

A. I. Nº - 117227.0031/07-2
AUTUADO - FORÇA 7 ARTIGOS NÁUTICOS LTDA.
AUTUANTE - ROQUE PEREIRA DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 01.09.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0232-02/11

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. Em virtude do estabelecimento no período da autuação se encontrar inscrito no SimBahia, a apuração do imposto foi feita em consonância com a regra do art. 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, mediante o abatimento do crédito fiscal de 8% calculado sobre a receita omitida. Apesar da diligência o contribuinte, devidamente intimado, não apresentou dados que possibilitassem o cálculo da proporcionalidade admitida nos termos do item 1 na Instrução Normativa nº 56/2007. Não acolhida arguição de nulidade. Infração comprovada. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2007, para constituir o crédito tributário relativo ao ICMS no valor de R\$75.210,51, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributadas 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.

O autuado, às folhas 20/25, ao impugnar o lançamento tributário aduz que o CONSEF não deve homologar a autuação, seja por afrontar a legislação que regula a espécie, seja por se encontrar baseada em fatos que não correspondem à realidade.

Diz que o primeiro ponto a ser abordado é relativo a ausência de previsão legal que sustente a aplicabilidade da presunção prevista no artigo 4º, § 4º da Lei nº 8.542/02, o qual transcreveu.

Alega que a lei não autoriza que as diferenças entre as “reduções” e as informações das administradoras seja utilizadas para lastrear a presunção de omissão de receita. Entende, que a lei atribui esse condão ao que chama de “declarações de vendas”, dando que, pelo menos no presente caso, não pode ser simplesmente equiparado às reduções, desprezando-se os demais elementos de informações, em especial a contabilidade e os documentos fiscais – DMA, DME, etc.

Diz que o contribuinte apresentou todos os livros e documentos solicitados durante a ação fiscal, através dos quais comprova que as vendas através de cartões não comportam somente os valores

registrados em suas “reduções Z”, sendo necessário que o artigo 4º e seu § 4º da Lei nº 8.542/02 seja interpretado de forma a abranger outros elementos.

Assevera que a ausência de registro na ECF, por seu turno, decorreu de emissão da nota fiscal em substituição ao “CF”, consoante documentação que será anexada ao PAF, o que, como meio de prova, requerendo a realização de diligência.

Requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, para comprovar que os valores das vendas superam as importâncias informadas pelas administradoras.

Frisa que o autuado tem o direito de recolher o ICMS pelo regime do SimBahia, o que não foi observado, uma vez que a concessão do “crédito” [8%], somente atende a necessidade de adequação da apuração ao princípio constitucional da não-cumulatividade, não podendo ser adotado no caso em tela, pois o autuado não perdeu o direito ao tratamento pelo SimBahia.

Prosseguindo, transcreve trecho de Ementas prolatadas em 2002 e 2003.

Salienta que a PGE, consoante Representação ao CONSEF, também entende que o Regime concedido ao contribuinte possui garantias constitucionais, não podendo ser alterado mediante lançamento de ofício, o que implicaria em “desenquadramento irregular”, também de ofício, atingindo o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

Reitera que, posteriormente, será juntado documentos para comprovar as vendas realizadas por cartão de crédito e/ou débito em que foram emitidas notas fiscais.

Alega que o autuado comercializava mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, as quais deveriam ser abatidas da base de cálculo, para depois se cobrar as alíquotas pertinentes a EPP, reiterando o pedido de diligência.

O autuante, às fls. 35/36, ao prestar a informação fiscal, destaca que o autuado recebeu todos os elementos que embasaram a autuação, inclusive os arquivos eletrônico, conforme recibo às folhas 16 e 17 dos autos, sendo inoportuno o pedido de revisão fiscal, uma vez que a defesa não apresentou nenhum elemento que pudesse por em dúvida os levantamentos que deram suporte à lavratura do Auto de Infração.

Frisa que procedimento adotado se encontra em perfeita consonância com a legislação.

Ressalta que, sendo a empresa enquadrada no Regime do SimBahia, lhe foi concedido o crédito presumido, fl. 06, nos termos da legislação vigente, não cabendo, por isso, os argumentos e o pedido de que seja aplicada a alíquota do citado regime.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

O Auto de Infração foi julgado procedente mediante Acórdão JFJ Nº 0296-02/98.

Mediante Acórdão CJF Nº 0304-12/10, foi anulada a decisão da primeira instância por entender a 2ª Câmara que faltou apreciação dos itens 10, 11 e 13 da defesa.

O PAF foi baixado em diligência para que fosse ajustada os cálculos relativos a base de cálculo de acordo com a Instrução Normativa nº 56/2007.

Em atendimento ao pedido de diligência o auditor fiscal informou que o contribuinte não apresentou a documentação, intimado em 03/05/2011, mediante termo específico, fl. para atender ao solicitado pela Junta de Julgamento Fiscal.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança, resalto que o art. 167,

I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, pois entendo que o autuante atendeu a legislação que rege a matéria, em especial a previsão do art. 4º, § 4º, Lei 7.014/96, tendo inclusive, concedido o crédito de 8% prevista para os contribuinte enquadrado no SimBahia, conforme planilha acostada à folha 06 dos autos. Também, o impugnante não comprovou sua alegação de que a autuação foi baseada em fatos que não correspondem à realidade. Ressalto que não se observa qualquer erro ou vício que possibilite decretar a nulidade da autuação.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, sob o argumento de teria o autuado emitido nota fiscal no lugar do cupom fiscal, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, também do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação a presente lide. Ressalto que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento. Portanto, caberia ao contribuinte apontar os erros que por ventura encontrasse no levantamento fiscal, juntando os documentos para comprovar sua alegação e, caso o autuante não acatasse poderia ser objeto de diligência para apuração da verdade material, entretanto, o sujeito passivo assim não procedeu e também não comprovou que comercializa com mercadorias com fase de tributação encerrada.

Entretanto, devo ressaltar que o PAF foi convertido em diligência, apenas, em função do item 13 da defesa, porém o resultado da diligência será analisado no final do voto.

No mérito, observo que o levantamento realizado pela autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte com vendas realizadas com cartão de crédito e/ou débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão do art. 4º, § 4º, Lei 7.014/96, *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.”

Em sua defesa o autuado alega que os valores das vendas são superiores aos valores informados pelas administradoras de cartões de créditos e/ou débito, entendendo não ser possível aplicar a presunção acima.

Ocorre que essa alegação não é capaz de elidir a autuação, uma vez que a jurisprudência consolidada desse Conselho de Fazenda, em seus diversos acórdãos sobre o tema, firmou o entendimento de que a comparação somente pode ocorrer entre operações equivalentes, ou seja, as vendas declaradas pelo contribuinte como sendo pagas por cartões de crédito/débito são comparadas com as operações que foram pagas com cartão de débito/crédito informadas pelas administradoras de cartões. Nas vendas declaradas na DME são informadas as vendas totais do

estabelecimento, sem nenhuma identificação de qual foi o meio de pagamento.

A legislação do ICMS, aplicado aos fatos geradores da época, no capítulo dedicado ao SimBahia, rechaça a prática de infrações de natureza grave, tal como 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, art. 408-L do RICMS/BA.

Quanto aos motivos que fundamentaram a anulação da decisão anterior, meu entendimento é o seguinte:

Em relação ao item 10 da defesa, a fundamentação do voto da câmara foi:

No item 10, aborda o regime de tributação do autuado, que, sendo inscrita no regime SimBahia possui o direito líquido e certo de pagar o ICMS, enquanto não for formalmente desenquadrada, pelas alíquotas vigentes para o citado regime. A simples concessão de “crédito” não pode ser adotada, vez que o contribuinte não perdeu o direito ao tratamento pelo SimBahia. Ainda que devida alguma parcela, a jurisprudência que cita através de Acórdãos proferidos pelo CONSEF, se coadunam com o seu entendimento. VOTO DA CÂMARA: O primeiro deles diz respeito ao alegado desenquadramento do sujeito passivo do regime SimBahia, com a consequente aplicação da alíquota de 17% aos débitos apurados na autuação, onde, com efeito, o Acórdão prolatado é silente.

Neste ponto, vou ser repetitivo, pois já havia analisado a questão no acórdão anterior: A legislação do ICMS, aplicado aos fatos geradores da época, no capítulo dedicado ao SimBahia, rechaça a prática de infrações de natureza grave, tal como 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, art. 408-L do RICMS/BA.

Ao praticar infração de natureza grave o ICMS é apurado com aplicação da alíquota normal para operações internas, 17%, por se tratar de contribuinte do SimBahia foi concedido o crédito de 8%, não havendo nenhuma relação com desenquadramento do referido regime como tenta a defesa induzir. O contribuinte, nessa situação continua enquadrado no SimBahia, inclusive a forma de apuração do ICMS em razão de omissão decorrente de prática de infração de natureza grave encontrava-se no capítulo do regulamento específico para os contribuinte enquadrado no referido sistema.

No tocante ao item 11 da defesa, a fundamentação do voto da câmara foi:

Quanto ao item 11, na forma de Representação da PGE/PROFIS, cuja Decisão apensa às fls. 26 e 27, destaca que o regime concedido ao contribuinte possui garantias constitucionais, não podendo ser alterado mediante lançamento de ofício, o que implicaria em “desenquadramento irregular”, também de ofício, o que atingiria o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. VOTO DA CÂMARA: Já o item 11, que guarda estreita relação com o item anterior da defesa, igualmente não foi enfrentado na Decisão recorrida.

Ao praticar infração de natureza grave o ICMS é apurado com aplicação da alíquota normal para operações internas, 17%, por se tratar de contribuinte do SimBahia foi concedido o crédito de 8%, não havendo nenhuma relação com desenquadramento do referido regime como tenta a defesa induzir. O contribuinte, nessa situação continua enquadrado no SimBahia, inclusive a forma de apuração do ICMS em razão de omissão decorrente de prática de infração de natureza grave encontrava-se no capítulo do regulamento específico para os contribuinte enquadrado no referido sistema. Repito, mais uma vez, que o autuado não foi excluído do regime em questão. Logo, não se aplica o entendimento defensivo, pois não houve desenquadramento irregular. A apuração do imposto foi realizada na forma legal.

Por fim, relativamente ao item 13 da defesa, foi aduzido que a empresa autuada trabalha com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, razão pela qual deveriam ser excluídas da base de cálculo, para somente então serem aplicadas as alíquotas pertinentes às

empresas de pequeno porte. Como meio de prova, reitera a solicitação de revisão por estranho ao feito.

O PAF foi convertido em diligência para que fosse ajustada os cálculos relativos a base de cálculo de acordo com a Instrução Normativa nº 56/2007.

Em atendimento ao pedido de diligência o auditor fiscal informou que o contribuinte não apresentou a documentação, apesar de devidamente intimado em 03/05/2011.

Portanto, o fato acima demonstra, cabalmente, que o sujeito passivo não comprovou que se enquadra na citada instrução normativa, mesmo sendo intimado para tal, uma vez que a mesma estabelece, como condição: ***desde que provados pelo contribuinte autuado por meio de dados e informações das operações mercantis que costumeiramente real***, conforme abaixo transcrito:

“INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 56 /2007 (Publicada no Diário Oficial de 21/09/2007)

O SUPERINTENDENTE DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, no uso de suas atribuições e considerando as decisões reiteradas do Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF no sentido excluir da base de cálculo do ICMS lançado de ofício, quando apurada omissão de saídas presumidas, nos termos do § 3º do art. 2º do RICMS/97, com matriz no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, desde que provados pelo contribuinte autuado por meio de dados e informações das operações mercantis que costumeiramente realiza; bem como a necessidade de orientar o procedimento fiscal relativo a essa matéria, resolve expedir a seguinte,..” Grifei.

Conforme determinação contida no item 3 da referida instrução, não sendo obtidos ou apresentados pelo contribuinte dados que possibilitem o cálculo da proporcionalidade admitida nos termos do item 1, o preposto fiscal lançará o ICMS devido utilizando como base de cálculo o valor total da omissão de operações de saída apurada, devendo ser registrada no termo de encerramento de fiscalização tal impossibilidade, sob pena de não registro do auto de infração.

Portanto, não resta nenhuma dúvida de que a autoridade fiscal observou todo o procedimento para caso em lide.

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 **117227.0031/07-2**, lavrado contra **FORÇA 7 ARTIGOS NÁUTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$75.210,51**, 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, 23 de agosto de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR