

A. I. Nº - 191792.000214-2  
AUTUADO - ALAQUA COMERCIAL DE ÁGUA E ALIMENTOS DE ALAGOINHAS LTDA. - ME  
AUTUANTE - ALEX GUIMARÃES DE ARAUJO  
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS  
INTERNET - 13/03/2015

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO JJF Nº 0051-03/15

**EMENTA:** ICMS. 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 tributáveis sem pagamento do imposto devido. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/07/2014, imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de falta de recolhimento do imposto, constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com 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 de 2011 a dezembro de 2012 (Infração 1-17.03.16), sendo exigido ICMS no valor de R\$ 73.553,45, acrescido da multa de 75%.

O autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 71 a 77, afirmando que apesar de ter havido um desencontro entre o valor informado pelas financeiras e o detectado na sua escrita fiscal, tal fato não gerou qualquer prejuízo ao Estado. Menciona que a mão de obra do local é de baixa qualificação, especialmente aqueles que trabalham nos caixas da empresa, mas se houve equívoco jamais teve a intenção de não recolher tributo.

Ressalta que estaria certo o fiscal se as mercadorias por ele comercializadas não fossem do ramo de alimentos, o que não é o caso. Entende que a base de cálculo deve ser estabelecida na legislação própria em razão do princípio da estrita Reserva legal, respeitando, assim, os limites impostos pela lei em sentido estrito. Diz que, no caso concreto, o valor total das saídas deveria ser reduzido nos percentuais indicados no art. 265, quando referente a mercadorias isentas, e ter a base de cálculo reduzida na hipótese do art. 266, ambos do RICMS-BA/12. Conclui que o valor apurado pelo autuante, R\$73.553,45, não representa o total do montante imponível, mas sim a diferença de faturamento apurada pela fiscalização, mas que não representa a base de cálculo do ICMS.

Afirma que *“é certo que o contribuinte deve ter o tributo a recolher, mas se houver, precisa ser calculado na forma regulamentar, ou seja, com as isenções e as reduções da base de cálculo, haja vista ter sido levantada uma diferença no volume de saídas e todas elas tidas como 100% tributáveis”*.

Diz que outro fator "esquecido" pela fiscalização, até mais relevante, é que não foi considerada na autuação, o "SimBahia". Explica que, no exercício fiscalizado, consta no sistema cadastral da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, que era optante pelo regime do SimBahia e teve um faturamento anual, ainda que fosse somado à omissão apurada, inferior ao limite legal, tanto assim que não foi desequilibrado do referido regime. Esclarece que, se uma empresa é tributada pelo regime do SimBahia, incorrendo qualquer das hipóteses previstas no art. 406-A do RICMS-BA, o imposto apurado e não recolhido, em razão de suas operações, deve seguir o mesmo rito.

Finaliza afirmando que não cometeu nem comete qualquer auto fraudulento, sendo as infrações atos de natureza meramente escritural. Requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente,

"no item 01 e 02", tendo em vista inexistir qualquer tributo a ser recolhido. Solicita ainda, caso seja esclarecedor, a realização de diligência para comprovar a veracidade de seus argumentos.

O autuante presta informação fiscal às fls.80/83, dizendo que ao contrário do afirmado pelo sujeito passivo, às saídas não declaradas ao Fisco através de cartão de crédito e débito trouxe prejuízo ao Estado da Bahia, pois deixou de recolher o tributo, com base no art. 18 da LC 123/06.

Esclarece que o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte- Simples Nacional não permite a redução de base de cálculo de nenhum produto comercializado. Diz que o fato gerador do imposto é a receita proveniente de comercialização de produtos e serviços prestados, não excluindo a incidência do ICMS devido por substituição tributária, conforme o art. 13, inc. XIII, da referida LC 123/06, que transcreveu.

Registra que o trabalho foi realizado com base nos dados informados pelo autuado e nas Declarações Anuais de Simples nacional (DASN), onde o próprio contribuinte declara que 100% de suas receitas auferidas no período de janeiro a novembro de 2010 são decorrente de operações sem substituição tributária, sendo que apenas no mês de dezembro de 2010 foi declarada a existência de uma parcela de operações com substituição tributária.

Afirma que toda a legislação do antigo SimBahia foi revogada em 30 de junho de 2007, por meio da Alteração nº 64 do RICMS-BA/97, e que o próprio autuado fez a opção pelo regime do Simples Nacional em 24 de março de 2009, passando, a partir dessa data, a seguir a legislação do Simples Nacional.

Conclui mantendo integralmente a autuação.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal, na sessão do dia 15/10/2014, considerando as alegações defensivas de que, entre outros argumentos, houve equívoco por parte dos seus funcionários, particularmente aqueles que trabalham nos caixas da empresa e que a infração é de natureza meramente escritural.

Considerando que não foi localizado nos autos documentos comprobatórios da entrega ao sujeito passivo das cópias dos Relatórios de Informações TEF Diários, ou seja, os extratos analíticos diários com registros individuais dos valores de cada pagamento com cartão, por instituição financeira, operação por operação, para que o autuado faça o cotejamento com os seus boletos.

Deliberou pela conversão do processo em diligência à INFAZ de origem, a fim de que o fiscal autuante adotasse as seguintes providências:

- a) intimasse o contribuinte e fazer entrega, mediante recibo, do mencionado relatório Diário TEF, concedendo-lhe o prazo de 30 dias para a apresentação dos elementos pertinentes;
- b) Caso o autuado questionasse os valores lançados, deveria o autuante prestar nova informação, refazendo os demonstrativos fiscais, se fosse o caso.

O auditor cumpriu o solicitado no item "a" do pedido de diligência, de acordo com documento de fl. 97, e reabriu o prazo de defesa, porém o contribuinte não se pronunciou.

## VOTO

O Auto de Infração em lide atribui ao contribuinte o cometimento de irregularidade, decorrente de falta de recolhimento do imposto constatada pela presunção de 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 administradora de cartão de crédito/débito.

Em sua defesa o autuado alegou equívocos, por parte dos seus funcionários, particularmente aqueles que trabalham nos caixas da empresa.

O processo foi convertido em diligência para que o fiscal autuante, inicialmente, procedesse a entrega das cópias dos Relatórios de Informações TEF Diários ao sujeito passivo, uma vez que não foi localizado nos autos o comprovante de entrega dos referidos documentos e reabrisse o prazo de defesa. Caso o autuado questionasse os valores lançados foi solicitada a elaboração de

novos demonstrativos, se necessário.

De acordo com a intimação de fl. 97, devidamente assinada pelo representante da empresa, os mencionados Relatórios, que contém todas as operações individualizadas informadas pelas administradoras de cartão de débito e crédito, foram entregues e reaberto o prazo de defesa. Transcorrido o prazo regulamentar o contribuinte não apresentou quaisquer documentos que comprovassem os alegados equívocos cometidos por seus operadores de caixa. Como tais provas se referem a documentos que estão de posse do próprio contribuinte, caberia a este trazê-los aos autos para elidir a infração, demonstrando as incorreções alegadas, o que não ocorreu.

No que tange ao argumento do autuado de que o desencontro entre os valores informados pela administração de cartão e os apurados na sua escrita fiscal não gerou prejuízo ao Estado, este não procede, pois ao não emitir os documentos fiscais relativos àquelas vendas e consequentemente não efetuar o registrar na sua escrita fiscal, deixou de recolher o ICMS devido sobre as parcelas omitidas.

O autuado afirma ainda, que na apuração do imposto, deveriam ter sido considerado as operações isentas, reduzindo assim a base de cálculo do imposto.

Consoante extrato de dados cadastrais emitido pelo o Sistema Informatizado de Informações do Contribuinte – INC, desta SEFAZ, anexado à fl. 08 do PAF, o sujeito passivo, à época do fatos geradores era optante pelo Simples Nacional e não SimBahia, como afirmado na sua defesa, até porque, a legislação do SimBahia foi revogada em 30 de junho de 2007, enquanto que os fatos geradores da imputação referem-se aos exercícios de 2011 e 2012.

Assim, de acordo com regime a que o contribuinte optou (Simples Nacional) o imposto é calculado através de um percentual sobre a Receita bruta mensal auferida (Regime de competência) ou recebida (Regime de Caixa). Na apuração dessa receita bruta são deduzidas as devoluções de vendas, as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos e as operações com fase de tributação encerrada por substituição tributária. Portanto, não há previsão legal para redução de base de cálculo ou exclusão de operação isenta na apuração do imposto devido.

Quanto ao questionamento de que não cometeu ato fraudulento, sendo a infração atos de natureza meramente escritural esclareço que tendo sido encontrada diferença entre o valor de vendas através de cartão de crédito/débito apurado pelo contribuinte e o valor informado pela empresa administradora do cartão de crédito/débito, tal fato constitui uma presunção de omissão de receitas, conforme disposto no artigo 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, sendo facultado ao autuado provar a ilegitimidade da presunção, fato que não ocorreu, o que caracteriza a infração e a sua subsistência.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **191792000214-2**, lavrado contra **ALAQUA COMERCIAL DE ÁGUA E ALIMENTOS DE ALAGOINHAS LTDA. - ME**, devendo ser intimando o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$73.553,45**, acrescido da multa de 75%, prevista nos arts. 34 e 35, da Lei Complementar nº 123/06, c/c o inciso I, do art. 44, da Lei nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2015.

JOSÉ FRANKLIN FONTE REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOWAN OLIVEIRA DE ARAÚJO - JULGADOR