

A. I. N° - 117227.0304/12-5
AUTUADO - AMR LUZ BUFFET E DECORAÇÕES LTDA. EPP
AUTUANTE - ROQUE PEREIRA DA SILVA
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 08.04.2014

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0041-02/15

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. Revisão fiscal realizada reduziu parcialmente o valor autuado. Contribuinte acatou o resultado da revisão. Infração parcialmente subsistente. 2. 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. Revisão fiscal realizada reduziu parcialmente o valor autuado. Contribuinte acatou o resultado da revisão. Infração parcialmente subsistente. Não acolhidas alegações de nulidades. Não acolhido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/12/2012, para constituir o crédito tributário no valor de R\$422.424,38, em razão de:

Infração 01 - 02.01.01 - Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$387.897,83, nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

Infração 02 - 05.08.01 - Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, com ICMS devido no valor de R\$34.526,55.

O autuado, folhas 421 a 429, impugnou o lançamento tributário, inicialmente, alegando que as Infrações 01 e 02, não merecem prosperar, vez que a contabilidade da empresa é centralizada, portanto toda a documentação fiscal/contábil é realizada pela matriz, em razão disso será demonstrado que nada deve ao Fisco Estadual com a juntada posterior de documentos.

Comenta que as presunções só devem ser aplicadas quando não houver outra forma de apurar o imposto supostamente devido, uma vez que a presunção pode afetar a legalidade da obrigação principal, de maneira que a presunção está no campo da possibilidade e não da certeza. Foi o que ocorreu no caso em tela, já que a autoridade autuante simplesmente baseou-se em meras presunções para apontar suposto crédito tributário, quando afirma ter apurado, por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao supostamente fornecido pela instituição financeira.

Aduz que o Direito Tributário não pode se basear em meros indícios ou suposições para se chegar em eventual valor a ser recolhido aos cofres públicos, pois contraria o princípio da tipicidade fechada e da segurança jurídica. Isso porque, esse ramo do direito pauta-se na expropriação de direito do contribuinte, qual seja, o direito à propriedade.

Salienta que a presunção da Fazenda Pública é meramente relativa, traz o autuado elementos probantes, capazes de elidir o argumento fazendário, que no caso em tela busca o único fim arrecadatório, sem sequer analisar de fato toda a vida contábil e fiscal da empresa. Assim, requer que seja realizada diligência contábil/fiscal, através da ASTEC, a fim de demonstrar a inexistência de débito, corroborando a todos os argumentos aqui esposados.

Aduz que as multas de 70% e 100% são confiscatórias, cita doutrina e jurisprudência sobre o tema. Registra que os juros são suficientes para desestabilizar qualquer grande empresa, ferindo assim o princípio constitucional da livre iniciativa.

Ao final, requer pela nulidade ou improcedência da autuação, redução das multas para 30%, juntada posterior de documentos e realização de diligência pela ASTEC.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 442 a 445, aduz que o autuado apresentou defesa sem qualquer fundamentação.

Em relação a infração 01, aduz que o contribuinte não estando enquadrado no Regime do Simples Nacional, apurou o imposto devido como se estivesse enquadrado no regime em comento. Assim, no processo de fiscalização, o autuante refez a apuração, conforme constam nos autos, mediante Regime Normal de Apuração, deduzindo os valores recolhido pelo contribuinte e, consequentemente, efetuou o lançamento da diferença apurada.

Em relação a infração 02, frisa que utilizou a metodologia de deduzir dos VALORES DAS VENDAS, com uso de cartão de débito e de crédito, constantes das informações fornecidas pelas instituições financeiras e administradoras de cartão, os VALORES DAS VENDAS, mediante uso de cartão de crédito e de débito, constantes nas reduções “Z”, adicionados às vendas realizadas, mediante emissão de notas fiscais, emitidas em substituição ao documento fiscal, emitido pelo ECF.

Em nova manifestação defensiva, fls. 449 a 454, informa que exerce suas atividades no ramo de gênero alimentícios a mais de 25 anos. Registra que o equívoco ocorrido de não ter efetuado o recolhimento com base na alíquota descrita no auto, se deu pelo fato da empresa estar em discussão na via administrativa sob a sua exclusão indevida do regime especial de apuração de tributos. Por sua vez, consta, tanto no regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto n. 6.284/97, que em se tratando de empresas do segmento alimentício como é o caso em análise cujo objeto social é o ramo de lanchonete, o ICMS é calculado mediante aplicação de alíquota fixa no percentual de 4% (quatro por cento) sobre as receitas tributáveis, conforme transcrição literal dos dispositivos RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97, transcrevendo os artigos 267, VI, art. 272, I, 4.

Frisa que a autuação fiscal desconsiderou o montante pago pela empresa autuada através do SIMPLES NACIONAL, o que será demonstrado pela planilha em anexo.

Traz posicionamento deste CONSEF, consoante a decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão CJF nº 0050-12/02. Ademais, lembra que no passado, especificamente no ano de 2000 e 2001, a empresa sofreu 04 (quatro) autos de infração lavrados contra a matriz e contra a filial, onde os auditores reconheceram a empresa como optante do SIMBAHIA, todavia, na equivocada autuação fiscal o ICMS foi calculado com base na alíquota normal.

Argumenta que a fiscalização elabora os mesmos cálculos que os de outrora, ou seja, pelo simples fato da empresa autuada não estar enquadrada no regime especial de tributação de arrecadação de tributos, refaz os cálculos de forma que o ICMS devido seja pago pela conta corrente, sem entrar no mérito cadastral, ainda que necessária, a ação fiscal impugnada deveria tomar como base nos cálculos a forma de tributação mais favorável ao Contribuinte.

Corroborando com as razões expostas, a empresa autuada colaciona decisão exarada pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, a qual reconheceu que parte do débito fiscal já havia sido objeto de fiscalização anteriormente por meio de outro auto de infração, 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão CJF nº 0164-11/03.

Salienta que o legislador ao criar a forma de tributação com base na receita bruta, a fez pela total falta de créditos fiscais que o seguimento possui, diminuindo, portanto, os valores finais de ICMS para o contribuinte que é o consumidor final.

Por último, entende ser desproporcional a aplicação da forma de tributação normal do ICMS, razão pela qual o Auto de Infração deve ser julgado totalmente improcedente.

Em nova informação fiscal, fls. 809 a 813, o autuante frisa que o contribuinte *“reconhece que existem pendencias para com o fisco estadual, pendencias estas reconhecidas pela própria contribuinte, constantes nas planilhas ora anexadas, as quais revelam-se justas e proporcionais aos fatos relativos na presente ação fiscal”*, fl. 454.

Registra que a defesa apresentou informações relativas aos extratos do Simples Nacional, fls. 462 a 607, onde constam os valores relativos aos tributos apurados, inclusive o ICMS, relativo a cada estabelecimento.

Aduz que intimou o contribuinte a apresentar comprovação dos recolhimentos que alegou na defesa, os quais foram apresentados, fls. 262 a 808.

Destaca que, ante este cenário, o autuante verificando a documentação apresentada e os dados constantes do sistema da SEFAZ, constatou, mediante consulta nas Relações dos DAES, fls. 613 a 617, que o autuado efetuou os recolhimentos do ICMS, constantes do Extrato do Simples Nacional, relativamente ao estabelecimento referente à presente fiscalização, exceto o correspondente ao mês de Abril/2008. Após os ajustes realizados foram efetuadas as Planilhas referentes ao ICMS devido e a Recolher, constantes das folhas 618 a 621, considerando-se a tributação com a carga tributária de 4% sobre a Receita Tributária o débito do imposto, relativamente à infração 01 foi reduzido para o total de R\$7.985,59, conforme o discriminado do Demonstrativo I, fls. 811 e 812.

Quanto à infração 02, afirma que após os ajustes dos valores passam a ser os constantes dos Demonstrativos II, III e IV, fls. 814 a 816.

Ao final, opina pela procedência em parte do Auto de Infração, ficando o seu valor total reduzido para o montante de R\$ 16.108,60, nos termos dos Demonstrativos em anexos.

O autuado recebeu cópia dos novos demonstrativos e se manifestou, fl. 823, acatando o resultado da revisão fiscal, informando que efetuará o recolhido do novo valor apurado.

VOTO

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança, as multas aplicadas e aos juros, ressalto 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.

Não acolho as preliminares de nulidade requeridas pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico.

Cabe destacar que o Auto de Infração foi lavrado mediante Sistema Informatizado, devidamente aprovado pela Administração Tributária, inclusive em relação as descrições das infrações imputadas, as quais são padronizadas, previamente, pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Ressalto que os demonstrativos foram devidamente entregues ao sujeito passivo, conforme assinatura nos próprios papéis de trabalhos, além das diversas intimações realizadas pelo autuante para apresentação de documentos, mesmo após a lavratura do Auto de Infração.

Resta claro que não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório,

visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Portanto, ante ao acima exposto, não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Acerca do novo pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constantes do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

No mérito, na infração 01 é imputado ao sujeito passivo não ter recolhido ICMS, nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

Em sua defesa o sujeito passivo alegou que o autuante não considerou os recolhimentos efetuados e não observou que o regime de tributação seria com alíquota da 4% sobre as receitas.

Na segunda informação fiscal, o autuante revisou os levantamentos, ressaltando que a defesa apresentou informações relativas aos extratos do Simples Nacional, fls. 462 a 607, onde constam os valores relativos aos tributos apurados, inclusive o ICMS, relativo a cada estabelecimento. Registra que intimou o contribuinte a apresentar comprovação dos recolhimentos que alegou na defesa, os quais foram apresentados, fls. 622 a 808. Destaca que, ante este cenário, o autuante verificando a documentação apresentada e os dados constantes do sistema da SEFAZ, constatou, mediante consulta nas Relações dos DAES, fls. 613 a 617, que o autuado efetuou os recolhimentos do ICMS, constantes do Extrato do Simples Nacional, relativamente ao estabelecimento referente à presente fiscalização, exceto o correspondente ao mês de Abril/2008. Após os ajustes realizados foram efetuadas as Planilhas referentes ao ICMS devido e a Recolher, constantes das folhas 618 a 621, considerando-se a tributação com a carga tributária de 4% sobre a Receita Tributária o débito do imposto, relativamente à infração 01 foi reduzido para o total de R\$ 7.985,59, conforme o discriminado do Demonstrativo I, fls. 811 e 812.

Acolho integralmente o resultado da revisão fiscal, uma vez que foi realizada com base nos documentos e dados do sistema de arrecadação da SEFAZ. Ademais, devo ressaltar que, diante da diligência fiscal, o autuado recebeu cópia do novo demonstrativo sendo informado do prazo legal para se manifestar, entretanto, silenciou. Interpreto esse silêncio com reconhecimento tácito do novo valor reclamado, conforme Art. 140, do RPAF/99, o qual determina que “*O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*”.

Assim, entendo que a infrações 01 restou parcialmente caracterizada, conforme abaixo:

	MULTAS	
	50%	60%
30/04/2008	1.441,00	
31/05/2008	216,26	
30/06/2008	1.313,76	
31/07/2008	162,47	
31/08/2008	191,86	
30/09/2008	173,97	
31/10/2008	178,91	
30/11/2008	189,15	
31/12/2008	285,25	
31/01/2009	217,55	
28/02/2009	167,14	
31/03/2009	189,28	

30/04/2009	182,67	
31/05/2009	210,42	
30/06/2009	188,39	
31/07/2009	202,28	
31/08/2009	200,43	
30/09/2009	61,11	
31/10/2009	68,73	
30/11/2009	67,77	
31/12/2009	88,23	
31/01/2010	62,97	
28/02/2010	38,64	
31/03/2010		50,88
30/04/2010		32,93
31/05/2010		35,90
30/06/2010		31,55
31/07/2010		39,26
31/08/2010		37,36
30/09/2010		34,00
31/10/2010		27,61
30/11/2010		61,91
31/12/2010		89,05
31/01/2011		87,07
28/02/2011		82,15
31/03/2011		75,86
30/04/2011		80,80
31/05/2011		85,67
30/06/2011		80,00
31/07/2011		85,43
31/08/2011		85,60
30/09/2011		76,50
31/10/2011		82,55
30/11/2011		83,68
31/12/2011		541,59
TOTAL	6.098,24	1.887,35

Na infração 02 é imputado ao autuado a 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.

Observo que o levantamento realizado pelo autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como 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 da Lei 7.014/96.

Em sua defesa o sujeito passivo apresentou os mesmos argumentos para ambas as infrações. Assim como na infração anterior, o autuante revisou o levantamento fiscal com base nos argumentos e documentos apresentados pela defesa, bem como nos dados constantes dos sistemas fazendários.

Portanto, também acolho integralmente o resultado da revisão fiscal realizada, entendendo que a infração 02 restou parcialmente caracterizada, conforme abaixo:

	MULTAS	
	70%	100%
31/01/2009	71,01	
28/02/2009	120,97	
31/03/2009	143,14	
30/04/2009	103,03	
31/05/2009	183,74	
30/06/2009	45,97	
31/07/2009	214,57	
31/08/2009	223,38	
30/09/2009	55,88	
31/10/2009	212,57	
30/11/2009	227,91	
31/12/2009	334,67	
31/01/2010	301,39	
28/02/2010	229,43	
31/03/2010		310,19
30/04/2010		281,50
31/05/2010		350,57
30/06/2010		290,92
31/07/2010		3,18
31/08/2010		0,89
30/09/2010		0,00
31/10/2010		325,31
30/11/2010		317,00
31/12/2010		72,52
31/01/2011		282,34
28/02/2011		285,32
31/03/2011		263,72
30/04/2011		215,86
31/05/2011		308,92
30/06/2011		284,69
31/07/2011		337,19
31/08/2011		368,60
30/09/2011		301,26
31/10/2011		275,25
30/11/2011		214,89
31/12/2011		565,23
TOTAL	2.467,66	5.655,35

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	ICMS DEVIDO –V. HISTÓRICO
1	PROCEDENTE EM PARTE	7.985,59
2	PROCEDENTE EM PARTE	8.123,01
TOTAL		16.108,60

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **117227.0304/12-5**, lavrado contra **AMR LUZ BUFFET E DECORAÇÕES LTDA. EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.108,60**, acrescido das multas de 50%, sobre R\$6.098,24, 60% sobre R\$1.887,35, e de 70%, sobre R\$2.467,66 e 100% sobre R\$5.655,35, previstas no art. 42, incisos I, alínea “a”, II, alínea “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de março de 2015.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA - JULGADOR