

A. I. Nº - 232535.0002/11-3
AUTUADO - VAIS SANTOS COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.
AUTUANTE - LUIZ GONZAGA DA SILVEIRA JUNIOR
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 10.02.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0002-04/12

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. a) RECOLHIMENTO A MENOS DE ICMS POR ERRO DA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU ALÍQUOTA NA DASN GERADA PELO PGDASN. b) PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA DE MERCADORIA TRIBUTÁVEL. Em cotejo das operações declaradas na escrita, documentos e valores informados pelas Administradoras dos cartões com as DASN's do período fiscalizado em auditoria específica foram apuradas as diferenças acusadas que não foram elididas na forma prevista pelo art. 123 do RPAF e a apuração de saídas em valor inferior ao 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. Rejeitadas as preliminares de nulidade e indeferido pedido de diligência para revisão do lançamento. Infrações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 29/03/2011 para exigir ICMS no valor total de R\$73.068,44 em decorrência das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor. Valor R\$ 3.285,79. Período: janeiro, março a dezembro 2008, janeiro a dezembro 2009. Multa 75% (art. 35 da LC 123/06; art. 44, I da Lei Federal 9.430/96, redação dada pela Lei 11.488/07);
2. Omissão de saída de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas pagas com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009. Valor do ICMS: R\$ 69.782,65. Multa 150% (art. 35 da LC 123/06; art. 44, I e §1º da Lei Federal 9.430/96, redação dada pela Lei 11.488/07).

O contribuinte apresentou impugnação às fls. 125/142 do PAF. Discorre sobre os princípios da Legalidade Objetiva, Verdade Material, Inquisitorialidade e Tipicidade Cerrada para, entendendo feridos, requerer em preliminar a nulidade do auto de infração. Alega falta de clareza na descrição da infração 01 dizendo que na legislação estadual não há dispositivo legal que informe a infração como descrita e que o autuante não explicou existência de nexo causal entre “omissão de saídas de mercadorias tributáveis” e inexistência de recolhimento” dentro do mesmo fato gerador e que isto seria fundamental para que conhecesse a real acusação fiscal, razão pela qual entende não estar a infração caracterizada e não existe nos autos elementos que possam

determiná-la com segurança, o que enseja a nulidade do auto de infração com base no art. 18, IV, “a” do RPAF. Nesse sentido, transcreve ementas do CONSEF.

No mérito diz que a ação fiscal é improcedente e, o transcrevendo, pede atenção para a disposição contida no art. 155, parágrafo único do RPAF.

Com relação à infração 01, reforça seu entendimento de caracterização de nulidade. Diz que houve pagamentos conforme os comprovantes que anexa, cabendo uma parte à Bahia, não procedendo a infração que entende confusa.

Quanto à infração 02, diz que o autuante se equivoca no seu valor. Aduz que a legalidade objetiva desautoriza a Administração agir com arbitrariedade e utilizando-se do seu poder discricionário deve buscar a verdade material através de provas. Não pode presumir omissão de saída. Solicita diligência fiscal para corrigir o valor cobrado e que o cálculo do ICMS devido, seja efetuado de forma comparativa com os documentos fiscais emitidos e com os demonstrativos da declaração do Simples Nacional (DASN) em anexo.

Conclui que o autuante cometeu erros, enganos, falhas e equívocos, como caracterizar a infração de forma imprecisa e por presunção sem procedência. Requer a nulidade da infração 01 e revisão da infração 02.

O autuante presta informação fiscal (fls. 196 a 200). Depois de descrever as infrações e resumir os argumentos da defesa diz não ver fundamento nos argumentos defensivos tanto no que se refere à preliminar suscitada, quanto às outras questões, inclusive às de mérito.

Aduz que o auto de infração foi emitido pelo aplicativo AUDIG após verificações fiscais e confronto de dados apresentados e declarados pelo próprio autuado (valores de receitas e ICMS mensais = extratos mensais de PGDAS de fls. 23 a 70; vendas diárias = notas fiscais emitidas às fls. 71 a 120) e as informações das vendas prestadas pelas Administradoras de cartões – operações TEF (fl. 121).

Com relação à descrição da infração 01, infere-se que diz respeito ao não recolhimento de parte do ICMS devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, que o autuado deixou de fazer. Informa que cobra as diferenças de ICMS levando em consideração o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições do Simples Nacional. Aduz que, conforme relatórios de fls. 10/11 e 15/16, o ICMS é o tributo exigido, cujos valores das diferenças devidas constam do relatório de fls. 11 (2008) e 16 (2009). Assim, diz não haver contradição na redação da infração, ressaltando o correto enquadramento legal. Salaria que os valores mensais do ICMS declarados pelo autuado à Receita Federal, consoante extratos mensais de PGDAS de fls. 23 a 70, foram considerados nos cálculos, conforme se observa nos relatórios de fls. 10 a 15.

Quanto à infração 02, diz que a demonstra devidamente nos relatórios de fls. 07 a 16, cujas cópias foram fornecidas ao autuado que não contestou seus dados nem apresentou provas capazes de elidir a presunção e nem tampouco demonstrou erros de cálculos na apuração do ICMS exigido.

Informa que entregou cópia do Relatório TEF-Diário ao autuado conforme recibo de fl. 03 e diz que o pedido de diligência deve ser rejeitado. Fala que os documentos que o impugnante acostou aos autos (fls. 143 a 163 e 166 a 192), ratificam dados contidos nos docs. de fls. 23 a 70 que juntou ao auto de infração.

Fala que, conforme o “Relatório de Omissão Mensal Cartão (TEF)”, se vê que o autuado apresentou vultosas divergências (R\$149.419,03 em 2008 e R\$2.085.925,40 em 2009), apuradas quando do cruzamento entre o total de operações TEF informadas pelas Administradoras e o total de Notas Fiscais Cartão (docs. fls. 07 e 12).

Conclui mantendo a autuação no valor original.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração para exigir ICMS e multa em decorrência das seguintes imputações:

1. Deixou de recolher valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor;
2. Omissão de saída de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas pagas com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Em defesa ao lançamento tributário, o contribuinte, com escopo no art. 18, IV, “a” do RPAF, alega nulidade da infração 01, em face de ver contrariados os princípios da Legalidade Objetiva, Verdade Material, Inquisitorialidade e Tipicidade Cerrada, em especial, alegando falta de clareza na descrição da infração.

Portanto, em atenção ao art. 154 do RPAF, inicialmente devo dizer que compulsando os autos vejo que, ao contrário do expressado pelo impugnante, o procedimento fiscal foi desenvolvido em plena normalidade obedecendo aos preceitos legais, em especial aos atinentes ao devido processo legal. O auto de infração contém os requisitos previstos nos arts. 15, 16, 19, 22, 26, 28, 39, 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF. Foram entregues ao contribuinte autuado cópia dos papéis de trabalho, inclusive do relatório diário TEF, conforme recibo de fl. 03, tendo ele estabelecido o contraditório utilizando seu amplo direito de defesa. Não tenho a fazer qualquer observação quanto ao método de fiscalização utilizado e as infrações autuadas são respaldadas na legislação tributária da Bahia, sendo o item 01 no art. 21, I e 02 no art. 18 e 26, I, todos da Lei Complementar 123/06, além do §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Portanto, e conforme será mais apreciado na análise de mérito do lançamento tributário, afasto o pedido de nulidade pretendida, em especial por não haver possibilidade de subsunção nas hipóteses previstas no art. 18 do RPAF.

Para a infração 01, o Impugnante centra defesa argüindo sua nulidade com base no art. 18, IV, “a” do RPAF por entendê-la descrita de forma confusa e não se enquadrar nos artigos citados, não vendo observados os princípios da legalidade objetiva, verdade material, inquisitorialidade e tipicidade cerrada.

Pois bem, a infração 01 está assim descrita: “Deixou de recolher valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota a menor”.

O art. 21, I, da Lei 123/06 reza que o autuado, inscrito no Simples Nacional, deve pagar os tributos devidos, apurados na forma prevista nos arts. 18 a 20 (inclusive o ICMS), ou seja, determinados mensalmente mediante aplicação da tabela do Anexo I da citada lei, utilizando como base para determinação da alíquota a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao período de apuração, que incidirá sobre a receita bruta auferida em cada mês de referência e apuração dos tributos, podendo tal incidência se dar, à opção do contribuinte, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irretratável para todo o ano-calendário.

Analisando os autos vejo que, conforme o próprio impugnante ratifica com os documentos que acosta à Defesa (fls. 164 a 192), o contribuinte cumpriu sua obrigação tributária no período fiscalizado dentro do regime do Simples Nacional com base nas informações de receita que prestou nas DASN’s de fls. 23 a 70, elaboradas por ele em programa específico (PGDAS) previsto no § 15 do art. 18 da Lei 123/06, juntadas aos autos pelo autuante. Entretanto, fundando-se nas informações de vendas de mercadorias pagas com cartões de crédito e/ou de débito prestadas pelas Administradoras, conforme Relatório TEF-Diário analítico das operações, cuja cópia foi entregue ao contribuinte (recibo de fl. 03) e demonstrativos de fls. 07 a 16, além dos documentos fiscais relativos às vendas diárias, conforme relação de fls. 71 a 120, onde seu próprio Contador

declara corresponderem às notas fiscais de venda ao consumidor do período fiscalizado, em correto procedimento de auditoria a fiscalização identificou receitas tributáveis pelo ICMS que o contribuinte não incluiu nas bases de cálculos dos recolhimentos que efetuou, ou seja, não pagou tributos devidos por tais receitas omitidas nas competências das DASN's que elaborou no período fiscalizado.

Pois bem, identificada essa omissão de receitas, este lançamento estar a exigir o ICMS a ela relativo pelo cometimento de duas infrações: a) a infração 01, código 17.02.1 correspondente ao recolhimento de ICMS menor que o devido em face de erro na informação da receita tributável lançada no PGDAS que calculou os tributos pagos, cuja descrição consta inequívoca e clara no auto de infração, aqui exigido em face de recálculo fiscal do ICMS que o contribuinte deveria ter recolhido nos respectivos meses de competência do período fiscalizado em face da inclusão da receita tributável omitida nas DASN's que lhe serviram de base ao ICMS que efetivamente recolheu nos respectivos meses de competência, conforme demonstrativos de fls. 11 e 16, coluna "Omissão de recolhimento/Recolhimento a menor"; b) infração 02, código 17.03.02, também com precisa descrição no auto de infração, correspondente ao ICMS devido pela presunção de receita omitida, calculado com base nos percentuais concernentes ao ICMS no regime de tributação do Simples Nacional e apurado pelo confronto dos valores das operações de vendas pagas através de cartões de crédito e/ou débito informadas pelas Administradoras em cumprimento da obrigação estabelecida no art. 35-A da Lei nº 7.014/96, com os respectivos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte para tais operações, os quais se acham relacionados às fls. 71 a 120 com declaração de veracidade e conferência certificada pelo identificado contador da empresa autuada, nas fls. 100 e 120, conforme demonstrativos de fls. 07, 12, cujo ICMS exigido acha-se demonstrado nas planilhas de fls. 11 e 16, coluna "ICMS cartão".

Ora, tratando-se de presunções de omissões de receitas em ambas as infrações, observo que o art. 34 da Lei 123/06 reza que se aplicam às empresas enquadradas no regime de tributação do Simples Nacional todas as presunções de omissão de receitas existentes nas legislações dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional e o § 4º do art. 4º da lei do ICMS da Bahia (Lei 7.014/96) prevê que a 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.

Obviamente, como a presunção prevista no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 é relativa, pode ser elidida mediante provas documentais com, por exemplo, identificação de inconsistências no levantamento fiscal ou irregularidades por indevidas identificações de meio de pagamento em documentos fiscais. Cabe ao contribuinte provar os possíveis equívocos na presunção acusada. Aliás, é o que lhe indica o art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal quando assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

Vejo que no caso em lide o contribuinte autuado se limitou a argüir a nulidade da autuação em face, segundo ele, da não observância de princípios constitucionais tributários no procedimento fiscal, ainda argüindo improcedência das infrações dizendo - sem apontá-los -, que o autuante cometeu erros, enganos, falhas e equívocos e, para corrigi-los, solicita diligência fiscal que de logo indefiro com fundamento no art. 147, I, "a" e "b" do RPAF, pois além de considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, o pedido se destina a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que, se existissem, estariam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

No que se refere à presunção de omissão de saída, o impugnante não a admite dizendo que a Administração agiu com arbitrariedade contrariando a legalidade objetiva e a verdade material que não a permite, uma vez que, segundo ele, não há documentos fiscais que comprovem a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária confrontados com provas obtidas pelo autuante.

Sobre esse aspecto atento que, no presente caso, estamos diante de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil, que assim se expressa:

Art. 334. Não dependem de prova:

...

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade.

As presunções podem ser absolutas, que não admitem prova em contrário, ou relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário. O fato presumido é tido como verdadeiro até que a ele se opuser a prova em contrário.

A acusação em tela é de presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis em razão de declaração de vendas com pagamentos por cartões de crédito em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito legalmente prevista no art. 4º, §4º da Lei 7.014/96. Portanto, presunção legal e, para elidi-la, o sujeito passivo há que comprovar sua inexistência ou que a receita omitida foi oferecida à tributação na forma da lei o que no presente caso significa dizer que as operações correspondentes tiveram emitidos os documentos fiscais correspondentes e que suas receitas foram consideradas para cálculo do ICMS devido nas DASN's dos respectivos meses de competência.

Para este caso, na oportunidade de defesa, além das arguições de nulidade e improcedência já refutadas, o Impugnante trouxe aos autos apenas cópias dos documentos de arrecadação do Simples Nacional que efetuou para o período fiscalizado, conforme suas Declarações Anuais do Simples Nacional que também cola aos autos às fls. 164 a 192, o que apenas ratifica o tributo já considerado pelo autuante no levantamento fiscal o que, de fato, ao contrário da pretensão defensiva, tem o efeito de reforçar o cometimento das infrações apontadas neste lançamento tributário de ofício, uma vez que não lhe é permitido receber pagamento de venda sem que tenha emitido o correspondente documento fiscal (art. 26, I, da Lei 123/06) nem deixar de oferecer à competente tribuição a receita dela decorrente.

Portanto, do modo que agiu, o sujeito passivo autuado, depreciou a lei. Preferiu silenciar quanto ao aspecto fático para apenas argüir a nulidade do auto de infração por ver transgredido alguns princípios constitucionais tributários e pedir realização de diligência para corrigir equívocos que não identifica no procedimento. Esta atitude se enquadra no quanto previsto nos arts. 140 e 142 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, uma vez que não apresentando a defesa acompanhada das indispensáveis provas capazes de elidir a acusação fiscal em acordo com o previsto no art. 123 do regulamento citado, 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 e a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Deste modo, concluo que não há razão para o inconformismo do sujeito passivo, pois é pertinente o cotejo levado a efeito pelo preposto fiscal, ficando patente a transgressão, pelo contribuinte, do dever estabelecido no art. 238, do RICMS, em relação à irregularidade de caráter acessória, e o descumprimento da obrigação principal na medida do valor exigido para as infrações. Em vista disso, considerando, inclusive, que o contribuinte objetivamente não protesta quanto aos números do levantamento fiscal, repiso que o contribuinte exerceu seu direito de ampla defesa sem carrear ao processo prova da não materialidade das infrações e, por consequência a presunção legal de saídas de mercadorias tributáveis omitidas resta confirmada e o ICMS exigido nas infrações subsiste em face de plena procedência das mesmas.

Quanto aos princípios constitucionais que o impugnante cita na Defesa saliento o seguinte: a) o princípio da legalidade objetiva se acha plenamente contemplado neste auto de infração uma vez que, como visto, as infrações decorrem de presunção legal prevista na legislação do ICMS da Bahia, recepcionada pela LC 123/06 (art. 34); b) a materialidade da presunção restou confirmada tendo em vista que o impugnante não a elidiu com competentes contraprovas o que implica em constatação da verdade material que, neste contraditório, implica na certeza dos fatos geradores e procedência do auto de infração; c) a inquisitorialidade, própria e essencial à função institucional de fiscalização está relacionada aos poderes dos órgãos de lançamento cujo procedimento é todo ele regido por um princípio inquisitório, no que concerne à investigação, e por um princípio de verdade material, no que tange à valoração dos fatos, donde resulta a livre apreciação de provas, a admissibilidade de todos os meios de prova e o dever de investigação do Fisco, sem sujeição às regras clássicas de repartição do ônus da prova e de delimitação do objeto do processo, que vigoram nos processos dispositivos, de que é paradigma o processo civil. Portanto, restrito à fase encerrada com a lavratura do auto de infração a inquisitorialidade foi exercida na medida da auditoria e utilização das provas documentais autuadas, em especial, as informações das Administradoras e documentos do contribuinte; d) quanto à tipicidade das infrações observo que os seus códigos correspondem aos tipos previstos na norma específica das infrações e suas descrições guardam consonância com os respectivos tipos legais, quais sejam: d.1) conforme descrição da infração 01, “Deixou de recolher valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor”, não deixa dúvida para entender-se que se refere à “insuficiência de recolhimentos dos tributos do Simples Nacional”, infração tipificada no inciso III do art. 14 da Resolução nº 30 do Comitê Gestor do Simples Nacional, cuja competência para tratar dos aspectos tributários alberga-se na LC 123/06 (art. 2º, I); d.2) a mesma consideração do item anterior aplica-se à infração 02 “Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões”, corresponde à infração “Omissão de Receitas” tipificada no inciso I do dispositivo citado. Portanto, não há dúvida quanto à clareza das acusações, de modo a não oferecer qualquer margem para que o sujeito passivo não conhecesse de qual obrigação tributária está sendo acusado de descumprimento bem como do seu correspondente valor, não havendo qualquer obstáculo para que o contribuinte pudesse exercer, como fez, o contraditório com pleno uso do seu direito de ampla defesa.

Por todo o exposto, voto, portanto, pela total PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232535.0002/11-3**, lavrado contra **VAIS SANTOS COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 73.068,44**, acrescido da multa de 75% sobre R\$ 3.285,79, prevista no art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, e 150% sobre R\$ 69.782,65 prevista no §1º do dispositivo e lei citados, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR