

A. I. Nº - 130080.0022/07-0
AUTUADO - LUCIANA ÂNGELA DESIRÉE NAPRAVNIK
AUTUANTE - VIRGÍNIA MARIA ZANINI KERCKHOF
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 21. 05 .2012

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0095-01/12

EMENTA: ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. 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. As diligências solicitadas por esta 1^a JJF cumpridas pela própria autuante resultaram no refazimento dos cálculos e redução do valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Não acolhidas as preliminares de nulidades. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/2007, exige ICMS no valor de R\$ 32.658,27, acrescido da multa de 70%, em decorrência de falta de recolhimento do imposto constatada pela 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, nos meses de janeiro a maio, julho a dezembro de 2006.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 16 a 40), discorrendo, inicialmente, sobre a tempestividade da defesa e sobre a autuação.

Frisa que foi efetuado o pagamento com redução da multa em 80%, uma vez que foi paga em 10 dias após a notificação do Auto de Infração, reconhecendo a mudança de faixa de microempresa nos meses de setembro e outubro de 2006, e mudança para EPP, a partir de novembro de 2006, conforme planilha que apresenta à fl. 47 dos autos(doc.03).

Esclarece que o pagamento efetuado decorreu de parcelamento ativo junto à Fazenda Estadual envolvendo os meses de novembro e dezembro de 2006 e o período de 2007 até o mês de maio, anterior à adesão do Simples Nacional, conforme documentação anexada às fls. 49 a 51 dos autos (doc. 04).

Salienta que em se tratando de EPP o contribuinte tem uma redução sobre a alíquota de 2,5 de 25% referente à quantidade de empregados do estabelecimento, conforme estabelecido no RICMS/BA, no seu art. 388, inciso II.

Diz que com estas premissas, possível o entendimento do valor principal apurado de R\$ 2.318,86, acrescido de juros e multa, descontada de 80%, conforme legislação constante no Auto de Infração, totalizou R\$ 2.858,91, devidamente apurado e recolhido no DAE constante à fl. 53(doc. 05).

Observa que na planilha apresentada, nos meses de setembro e outubro foram pagas as diferenças do recolhimento decorrentes da mudança de faixa da microempresa, onde, no mês de setembro,

passou da faixa 3 para 4; e no mês de outubro, da faixa 4 para 5, conforme tabela que apresenta (fl. 19), na forma da legislação do SimBahia.

Registra que nos meses de novembro e dezembro, foram abatidas do cálculo as parcelas já pagas no parcelamento apontado acima, sendo que recolheu apenas a diferença apontada entre os valores declarados e o efetivamente apurado pela Fiscalização.

Frisa que tais pagamentos foram efetuados considerando os lançamentos inconsistentes feitos pela Fiscalização.

Assinala que a suposta omissão apontada no Auto de Infração, não gerou qualquer prejuízo ao Erário Estadual, uma vez que, ainda que discorde das bases de cálculo apuradas, o certo é que eventuais diferenças de recolhimento foram devidamente quitadas.

Diz que, além de desconsiderar o fato de ser empresa optante pelo Simples, o que por si só já tornaria a base de cálculo utilizada na autuação inconsistente e até desnecessária face ao pagamento já efetuado, é certo que em todos os meses de apuração foram considerados na composição da base de cálculo, valores decorrentes de operações que diante da sua natureza, já seriam tributadas pelo ISS, a exemplo dos 10% da taxa de serviço, *couvert artístico*, além de serviço de manobrista.

Menciona que nos meses de maio a julho de 2006, também existem inconsistências, haja vista que o restaurante se encontrava em reforma e sem qualquer funcionamento, reabrindo somente no final de julho, precisamente, no dia 21/07/2006, não sendo crível aceitar, por exemplo, que no mês de maio exista movimentação no montante de R\$ 509,87, uma vez o estabelecimento se encontrava fechado.

Aduz que se percebe, ainda, que não persiste razão na aplicação de multa no percentual de 70%, uma vez que eventuais recolhimentos a menos não se deram em decorrência de atos fraudulentos, mas sim da própria natureza da atividade que desenvolve.

Argui a nulidade do Auto de Infração, por ofensa aos princípios da legalidade e do devido processo legal - contraditório e ampla defesa. Alega que a planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito e o demonstrativo de débito são nulos, sendo eles que dão os subsídios necessários à formalização do Auto de Infração.

Frisa que a planilha que compõem a base de cálculo da autuação exige o ICMS normal, com alíquota de 17% em relação às diferenças apuradas decorrente do suposto recolhimento a menos, subtraindo o crédito fiscal presumido de 8%, aplicando sobre a diferença apurada a alíquota de 9%.

Observa que em nenhum momento da fundamentação legal apontada, existe a justificativa da aplicação do crédito presumido de 8%, inexistindo o embasamento que justifique a aplicação da alíquota cheia de 17%.

Alega que faltam peças essenciais para que o Auto de Infração, enquanto ato administrativo vinculado possa produzir seus efeitos, além do que, ferindo cânones legais, sua manutenção pode gerar uma nulidade insanável.

Sustenta que a autuação não atende aos requisitos previstos no art. 10 do Decreto 70.235/72, destoando, ainda, do quanto preceituado pela legislação estadual que regulamenta tal procedimento, acabando por levar à nulidade do Auto de Infração, em face da ausência dos elementos essências à natureza do lançamento, e em inobservância às formalidades inerentes à autuação. Diz não ser outro o entendimento sufragado pelos Tribunais, reproduzindo Acórdãos. Cita e transcreve, também, decisões do CONSEF, referente a casos análogos ao tratado no presente Auto de Infração.

Continuando, diz que em sendo ultrapassadas as questões suscitadas em sede de preliminar que fulminam a autuação, cabe analisar as questões de mérito que apresenta.

Reporta-se sobre a inconsistência da base de cálculo, afirmando que a autuação desconsidera o fato de à época da autuação ser integrante do SimBahia e, portanto, apto a recolher o ICMS, com base em valores fixos a depender de sua faixa de faturamento, conforme tabela que apresenta.

Observa que considerando a própria composição da base de cálculo apontada pela Fiscalização, até agosto de 2006 deveria recolher o imposto pela faixa 3, ou seja, o valor de R\$ 120,00, como sempre foi feito.

Menciona que é certo que eventuais informações equivocadas fornecidas pela empresa, acarretariam apenas a mudança de faixa de apuração, cabendo a administração a cobrança de eventuais diferenças. Acrescenta que não está a se falar em falta de recolhimento do ICMS, pois não houve afetação aos cofres públicos, mas apenas eventual recolhimento a menos, em virtude de mudança de faixa.

Destaca que pelo levantamento da autuante nos atuais termos, constata-se que somente mudaria de enquadramento legal para Empresa de Pequeno Porte à partir de novembro de 2006, sendo que, nos meses de setembro e outubro do ano de 2006, efetuou o pagamento da diferença decorrente da mudança de faixa da microempresa, uma vez que pela apuração da Fiscalização no mês de setembro a empresa passaria à faixa quatro e em outubro para faixa cinco, conforme já demonstrado acima.

Afirma que tais constatações, de pronto, já fazem do Auto de Infração, inconsistente, uma vez que há aplicação da alíquota “cheia” do ICMS sem qualquer fundamentação legal.

Alega que outro ponto importante e determinante a presente autuação, consiste no fato de que nas informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito estão computados todos os pagamentos que foram feitos relacionados ao estabelecimento. Todavia, é imperioso observar que dentre estes pagamentos feitos através de cartão de crédito/débito no seu estabelecimento, encontram-se embutidos também os valores relacionados aos 10% do serviço do garçom, couvert artístico e serviço de manobristas, já tributados pelo ISS.

Salienta que para composição da base de cálculo deveriam ser contabilizados apenas os valores decorrentes de pagamento mediante cartão relacionados com as bebidas e refeições fornecidas pelo restaurante, fatos geradores capazes de validar a incidência do ICMS.

Aduz que está apresentando, por amostragem, planilhas e cópias das contas apresentadas nas mesas do restaurante (fls. 55 a 122 - doc. 06) que foram pagas através de cartão de crédito, comprovando que todos estes serviços se encontram embutidos no pagamento.

Frisa que se verifica nas planilhas anexadas que em relação aos períodos de julho a dezembro de 2006, foram computados na conta e pagos mediante cartão de crédito em torno de R\$ 77.480,00 referente a couvert artístico, R\$ 12.830,00 relativo aos serviços de manobristas e R\$ 30.000,00, referente aos 10%.

Menciona que outro fato que demonstra a clara inconsistência da base de cálculo apurada decorre do fato de que mesmo o restaurante estando em obras nos meses de maio a julho, a fiscalização aponta valores lançados e “omitidos”. Acrescenta que tais fatos podem ser comprovados pelo aviso de férias concedido a todos os empregados do restaurante nos meses de maio a julho (fls. 123 a 143 – docs. 07 e 08), não sendo crível que em maio de 2006 existissem lançamentos no cartão de crédito no montante de R\$ 509,87, bem como apenas em 10 dias de funcionamento, correspondente ao final de julho, pudesse faturar na venda com cartões de crédito o mesmo montante aproximadamente referente ao mês de abril inteiro.

Consigna que necessariamente deveria o lançamento ser revisto e reformulado, no sentido de recompor as bases de cálculo e apurar eventuais diferenças de recolhimento, levando em consideração apenas a mudança de faixa referente ao faturamento de microempresa, devidamente abatido os valores decorrentes dos serviços tributados pelo ISS, bem como do pagamento já efetuado.

Insurge-se contra a aplicação da multa de 70%, sustentando que esta somente é cabível nos casos de sonegação, fraude ou conluio e mesmo assim, quando efetivamente comprovados pela Administração Pública, em razão de neste caso a prova ser subjetiva.

Frisa que conforme preceituado pela Lei 4.502/64, a sonegação é definida como a "*ação ou omissão dolosa, tendente a impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador do tributo*". A fraude, por sua vez, é definida como a "*ação ou omissão dolosa tendente a impedir a ocorrência do fato gerador do tributo*". Por fim, o conluio é o "*ajuste doloso entre duas ou mais pessoas, visando a obter qualquer dos efeitos próprios da sonegação ou da fraude*".

Diz que ratificando as considerações feitas linhas acima, tem-se que, para a aplicação da multa, pretendida pela Fiscalização, é preciso que o contribuinte tenha praticado uma destas condutas, com o intuito de sonegar, em conluio, ou fraudar a ocorrência do fato gerador do tributo. Invoca e reproduz decisões proferidas pelas Câmaras do Conselho de Contribuintes, nesse sentido. Cita também lição de Sacha Calmon Navarro Coelho, sobre o caráter confiscatório da multa.

Diz que demonstrada e descaracterizada a presunção de fraude, resta claro que não poderia ser autuado com aplicação da multa de 70%, e muito menos ter sido apenado com aplicação da alíquota cheia do ICMS de 17%, descontando-se 8% de crédito presumido, sem qualquer embasamento legal à sua aplicação, mas apenas pela eventual diferença decorrente da mudança de faixa de recolhimento das microempresas a partir de setembro de 2006, já quitados.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a improcedência. Requer, também, que caso ainda restem diferenças de recolhimentos, a realização de diligência ou perícia, a fim de ver elucidada a origem das bases de cálculo elencadas no Auto de Infração, deduzindo os valores já tributados pelo ISS, bem como os pagamentos já efetuados relativos ao período de setembro a dezembro de 2006. Pede, ainda, a redução da multa a outro patamar menos oneroso, disposto no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

A autuante prestou informação fiscal (fl.255), consignando que o autuado sofreu Ação Fiscal conforme Ordem de Serviço 510597/07 de Auditoria Sumária de Cartão de Crédito, que resultou na constatação de omissão de saída de mercadorias por meio de levantamento de venda com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, levantamento este apurado através do somatório dos valores constantes nas leituras Z diárias do ECF e dos valores das Notas Fiscais emitidas.

Aduz que o defensor alega que é microempresa e recolhe o ICMS em valores fixos a depender das faixas de faturamento, e portanto, deveria ser cobrado o valor de mudança de faixa, ou mudança para EPP com as alíquotas de 2,5%. Alega, também, que é contribuinte do ISS, razão pela qual os valores decorrentes de operações como 10% da taxa de serviço de garçom, *couvert* artístico e serviço de manobrista, bem como os valores referentes aos meses de maio a julho de 2006 nos quais o estabelecimento estava em reforma, sem movimento e não poderia ter vendas nos cartões, devem ser excluídos das bases de cálculo, apresentando cópias de consumo de movimentos encerrados e planilha com os valores do ISS., contudo, não apresenta cópia dos respectivos cupons fiscais das refeições, e em sua defesa de fls 30/31 informa que em dias de movimento o garçom vai as mesas recolhendo os pagamentos efetuados no cartão, misturando os dados da mesa com os de outra conta e que pela pressa o cliente não espera a nota fiscal.

Observa que todos os demonstrativos do Auto de Infração foram entregues ao autuado, conforme recibos às fls. 06 e 12 dos autos.

Frisa que comparando os valores do Relatório de Informações TEF e os valores da DME anexada às fls. 09 e 10 dos autos, constata-se, também, a diferença entre os valores informados pelas administradoras de cartões e os valores informados pelo autuado.

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

A 5^a Junta de Julgamento Fiscal – onde o processo se encontrava originalmente com o Julgador/Relator Francisco Atanasio de Santana -, converteu o processo em diligência à INFRAZ/VAREJO, a fim de que fossem adotadas as seguintes providências pelo autuado: **a)** intimasse

o autuado, para apresentar Planilha relacionando de forma individualizada, com totalização mensal de todas as receitas de prestação de serviços constantes nos “Recibos de Pagamentos”: couvert artístico, manobrista e serviços apresentados na defesa, juntamente como as respectivas notas fiscais de prestação de serviços; **b)** apresentar Planilha relacionando o total das saídas mensais registradas no ECF discriminando separadamente as mercadorias tributadas normalmente, as substituição tributária, as isentas e as não tributadas; **c)** sendo apresentada a Planilha solicitada na letra “a”, depois de confrontar os valores discriminados nas planilhas com os respectivos documentos fiscais, deveria ajustar a “Planilha Comparativa de Vendas por meio de Cartão de Crédito/Débito”, fl. 06, adicionando os valores mensais comprovados à coluna “Venda com Cartão constante na Redução Z”, para confrontar com a coluna “Venda com Cartão Informado pelas Adm.” e, em seguida, obter a nova “Diferença encontrada (Base de Cálculo)”; **d)** aplicasse a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, sobre a nova Base de Cálculo apurada no item anterior com base nos valores apurados na Planilha 2, e elaborasse novo demonstrativo de débito, considerando ao final o crédito presumido de 8%; **e)** caso o autuado não apresentasse a Planilha 1, “a”, deveria ser aplicada a proporcionalidade com base nos valores apurados na Planilha 2, diretamente na coluna “Diferença encontrada (Base de Cálculo)” da “Planilha Comparativa de Vendas por meio de Cartão de Crédito/Débito”, fl. 06, e elaborasse novo demonstrativo de débito, considerando ao final o crédito presumido de 8%. Também foi solicitado ao órgão preparador da repartição fazendária que, após a conclusão da diligência fornecesse ao autuado cópias de todos os elementos produzidos e colacionados aos autos pela autuante, concedendo-lhe o prazo de dez dias para que se manifestasse.

O autuado se manifestou (fls. 275 a 282), reiterando, inicialmente, os argumentos apresentados na defesa vestibular.

Consigna que em relação à Planilha I solicitada pela Fiscalização, seguia anexado um relatório gerado pelo sistema gerencial, onde se encontram discriminadamente todos os valores que recebeu a título de serviços de *couvert* artístico, manobrista e taxa de 10%, nos meses de 2006, apurados na autuação. Acrescenta que também seguem anexos, os contratos celebrados com as empresas prestadoras de serviços, as respectivas faturas, notas fiscais e recibos de pagamentos realizados com estas empresas.

No que tange à Planilha II, esclarece que estão relacionados o total das saídas mensais registradas no ECF discriminando separadamente as mercadorias tributadas normalmente, as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, as isentas e as não tributadas, referente ao período de 01/01/2006 a 31/12/2006, bem como os Relatórios de Venda de Materiais, Relatórios dos alimentos comprados, cujo pagamento se deu antecipadamente pelo regime de substituição tributária; Planilhas de apuração dos valores referentes a bebidas alcoólicas e não alcoólicas, bem como alimentos cujos pagamentos ocorreram sob o regime de substituição tributária.

Salienta que da análise destes relatórios conclui-se que durante o período de julho a dezembro de 2006, foram comercializados pelo restaurante a título de bebidas, cujo pagamento se deu pelo regime de substituição tributária, o montante de R\$ 90.098,20. Acrescenta que este valor somado aos valores de aquisição do gelo e alguns alimentos, como macarrão, farinha de trigo, sorvete, resulta no montante de R\$ 95.954,53.

Diz que segundo a planilha apresentada, uma vez retirados da base de cálculo os valores glosados equivocadamente pela Fiscalização, a título de serviços de manobrista, *couvert* artístico e taxa de 10%, bem como as mercadorias glosadas a título de substituição tributária e, portanto, já tributadas antecipadamente pelo ICMS, tem-se uma nova base de cálculo para o ICMS eventualmente devido no valor de R\$ 17.594,24 e não R\$ 32.658,28, conforme glosado pela Fiscalização.

Insurge-se contra a multa apontada no Auto de Infração, afirmando que não havendo o requisito fundamental para imposição da multa de 70%, no caso, “*prática de atos fraudulentos*” torna-se imperiosa a recomposição da presente autuação, também, para reduzir o percentual da multa imposta.

Conclui reiterando os termos da defesa inicial e requer que o Auto de Infração seja julgado inteiramente improcedente.

A autuante se pronunciou (fl. 344), consignando que o autuado sofreu Ação Fiscal conforme Ordem de Serviço 510597/07 de Auditoria Sumária de Cartão de Crédito, que resultou na constatação de omissão de saída de mercadorias por meio de levantamento de venda com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, levantamento este apurado através do somatório dos valores constantes nas leituras Z diárias do ECF e dos valores das Notas Fiscais emitidas.

Aduz que o defensor alega que é microempresa e recolhe o ICMS em valores fixos a depender das faixas de faturamento, e portanto, deveria ser cobrado o valor de mudança de faixa, ou mudança para EPP com as alíquotas de 2,5%. Alega, também, que é contribuinte do ISS, razão pela qual os valores decorrentes de operações como 10% da taxa de serviço de garçom, couvert artístico e serviço de manobrista, bem como os valores referentes aos meses de maio a julho de 2006 nos quais o estabelecimento estava em reforma, sem movimento e não poderia ter vendas nos cartões, devem ser excluídos das bases de cálculo, apresentando cópias de consumo de movimentos encerrados e planilha com os valores do ISS, contudo, não apresenta cópia dos respectivos cupons fiscais das refeições, e em sua defesa de fls. 30/31 informa que em dias de movimento o garçom vai as mesas recolhendo os pagamentos efetuados no cartão, misturando os dados da mesa com os de outra conta e que pela pressa o cliente não espera a nota fiscal.

Frisa que convertido o processo em diligência pelo CONSEF a empresa foi intimada a apresentar planilhas e documentos que comprovassem as suas alegações defensivas. Acrescenta que, após solicitar um prazo maior para apresentar as planilhas e documentos, o autuado apresentou planilhas com valores de prestação de serviços e, no final, planilha com valores que considera devidos e solicita redução no percentual da multa aplicada.

A 1ª JJF - para onde o processo foi redistribuído conforme despacho de fl. 345-v – após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o processo em diligência à INFRAZ/VAREJO (fl.347), a fim de que fosse designada a autuante ou outro Auditor Fiscal para que fizesse as devidas verificações nas planilhas e documentos apresentados pelo impugnante, inclusive aplicando a proporcionalidade na forma da Instrução Normativa n. 56/2007, abordando todos os pontos levantados pelo defensor, conforme determina o artigo 127, §6º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Consta à fl. 351, intimação fiscal feita pela autuante, para que o autuado apresentasse planilha referente às “compras substituídas e tributadas mês a mês”; justificasse o total informado de taxa de serviços em relação às vendas; anuais declaradas; apresentasse algumas comandas com o respectivo cupom fiscal e explicasse a forma de cobrança e recebimento do *couvert* artístico, referente ao período de 01/01/2006 a 31/12/2006.

O autuado se manifestou (fls. 360 a 364), consignando que estava anexando à Planilha I referente a todas as compras substituídas e tributadas mês a mês, juntamente com as notas fiscais. Frisa que tal planilha deve ser analisada em conjunto com as documentações já apresentadas ao longo do processo, especialmente com o Relatórios de Vendas de Materiais; Relatório dos alimentos comprados, cujos pagamentos ocorreram por antecipação ou substituição tributária.

A autuante se pronunciou (fl. 524), consignando que o autuado sofreu ação fiscal conforme Ordem de Serviço 510597/07 de Auditoria Sumária de Cartão de Crédito, que resultou na constatação de omissão de saída de mercadorias por meio de levantamento de venda com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, levantamento este apurado através do somatório dos valores constantes nas leituras Z diárias do ECF e dos valores das Notas Fiscais emitidas.

Aduz que o defensor alega que é microempresa e recolhe o ICMS em valores fixos a depender das faixas de faturamento, e portanto, deveria ser cobrado o valor de mudança de faixa, ou mudança

para EPP com as alíquotas de 2,5%, e que também é contribuinte do ISS, valores decorrentes de operações como 10% da taxa de serviço, couvert artístico e serviço de manobrista, e que de maio a julho de 2006 o estabelecimento estava em reforma, sem movimento e não poderia ter vendas nos cartões, apresentando cópias de consumo de movimentos encerrados e planilha com os valores do ISS mas não apresenta cópia dos respectivos cupons fiscais das refeições, e em sua defesa as fls 30 e 31 informa que em dias de movimento o garçom vai as mesas recolhendo os pagamentos efetuados no cartão, misturando os dados da mesa com os de outra conta e que pela pressa o cliente não espera a nota fiscal.

Observa que convertido em nova diligência pelo CONSEF o autuado foi intimado a apresentar planilhas e justificar o total informado de taxa de serviços e explicar a forma de cobrança e recebimento do *couvert* artístico, conforme cópia da intimação anexada aos autos.

Salienta que após solicitar um prazo maior para apresentar as planilhas e documentos, a empresa apresentou as justificativas e cópias de notas fiscais de compras substituídas e planilha das compras substituídas.

Finaliza dizendo que após orientação da supervisão, a planilha foi refeita e foram abatidos os valores com manobrista, *couvert* artístico, taxa de serviço e o percentual de proporcionalidade de mercadoria substituída conforme cópia anexada aos autos, resultando um total de ICMS devido no valor de R\$ 16.092,24 durante o ano de 2006.

O autuado se manifestou (fls. 534 a 543), aduzindo, preliminarmente, a necessidade de complementação das diligências requeridas ao longo do processo.

Frisa que conforme se depreende dos termos do processo, fora autuado por “supostamente” ter omitido saídas de mercadorias tributadas e apuradas 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, indicando como fundamentos legais os arts. 2º, e 3º, inciso VI; artigo 50, inciso I; artigo 124 inciso I e art. 218 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto n.º 6.284/97, e multa, nos termos do art. 42, III da Lei 7.014/96.

Diz que assim o Auto de Infração foi lavrado sob a alegação de que teria “*omitido*” saídas de mercadorias tributadas apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido pela administradora de cartão de crédito, no período de 2006, aplicando multa de 70% presumindo a ocorrência de ato fraudulento.

Afirma que a autuação, equivocadamente, aplica alíquota de 17% apurados nas “*supostas*” diferenças de recolhimento verificadas que foram subtraídos da aplicação do crédito presumido de 8%, sem considerar, entretanto, ser microempresa optante pelo Regime SimBahia.

Frisa que inobstante a documentação acostada aos autos e a exclusão da base de cálculo dos valores pagos a título de *couvert* artístico, manobrista e taxa de 10% de serviço, a autuante ignorou o fato de integrar até outubro de 2006 o SimBahia, a existência de denúncia espontânea com parcelamento dos valores relativo às bases de novembro e dezembro de 2006, redundando na manutenção de valor bem superior ao reconhecido, o que deve ser revisto em Perícia Contábil a ser realizada nestes autos. Acrescenta que nos termos da Informação Fiscal de fl. 524, a planilha de débitos foi refeita, abatendo da base de cálculo do tributo os valores pagos a manobrista, *couvert* artístico, taxa de serviço e o percentual de 19% equivalente a proporcionalidade de mercadoria substituída, resultante em diferença de ICMS devido no valor principal de R\$ 16.092,24 em 2006.

Destaca que apesar da diligencia a autuante se confunde quando na composição da base de cálculo, desconsidera o fato de ser microempresa, e portanto, em relação ao ICMS, apenas recolher este tributo em valores fixos variáveis, a depender das faixas de faturamento, conforme a Lei n.º 9.317/96 que institui o Simples, bem como à legislação Estadual que instituiu o SimBahia, da qual á época da autuação era optante.

Assinala que conforme já explicitado, a planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito que compõe a base de cálculo da presente autuação, exige o ICMS normal, a alíquota de 17%

em relação às diferenças apuradas decorrente do suposto recolhimento a menos, subtraindo o crédito presumido de 8%, aplicando sob a diferença alcançada alíquota de 9%, entretanto, o embasamento legal para justificar os referidos cálculos não está claro, ou melhor, não existem.

Afirma que em momento algum a Fiscalização demonstrou o cabimento legal para aplicação do crédito presumido de 8%, bem como a fundamentação legal que autorize a desconsideração dos recolhimentos do SimBahia e aplicação da alíquota cheia de 17%, violando, o quanto disposto no art. 10 do Decreto 70.235/72 que regulamenta o Processo Administrativo Fiscal!

Esclarece que apenas em outubro de 2006 a passou a recolher como Empresa de Pequeno Porte, sendo que nos meses de setembro e outubro haveria uma mudança de faixa dos valores fixos decorrentes da tabela de microempresa.

Registra que em decorrência desta constatação, em relação aos períodos de setembro/outubro/novembro e dezembro providenciou o pagamento das parcelas efetivamente devidas, o que não foi considerado na diligencia de fl. 524 permanecendo em equívoco a presente autuação fiscal, violando, ademais, o quanto requerido ao longo deste processo administrativo.

Salienta que sendo certo que ao considerar o parcelamento efetuado nenhum valor seria devido a título da presente autuação, tais fatos devem ser revistos em diligencia à INFRAZ, a fim de que reste a apreciação desta Junta a matéria de direito.

Prosseguindo, alega a existência de pagamento não considerado na diligência, consignando que 10 dias após a notificação da presente autuação fiscal efetuou o recolhimento da diferença de ICMS com redução de multa em 80%, em face de adesão ao parcelamento em 23 parcelas, iniciado em 29/06/2007 e finalizado em 25/09/2009, na forma dos documentos já acostados aos autos.

Observa que os saldos de imposto devido nos meses de novembro e dezembro de 2006 foram quitados através do referido parcelamento, motivo pelo qual não há que se falar em ICMS devido no referido período. Acrescenta que o referido valor contemplou a mudança de faixa de microempresa nos meses de setembro e outubro de 2006, e a mudança para EPP a partir de novembro de 2006, conforme planilha já anexada aos autos, relativo ao doc. 03 da defesa.

Reafirma que em se tratando de EPP o contribuinte tem uma redução sobre a alíquota de 2,5% de 25% referente à quantidade de empregados do estabelecimento, conforme determinação do RICMS/BA, no seu inciso II do art. 388-A, o que não foi considerado pela autuante na diligencia, muito embora tenha requerido.

Diz que com estas premissas, tem-se que o valor principal apurado de R\$ 2.318,86, acrescido de juros e multa, descontada de 80%, conforme legislação constante no Auto de Infração, totalizou um valor de R\$ 2.858,91, devidamente apurado e recolhido no DAE já constante destes autos.

Registra que nos meses de setembro e outubro foram pagas as diferenças do recolhimento decorrentes da mudança de faixa da microempresa, onde, no mês de setembro, passou da faixa 3 para 4; e no mês de outubro, da faixa 4 para 5, conforme demonstrativo que apresenta, na forma da legislação do SimBahia.

Reitera que nos meses de novembro e dezembro de 2006, foram abatidas do cálculo as parcelas já pagas no parcelamento apontado acima, sendo que recolheu apenas a diferença apontada entre os valores declarados e o efetivamente apurado pela fiscalização.

Frisa que tais pagamentos foram efetuados considerando os lançamentos inconsistentes feitos pela Fiscalização.

Reitera que a suposta omissão apontada no Auto de Infração, não gerou qualquer prejuízo ao Erário Estadual, uma vez que, ainda que discorde das bases de cálculo apuradas, o certo é que eventuais diferenças de recolhimento foram devidamente quitadas, não lhe sendo oponível o saldo de ICMS apurado no valor histórico de R\$ 16.092,24, uma vez que nada é devido a este título, em razão de a

Fiscalização ter desconsiderado, por completo, tratar-se de microempresa, o que por si só já torna inconsistente a base de cálculo utilizada em toda a autuação!

Diz, ainda, ter verificado que a autuante excluiu da composição da base de cálculo passível da incidência do fato gerador do ICMS, valores decorrentes de operações que diante da sua natureza, já seriam tributadas pelo ISS, a exemplo dos 10% da taxa de serviço, couvert artístico, e uma parte do serviço de manobrista, havendo divergência no apurado em dois meses conforme demonstrará.

Frisa que no que tange aos períodos de maio a julho de 2006 reformulou a autuante a sua planilha, uma vez que o restaurante encontrava-se em reforma e sem qualquer funcionamento, tendo sido reaberto no final de julho, mais precisamente em 21/07/2006.

Assevera que desta forma não persiste razão na aplicação de multa no percentual de 70%, uma vez que eventuais recolhimentos a menos não se deram em decorrência de atos fraudulentos, mas sim da própria natureza da atividade que desenvolve.

Continuando, reporta-se sobre a inconsistência da base de cálculo, afirmando que a autuação desconsidera o fato de à época da autuação ser integrante do SimBahia e, portanto, apto a recolher o ICMS, com base em valores fixos a depender de sua faixa de faturamento, conforme tabela que apresenta.

Observa que considerando a própria composição da base de cálculo apontada pela Fiscalização, até agosto de 2006 deveria recolher o imposto pela faixa 3, ou seja, o valor de R\$ 120,00, como sempre foi feito, sendo, assim, inexistente os débitos elencados pela Fiscalização até agosto de 2006.

Menciona que é certo que eventuais informações equivocadas fornecidas pela empresa, acarretariam apenas a mudança de faixa de apuração, cabendo a administração a cobrança de eventuais diferenças.

Reitera que pelo levantamento da autuante nos atuais termos, constata-se que somente mudaria de enquadramento legal para Empresa de Pequeno Porte à partir de novembro de 2006, sendo que, nos meses de setembro e outubro do ano de 2006, efetuou o pagamento da diferença decorrente da mudança de faixa da microempresa, uma vez que pela apuração da Fiscalização no mês de setembro a empresa passaria à faixa quatro e em outubro para faixa cinco, conforme já demonstrado acima.

Afirma que tais constatações, de pronto, já fazem do Auto de Infração, inconsistente, uma vez que há aplicação da alíquota “cheia” do ICMS sem qualquer fundamentação legal.

Diz que a desconsideração desta situação pela autuação leva necessariamente a uma revisão do Auto de Infração e sua reformulação, no sentido de rever e recompor as bases de cálculo apuradas, levando em consideração apenas a mudança de faixa referente ao faturamento da microempresa, devidamente abatido os valores decorrentes dos serviços já tributados pelo ISS e os pagamento já efetuados.

Consigna que as inconsistências apontadas e verificadas na própria autuação, bem como o próprio pagamento decorrente de eventuais diferenças no recolhimento realizado retiram toda presunção de que tenha incorrido em fraude imputada pela Fiscalização, uma vez que seus próprios dados de apuração são passíveis de revisão.

Prosseguindo, reporta-se sobre o aproveitamento a menos dos créditos fiscais decorrentes da substituição tributária correspondentes à venda de bebidas, esclarecendo que a ultima planilha apresentada pela autuante lhe garantiu a possibilidade de se creditar dos pagamentos antecipados, realizados a título de substituição tributária, decorrente da compra de bebidas, com base no Regime de apuração da Receita Bruta.

Afirma que tal fato acarretou a recomposição das bases de cálculo da presente autuação, primeiro para deduzir os valores já tributados pelo ISS, segundo para se fazer computar os referidos abatimentos decorrentes de créditos de bebidas, recolhidos antecipadamente pela defendanté á título de substituição tributária.

Salienta que pela natureza de sua atividade realiza frequentemente a compra de bebidas, sem efetuar qualquer abatimento do percentual do ICMS antecipado, até porque não faz jus, uma vez que, à época, era tributado com base no Regime SimBahia.

Diz que a autuante em completo equívoco a presente autuação com base na alíquota cheia do ICMS, desconsiderando, por completo, o fato de à época da autuação, ser optante do Regime SimBahia, sendo certo que, necessariamente, terá que lhe reenquadrar como contribuinte optante do Regime de Tributação com base na Receita Bruta e, portanto, garantir o seu direito em abater os referidos valores decorrentes da compra de bebidas, conforme determinação do art. 407 - A do RICMS/BA:

Aduz que o certo é que apesar dos demonstrativos já anexados a presente ação, nega-se a autuante a fornecer o crédito por substituição no valor de R\$ 93.120,80, sem que tenha explicitado o motivo, mesmo diante da determinação da 1^a Junta Fiscal à fl. 347.

Consigna que considerando a impossibilidade de trazer, neste momento, outros documentos aptos a demonstrar o crédito a ser contabilizado e devidamente abatido decorrente da venda de bebidas, requer a concessão do prazo de 20 dias para a juntada de documentos comprobatórios do seu direito ao crédito não considerado pela Fiscalização, nos termos do art. 38 da Lei 9.784/99.

Argumenta que a aplicação da multa de 70% só é cabível nos casos de sonegação, fraude ou conluio e mesmo assim, quando efetivamente comprovados pela Administração Pública.

Frisa que conforme preceituado pela Lei 4.502/64, a sonegação é definida como a "*ação ou omissão dolosa, tendente a impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador do tributo*". A fraude, por sua vez, é definida como a "*ação ou omissão dolosa tendente a impedir a ocorrência do fato gerador do tributo*". Por fim, o conluio é o "*ajuste doloso entre duas ou mais pessoas, visando a obter qualquer dos efeitos próprios da sonegação ou da fraude*".

Diz que ratificando as considerações feitas linhas acima, tem-se que, para a aplicação da multa, pretendida pela Fiscalização, é preciso que o contribuinte tenha praticado uma destas condutas, com o intuito de sonegar, em conluio, ou fraudar a ocorrência do fato gerador do tributo, o que não ocorreu e não restou provado nestes autos devendo reduzir este percentual a valores fixos ao mês do efetivo recolhimento a menos.

Salienta que conforme fartamente demonstrado, resta claro que a presente autuação merece nova revisão, desta feita para excluir da base de cálculos despesas com manobrista, não considerados em dois meses, conforme demonstrará e as verbas de substituição tributária, inexplicavelmente tributadas em percentual de 19% pela autuante, quando deveria utilizar o valor de R\$ 93.120,80 que foi desconsiderado pela Fiscalização.

Destaca que, também necessita saber o motivo pelo qual a autuante despreza os valores pagos a título de SimBahia, aplicando a alíquota de 17% apurados nas "supostas" diferenças de recolhimento, desconsiderando o fato de ser microempresa e, portanto, em relação ao ICMS, apenas recolher este tributo em valores fixos variáveis a depender das faixas de faturamento, conforme a Lei n.º 9.317/96 que institui o Simples, bem como à legislação Estadual que instituiu o SimBahia. Diz, ainda, que se faz necessário que a autuação recalcule os valores, considerando, desta feita os recolhimentos efetuados nos meses de setembro a dezembro de 2006, onde houve recolhimento das diferenças apuradas, decorrente das mudanças de faixa apontadas.

Requer a complementação da diligencia para considerar os valores demonstrados de substituição tributária, a aplicação do SimBahia, com a exclusão dos meses de janeiro a outubro de 2006, bem como, sejam computados os valores parcelados relativos aos meses de novembro e dezembro de 2006, não considerados na diligencia de fl. 524 dos autos. Requer, ainda, a concessão do prazo de 20 dias para juntada de documentação, bem assim, seja facultada a efetivação de perícia, a fim de ver elucidado a origem das bases de cálculos elencadas no Auto de Infração, descontando os valores já

tributados pelo ISS, bem como dos pagamentos já efetuados relativos ao período de setembro a dezembro de 2006.

Aduz ser imperiosa a reformulação do Auto de Infração, retirando a multa de 70% aplicada sobre os períodos de apuração decorrentes da infração, em virtude de descumprimento da apresentação de documentação fiscal, reduzindo a outro patamar, menos oneroso, disposto no art. 42 da Lei 7014/96.

Por fim, pede que o Auto de Infração seja julgado inteiramente improcedente.

A autuante se pronunciou (fl.571), consignando que o autuado sofreu ação fiscal conforme Ordem de Serviço 510597/07 de Auditoria Sumária de Cartão de Crédito, que resultou na constatação de omissão de saída de mercadorias por meio de levantamento de venda com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, levantamento este apurado através do somatório dos valores constantes nas leituras Z diárias do ECF e dos valores das Notas Fiscais emitidas.

Aduz que o defensor alega que é microempresa e recolhe o ICMS em valores fixos a depender das faixas de faturamento, e portanto, deveria ser cobrado o valor de mudança de faixa, ou mudança para EPP com as alíquotas de 2,5%, e que também é contribuinte do ISS, valores decorrentes de operações como 10% da taxa de serviço, couvert artístico e serviço de manobrista, e que de maio a julho de 2006 o estabelecimento estava em reforma, sem movimento e não poderia ter vendas nos cartões, apresentando cópias de consumo de movimentos encerrados e planilha com os valores do ISS mas não apresenta cópia dos respectivos cupons fiscais das refeições, e em sua defesa as fls 30 e 31 informa que em dias de movimento o garçom vai as mesas recolhendo os pagamentos efetuados no cartão, misturando os dados da mesa com os de outra conta e que pela pressa o cliente não espera a nota fiscal.

Observa que convertido em nova diligência pelo CONSEF o autuado foi intimado a apresentar a apresentar planilhas e justificar recebimento do *couvert* artístico, conforme cópia da intimação anexada aos autos.

Salienta que após solicitar um prazo maior para apresentar as planilhas e documentos, a empresa apresentou as justificativas e cópias de notas fiscais de compras substituídas e planilha das compras substituídas.

Finaliza dizendo que após orientação da supervisão, a planilha foi refeita e foram abatidos os valores com manobrista, *couvert* artístico, taxa de serviço e o percentual de proporcionalidade de mercadoria substituída conforme cópia anexada aos autos, resultando um total de ICMS devido no valor de R\$ 16.092,24 durante o ano de 2006.

A 1^a JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do processo em diligência à INFRAZ/VAREJO(fls. 575/576), a fim de que a autuante esclarecesse e demonstrasse como chegou aos valores discriminados na coluna “% de proporcionalidade de mercadoria substituída” da nova planilha que elaborou (fl. 525), bem como se pronunciasse sobre a divergência entre o valor do ICMS devido apontado pelo impugnante e o valor

A autuante se pronunciou (fl. 580), consignando que o autuado sofreu ação fiscal conforme Ordem de Serviço 510597/07 de Auditoria Sumária de Cartão de Crédito, que resultou na constatação de omissão de saída de mercadorias por meio de levantamento de venda com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, levantamento este apurado através do somatório dos valores constantes nas leituras Z diárias do ECF e dos valores das Notas Fiscais emitidas.

Aduz que o defensor alega que é microempresa e recolhe o ICMS em valores fixos a depender das faixas de faturamento, e portanto, deveria ser cobrado o valor de mudança de faixa, ou mudança para EPP com as alíquotas de 2,5%, e que também é contribuinte do ISS, valores decorrentes de operações como 10% da taxa de serviço, couvert artístico e serviço de manobrista, e que de maio a julho de 2006 o estabelecimento estava em reforma, sem movimento e não poderia ter vendas nos

cartões, apresentando cópias de consumo de movimentos encerrados e planilha com os valores do ISS mas não apresenta cópia dos respectivos cupons fiscais das refeições, e em sua defesa as fls 30 e 31 informa que em dias de movimento o garçom vai as mesas recolhendo os pagamentos efetuados no cartão, misturando os dados da mesa com os de outra conta e que pela pressa o cliente não espera a nota fiscal.

Observa que convertido em nova diligência pelo CONSEF o autuado foi intimado a apresentar planilhas e justificar o total informado de taxa de serviços e explicar a forma de cobrança e recebimento do *couvert* artístico, conforme cópia da intimação anexada aos autos.

Salienta que após solicitar um prazo maior para apresentar as planilhas e documentos, a empresa apresentou as justificativas e cópias de notas fiscais de compras substituídas e planilha das compras substituídas.

Finaliza dizendo que após orientação da supervisão, a planilha foi refeita e foram abatidos os valores com manobrista, *couvert* artístico, taxa de serviço e o percentual de proporcionalidade de mercadoria substituída conforme cópia anexada aos autos, resultando um total de ICMS devido no valor de R\$ 16.092,24 durante o ano de 2006.

Intimado o autuado se manifestou (fls.587 a 596), reiterando os termos da defesa inicial e manifestação posterior.

A autuante se pronunciou (fl.600), consignando que o autuado sofreu ação fiscal conforme Ordem de Serviço 510597/07 de Auditoria Sumária de Cartão de Crédito, que resultou na constatação de omissão de saída de mercadorias por meio de levantamento de venda com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, levantamento este apurado através do somatório dos valores constantes nas leituras Z diárias do ECF e dos valores das Notas Fiscais emitidas.

Aduz que o defensor alega que é microempresa e recolhe o ICMS em valores fixos a depender das faixas de faturamento, e portanto, deveria ser cobrado o valor de mudança de faixa, ou mudança para EPP com as alíquotas de 2,5%, e que também é contribuinte do ISS, valores decorrentes de operações como 10% da taxa de serviço, *couvert* artístico e serviço de manobrista, e que de maio a julho de 2006 o estabelecimento estava em reforma, sem movimento e não poderia ter vendas nos cartões, apresentando cópias de consumo de movimentos encerrados e planilha com os valores do ISS mas não apresenta cópia dos respectivos cupons fiscais das refeições, e em sua defesa as fls 30 e 31 informa que em dias de movimento o garçom vai as mesas recolhendo os pagamentos efetuados no cartão, misturando os dados da mesa com os de outra conta e que pela pressa o cliente não espera a nota fiscal.

Observa que convertido em nova diligência pelo CONSEF o autuado foi intimado a apresentar planilhas e justificar o total informado de taxa de serviços e explicar a forma de cobrança e recebimento do *couvert* artístico, conforme cópia da intimação anexada aos autos.

Salienta que após solicitar um prazo maior para apresentar as planilhas e documentos, a empresa apresentou as justificativas e cópias de notas fiscais de compras substituídas e planilha das compras substituídas.

Finaliza dizendo que após orientação da supervisão, a planilha foi refeita e foram abatidos os valores com manobristas, *couvert* artístico, taxa de serviço e o percentual de proporcionalidade de mercadoria substituída conforme cópia anexada aos autos, resultando no total de ICMS devido no valor de R\$ 16.092,24, no exercício de 2006.

Afirma que o autuado em sua manifestação não acrescenta fatos novos, alegando que fez parcelamento dos valores referentes a mudança de faixa de faturamento e que o valor referente a base de cálculo por omissão de saídas deveria ser pela alíquota de mudança da faixa de faturamento.

Finaliza dizendo que nada mais tem a considerar ou, mudar os cálculos refeitos.

Consta à fl. 257 extrato do SIGAT, referente ao pagamento valor do débito reconhecido.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, decorrente de falta de recolhimento do imposto constatada pela 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, cabe-me apreciar as preliminares de nulidades suscitadas pelo impugnante, conforme faço a seguir:

- no que tange à nulidade do Auto de Infração, por ofensa aos princípios da legalidade e do devido processo legal - contraditório e ampla defesa -, não acolho a pretensão defensiva, haja vista que a formalização da exigência fiscal se deu na forma do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, especialmente o seu art. 39, estando claramente descrita a infração, o infrator, a base de cálculo e o montante do débito exigido. Ademais, em três oportunidades o feito foi convertido em diligência, a fim de que os argumentos defensivos fossem devidamente abordados e apurados;

- quanto à alegação de que a planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito e o demonstrativo de débito são nulos, verifico que tais documentos estão em conformidade com o roteiro de fiscalização aplicável a espécie, inexistindo qualquer irregularidade capaz de torná-los nulos;

- no que concerne à alegação de ausência de justificativa da aplicação do crédito presumido de 8%, bem como, de falta de embasamento para aplicação da alíquota de 17%, observo que por estar no período da autuação na condição de optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, e tratando-se de prática de infração de natureza grave, na apuração do imposto devem ser seguidos os mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, conforme previsão do artigo 408-S, do RICMS/BA, tendo sido aplicada corretamente a alíquota de 17% e concedido o crédito presumido de 8% sobre a receita omitida, nos termos do § 1º do mesmo artigo.

Diante do exposto, inexistindo qualquer vício ou falha capaz de inquinar de nulidade o Auto de Infração, portanto, inociorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, não acolho as nulidades arguidas.

No que concerne ao pedido de realização de perícia para comprovação das razões defensivas, não vislumbro necessidade ou indispensabilidade de sua realização, para solução do litígio. A perícia consiste em exame realizado por técnico ou pessoa habilitada – perito- dotada de conhecimentos especializados sobre determinada matéria. Na realidade, o perito supre a insuficiência de conhecimentos específicos sobre a matéria objeto da lide por parte do julgador. Efetivamente, não é o caso do Auto de Infração em exame. Indefiro, portanto, o pedido de realização de perícia, com fulcro no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

No mérito, observo que a infração diz respeito à apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito o que enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido.

Assim, considerando o resultado do levantamento realizado, a autuante presumiu ter ocorrido omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, baseado na previsão contida no artigo 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, que transcrevo abaixo.

“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”.

Noto que o autuado se insurgiu contra a autuação, argumentando que nas informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito estão computados todos os pagamentos relacionados ao estabelecimento, contudo, dentre estes pagamentos encontram-se computados, também, os valores relacionados ao serviço do garçom (10%), *couvert* artístico e serviço de manobristas, já tributados pelo ISS. Alega que na composição da base de cálculo deveriam ser contabilizados apenas os valores decorrentes de pagamento mediante cartão relacionados com as bebidas e refeições fornecidas pelo restaurante, fatos geradores capazes de validar a incidência do ICMS.

Conforme dito linhas acima, no intuito de apurar os argumentos defensivos, o processo foi convertido em diligência em três oportunidades, sendo que, a autuante no atendimento das solicitações, corretamente, refez os cálculos deduzindo da base de cálculo os valores com manobristas, *couvert* artístico, taxa de serviço, bem como os valores referentes ao percentual de proporcionalidade de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, na forma da Instrução Normativa nº 56/2007, resultando no total de ICMS devido no valor de R\$ 16.092,24, conforme nova planilha que elaborou.

Cumpre observar, relativamente à alegação defensiva de que se encontrava no período da autuação na condição de optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, que tal fato não tem qualquer afetação quanto ao levantamento levado a efeito pela autuante, haja vista que o contribuinte optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS que incorresse na prática de infração de natureza grave, tratada no inciso III do inciso V do artigo 915 do RICMS/97, na apuração do imposto deveriam ser seguidos os mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, conforme previsão do artigo 408-S, do RICMS/BA, tendo sido aplicada corretamente a alíquota de 17%, conforme alteração introduzida pelo Decreto nº 7.886/00, com efeitos a partir de 30/12/00, com a concessão do crédito presumido calculado à alíquota 8% sobre a receita omitida, nos termos do § 1º do mesmo artigo, alterado pelo Decreto nº 8.413/02.

Quanto à alegação defensiva de desconsideração pela autuante dos pagamentos realizados, também não assiste razão ao impugnante, pois tais pagamentos foram realizados na condição de optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS –SimBahia, inexistindo qualquer relação com o imposto exigido no Auto de Infração em exame, que diz respeito a omissão de saídas de mercadorias tributadas, conforme já explicitado acima. Obviamente que o alegado recolhimento do imposto pelo Regime SimBahia não abrange as saídas realizadas pelo autuado sem documentação fiscal.

Diante do exposto, a infração é parcialmente subsistente no valor de R\$ 16.092,24.

No respeitante à multa de 70%, observo que está em conformidade com o art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, tendo sido corretamente aplicada ao caso da lide. Quanto à sua redução, requerida pelo autuado, por se tratar de descumprimento de obrigação principal, esclareço que a competência para sua apreciação é da Câmara Superior deste CONSEF.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **130080.0022/07-0**, lavrado contra **LUCIANA ÂNGELA DESIRÉE NAPRAVNIK**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.092,24**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, cabendo a homologação do valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de maio de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR