterior ação fiscal, mas não uma autuação fiscal, coisas inteiramente distintas;

- V. que, assim, deve ser declarada nula a autuação ou, alternativamente, pelo princípio da eventualidade, requer que seja apenas cobrada a diferença, com observância do regime SimBahia.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fl. 92, da lavra da procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, ressaltando que a autuação foi lavrada na forma regulamentar, estando demonstradas as divergências entre os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito\débito e as lançadas pelo contribuinte ao Fisco.

Ressaltou, ainda, que a alegação de que não ocorreu prévio desenquadramento do SimBahia para apuração pelo regime normal de apuração não procede, pois a lei instituidora do regime simplificado previa que, ao verificar o cometimento de infração grave, como é o caso, o imposto seria apurado pelo regime normal, afastando-se o regramento especial, nos termos do art. 15, V, que transcreve em seu opinativo.

VOTO

Da análise dos elementos constantes dos autos e da Decisão recorrida, entendemos não merecer guarida às razões recursais para ver modificado o Julgado de Primeira Instância, que deve ser mantido em todos os seus termos.

Todos os argumentos apresentados na peça recursal foram devidamente rechaçados pelo Relator da JJJF, não tendo o condão de elidir a infração que foi imputada ao recorrente, perfeitamente caracterizada nos autos, porquanto, como bem consignado pela PGE/PROFIS, a lei que instituiu o regime simplificado de apuração SimBahia – Lei nº 7.357/98, mas precisamente em seu artigo 15, inciso V, combinado com o artigo 19, abaixo transcritos, determinavam que perderia o direito à adoção do referido tratamento tributário o contribuinte que incorresse em prática de infração de natureza grave, hipótese dos autos, hipótese em que o imposto devido é exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, sem necessidade de desenquadramento do contribuinte do regime em referência:

“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.;

(...)

Art. 19. Quando se constatar quaisquer das situações previstas nos arts. 15, 16, 17 e 18 desta Lei, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos.

Tais dispositivos legais foram repetidos no RICMS/BA, mas precisamente no artigo 408-L, inciso V, combinado com o art. 915, inciso III, devidamente citados como embasamento para a manutenção da exigência fiscal pela Relatora de Primeira Instância, vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores da presente autuação.

Também foi utilizado, corretamente, pela JJJF, como embasamento para a procedência da autuação e a forma de cálculo da exigência fiscal, a regra disposta no §1º do art. 408-s, que encontra lastro legal da Lei nº 7.357/98, e que determinam a utilização do “... crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos”.

Assim, não há qualquer mácula que inquine de nulidade o presente lançamento de ofício, porquanto a base de cálculo apurada pelo autuante encontra-se em perfeita consonância com os ditames legais e regulamentares citados.

Registre-se que o contribuinte sequer traz qualquer alegação ou elemento material que pudesse elidir a presunção legal devidamente prevista no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, presunção de natureza relativa, portanto, que poderia ser elidida pelo sujeito passivo, a quem cabe o ônus de afastá-la, ônus do qual não se desincumbiu, tendo o autuante, ainda, aplicado na apuração do imposto o percentual de proporcionalidade, com base em dados fornecidos pelo próprio sujeito passivo – fl. 24 - estando devidamente caracterizada a autuação, conforme as planilhas e demonstrativos elaborados pelo autuante e CD contendo o Relatório Diário de Operações TEF, anexados aos autos às fls. 05 a 21 e 22, da qual teve ciência o sujeito passivo.

Registre-se, por fim, que as decisões citadas não se aplicam à situação fática e legal desta autuação, visto que, como já esclarecido acima, a exigência do imposto com base nos critérios aplicáveis aos contribuintes inscritos no regime normal não implica em desenquadramento do Regime SimBahia.

Do exposto, como as razões recursais são insuficientes para alterar o Julgado de Primeira Instância, votamos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo e homologando a Decisão recorrida para julgar PROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

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 206769.0012/10-3, lavrado contra **THDOIS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.805,21**, 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, 17 de novembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

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