

A. I. Nº - 206769.0012/10-3  
AUTUADO - THDOIS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
AUTUANTE - TIRZAH FAHEL VILAS BOAS AZEVEDO  
ORIGEM - INFAZ VAREJO  
INTERNET - 11.03.2011

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0013-02/11**

**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. Rejeitada preliminar de nulidade. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2010, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$10.805,21 em razão da seguinte infração: 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 autuado impugna o lançamento tributário, fls. 43/46, mediante advogado, procuração, fl.47, alinhando os seguintes argumentos:

Que embora a Fiscalização tivesse observado regularmente a Instrução Normativa nº 56/2007, tendo aplicado a proporcionalidade, excluindo as mercadorias com fase de tributação encerrada, não considerou que durante todo o período fiscalizado a empresa autuada era SimBahia.

Acrescenta na defesa, planilha com faturamento mensal coincidente com o identificado pela fiscalização, destacando 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.

Argui a nulidade do auto de infração, alegando que merece reparo a questão da alíquota de 17% aplicada, pois em tal período estava sujeita ao regime especial previsto no art. 504 do RICMS/Ba.

Argumenta que sendo um restaurante, e apurando o imposto com base em sua receita bruta, no período descrito em anexo, estava obrigada a recolher o ICMS com base na faixa de faturamento, ou então pela alíquota prevista no inciso IV, do art. 504 do RICMS, que era de 4%, e diz que para a aplicação da alíquota de 17%, deveria a Fiscalização proceder ao seu desenquadramento do regime simplificado ou mesmo verificar a ausência de regular opção do Contribuinte, o que também não se vê na infração.

Assevera que no período fiscalizado o valor do ICMS recolhido foi de R\$270,00 por mês, em estrita observância aos valores definidos pela antiga legislação do SIMBAHIA, que previa valores para cada faixa de faturamento, questão desconsiderada na autuação.

Requer a improcedência do auto de infração.

A Autuante ao prestar a Informação Fiscal, fls. 54/65, diz que a peça impugnativa traz no seu bojo considerações equivocadas. Informa que a fiscalização iniciada em 10/06/2010, Ordem de Serviço nº

507405/10, objetivou verificar se para cada operação efetuada através de cartão de débito ou crédito, informada pelas Administradoras de cartões ou Instituição Financeira, havia sido emitida a respectiva nota fiscal ou, em outras palavras, se havia receita omitida.

Esclarece que em momento nenhum ovidou 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 desejasse adotá-lo (Art. 383-A já revogado, do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 6284/97).

Ressalta que não era um regime obrigatório. O contribuinte interessado em adotar o tratamento tributário instituído pelo Simbahia deveria formalizar sua opção, desde que atendesse às condições exigidas pelo Regime (Art. 397-A já revogado, do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 6284/97).

Cita e descreve várias hipóteses de desenquadramento de empresas optantes pelo Regime Simplificado de apuração do ICMS, SimBahia. Salienta que no caso de desenquadramento, o imposto seria 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 (caput e parágrafo 1º do Art. 408-S já revogado, do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 6284/97), isto se o contribuinte não comprovasse a existência de crédito fiscal superior a esse valor apurado (parágrafo 2º do Art. 408-S já revogado, do mesmo regulamento).

Salienta que esse tratamento diferenciado não incluía a dispensa de determinadas obrigações tributárias acessórias como emissão dos documentos fiscais correspondentes às operações e prestações do estabelecimento (Inc. V do Art. 408-C já revogado, do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 6284/97), que espelham a receita auferida pela empresa.

Reitera que da análise dos autos, através do comparativo entre o “Levantamento das Notas Fiscais relativas a vendas emitidas no exercício de 2006” e o Relatório Diário Operações TEF, se pode comprovar que a empresa deixou de emitir os documentos fiscais na saída de mercadorias, omitindo receita no período fiscalizado. No levantamento das notas fiscais foi apurado um faturamento anual de R\$ 15.708,20 e o relatório das Administradoras traz um montante de vendas de R\$225.525,35, valor extraordinariamente superior ao faturamento obtido do somatório das notas fiscais.

Observa ainda que do total de R\$ 15.708,20, apurado no levantamento de notas fiscais, apenas R\$7.238,32 tiveram correspondência, em data e valor com as operações constantes no Relatório Diário Operações TEF, informadas pelas Administradoras e/ou Instituições Financeiras e foram consideradas durante o cotejo.

Lembra que no caso em questão, a omissão de receita foi admitida pelo próprio contribuinte, às fls. 44 e 45, 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, apesar de ter apresentado equivocadamente o faturamento dos meses de Janeiro a Junho de 2007 na planilha que anexou.

Diz que se o contribuinte infringiu a norma legal, não tem direito ao benefício do Regime Simplificado de Apuração (SimBahia) e que os limites de faturamento da sua faixa não têm reflexo algum no tipo de auditoria realizada, pois o contribuinte recolhe o imposto com base nas saídas que efetivamente declarou através da emissão do documento fiscal, sendo enquadramento e recolhimento feitos com base em operações regulares e de acordo com as declarações do contribuinte.

Afirma que os valores do imposto que deveriam ter sido pagos no exercício pela empresa de acordo com o seu enquadramento e os efetivamente pagos não foram objeto de auditoria. A ordem de serviço se restringia ao roteiro destinado a verificar se havia sido emitida a respectiva nota fiscal para cada operação efetuada através de cartão de débito ou crédito, informada pela Administradora de Cartões ou Instituição Financeira – Operação Cartão de Crédito e o que o trabalho realizado tomou por base apenas as vendas a cartão informadas pelas Administradoras de Cartões e/ou Instituições Financeiras e somente estas vendas alcançaram um montante de R\$225.525,35.

Ressalta que no momento em que a empresa omite receita, ela perde o direito a qualquer benefício, se aplicando contra ela as disposições regulamentares do contribuinte normal 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, parágrafo 1º combinado com o Art. 408-L, inc. V, dispositivos vigentes à época que transcreve.

Destaca que o que está sendo cobrado como normal é o imposto decorrente da receita omitida, valor sonegado. Tratando-se 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, portanto descabe proposta da autuada que se cobre o imposto da receita omitida como se fosse SimBahia.

Cita exemplo do trânsito para demonstrar que o contribuinte alcançado com mercadorias desacompanhadas de notas fiscais, o auditor fiscal do trânsito não efetua a cobrança como contribuinte do Simbahia, mas aplica a alíquota de 17% como se normal fosse.

Diz que não procede a alegação de que Autuado estava sujeito ao regime especial previsto no art. 504 do RICMS, porque no período fiscalizado, o contribuinte era SIMBAHIA, não fazendo jus ao normatizado naquele artigo.

Além disso, argumenta que o contribuinte normal que deseja usufruir do benefício contido no Art. 504 tem que atender aos requisitos exigidos no inciso III do referido artigo: possuir atividade compreendida entre as especificadas no caput desse referido artigo e ser usuário de equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF). E também tem que formalizar a sua opção, de acordo com o inciso II do mesmo artigo, portanto a Autuada não poderia estar sujeita ao regime especial previsto no art. 504 do RICMS-BA, elencando os requisitos regulamentares que possibilitariam tal enquadramento, não atendidos pelo Autuado.

Continua, afirmando que a auditoria realizada, que resultou na lavratura deste Auto de Infração em questão, se caracteriza como sumária e se destinou a fazer um só tipo de verificação: constatar se foram emitidas notas fiscais para todas as operações realizadas com cartão de crédito ou de débito, informadas pelas Administradoras e Instituições Financeiras. Só estão sendo cobradas a 17% as receitas omitidas resultantes das vendas a cartão não declaradas. Trata-se de presunção de omissão de saída, parágrafo 3º, do Art. 2º do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 6.284/97.

Por fim, acrescenta que embora o contribuinte afirme que o valor recolhido por mês era de R\$ 270,00, nada anexou que pudesse comprovar tal fato. Nem poderia, pois no sistema da SEFAZ, INC - Informações do Contribuinte, com referência ao período fiscalizado, o valor do ICMS recolhido foi de R\$120,00. De qualquer forma, esses recolhimentos não têm reflexo algum no tipo de auditoria realizada, por se tratar de receita sonegada ou omissão de receita.

Conclui mantendo a autuação em todos os seus termos, requerendo seja o auto de infração julgado inteiramente procedente.

## VOTO

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 a autuada 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.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206769.0012/10-3, lavrado contra **THDOIS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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, 15 de fevereiro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR