

A. I. Nº - 210316.0012/11-4
AUTUADO - CLEIDE GUSMÃO DE ALBUQUERQUE
AUTUANTE - JOSÉ ALMIR GOMES AMORIM
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 10.02.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0024-04/12

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. a) PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA DE MERCADORIA TRIBUTÁVEL. b) RECOLHIMENTO A MENOS DE ICMS POR ERRO DA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU ALÍQUOTA NA DASN GERADA PELO PGDASN. Em cotejo das operações declaradas na escrita, documentos e valores informados pelas Administradoras dos cartões com as DASN's do período fiscalizados 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. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferidos pedidos de perícia ou diligência para revisão do lançamento. Infrações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 30/08/2011 para exigir ICMS no valor total de R\$ 39.453,00, em decorrência das seguintes infrações:

1. 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 julho a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro 2009 e janeiro a novembro 2010. Valor do ICMS: R\$ 34.281,48. Multa 150% (art. 35 da LC 123/06; art. 44, I e §1º da Lei Federal 9.430/96, redação dada pela Lei nº 11.488/07);
2. 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\$ 5.171,52. Período: julho a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro 2009 e janeiro a novembro 2010. Multa 75% (art. 35 da LC 123/06; art. 44, I da Lei Federal 9.430/96, redação dada pela Lei 11.488/07);

O contribuinte apresentou impugnação às fls. 43/46 do PAF. Requer a nulidade do auto de infração alegando entrega de demonstrativos/planilhas em mídia magnética sem a devida autenticação, o que constitui descumprimento do devido processo legal, por cerceamento de defesa, uma vez que caberá a ele, autuado, produzir provas contra si, caso a acusação fiscal se configurasse. Aduz que o princípio da segurança jurídica exige que qualquer documento apresentado em mídia eletrônica/magnética seja autenticado para evitar alteração de conteúdo.

Quanto aos fatos, em relação à infração 01, entende que a acusação não procede, pois se faz mister uma descrição analítica dos fatos e a devida instrução com elementos probatórios.

Diz que a acusação decorre de presunção fiscal uma vez que jamais omitiu saída de mercadorias. Afirma que, eventualmente, poderia ter acontecido venda com pagamento por cartão de crédito, registrada como operação de venda à vista. Fala que seu ECF autorizado pela SEFAZ apura o montante único, não existindo discriminação para as operações de vendas a crédito das vendas a dinheiro, o que pode ser analisado por fiscal estranho ao feito. Entende que ainda que o resultado da apuração tenha respaldo em presunção, não se caracteriza má-fé ou intuito de sonegação fiscal, sendo causa de mero equívoco, não cabendo seu recálculo.

Já com relação à infração 02, alega não proceder a tese acusatória porque à época não existia a modalidade de recolhimento pelo sistema. Pede sejam verificados com atenção seus recolhimentos mensais no período, cujos somatórios anuais (2007 a 2010) reproduz. Aduz ter adquirido o ECF em 2008 pelo que não poderia ser penalizado no período anterior à aquisição e argumenta que não se identifica a infração com precisão como preceitua o art. 18 do RPAF, o que reforça sua tese de nulidade.

Conclui suplicando seja o auto de infração declarado nulo ou considerado improcedente e requerendo perícia técnica e revisão fiscal.

O autuante presta informação fiscal (fls. 49 a 54). Depois de descrever as infrações e resumir os argumentos da defesa diz não proceder o pedido de nulidade sob alegação de que a mídia apresentada não foi autenticada, pois esta informação supõe que o contribuinte não conheceu os fatos e documentos probatórios do auto de infração, tais como: relatórios gerados pelo programa de fiscalização AUDIG; recibos de recepção de arquivos eletrônicos autenticados pelo programa da Receita Federal do Brasil; intimação para apresentação de livros e documentos fiscais (fl. 10); roteiro de fiscalização TEF (fls. 11 a 34); recibos dos arquivos magnético dos papéis de trabalho gerados pelo programa AUDIG (fl. 39). Aduz que os recibos de autenticação dos arquivos magnéticos estão assinados pelo autuado e integram o PAF.

Sobre a infração 01, diz que o autuado confundiu o RICMS-BA ao citar os arts. 2º, 3º, IV, 50, I, 124, I e 218 e a multa prevista no art. 42, III, da Lei n 7.014/96 com a LC 123/06, que estabelece normas gerais relativas às microempresas e empresas de pequeno porte. Entende que está comprovado e admitido pelo autuado que as vendas no período fiscalizado foram realizadas à vista, conforme Leitura “Z” que emitiu e não emitiu notas fiscais para as vendas realizadas por meio de cartão de crédito no período julho 2007 a setembro 2008, nem cupons fiscais para as vendas com recebimento via cartões no período outubro 2008 a dezembro 2010.

Sobre a alegação defensiva de aquisição do ECF apenas em 2008, argumenta que isso não exclui a responsabilidade de emissão dos documentos fiscais. Anexa novamente mídia eletrônica de relatório TEF, planilhas de notas fiscais emitidas e planilha Redução “Z”.

Com relação à infração 02, diz que o autuado ao citar que não existia a modalidade de recolhimento pelo sistema mês a mês do Simples Nacional à época dos recolhimentos demonstra desconhecimento da LC 123/06, pois consta no extrato do Simples Nacional fornecido pela Receita Federal do Brasil e emitido pelo próprio autuado, as informações exigidas pela citada lei a partir de 1º de julho de 2007.

Informa que ambas as infrações tratam de recolhimento do ICMS do Simples Nacional, sendo que a infração 01 trata da omissão de saída de mercadoria tributável 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 e a infração 02 cuida do recolhimento a menos informado na DASN, implicando em não recolhimento de parte do ICMS por erro na informação da receita e/ou alíquota. Quanto à planilha apresentada pelo contribuinte em relação aos recolhimentos nos anos 2007 a 2010, diz que nela estão contidos os recolhimentos da Antecipação Parcial, SimBahia, ICMS Descredenciado, Denúncia Espontânea e Simples Nacional.

Conclui pedindo seja o auto de infração julgado procedente.

VOTO

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

1. 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;
2. 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.

Contraditando o lançamento tributário, o contribuinte, com escopo no art. 18, IV, “a” do RPAF, requer a nulidade do auto de infração por cerceamento ao direito de defesa alegando entrega de demonstrativos/planilhas em mídia magnética sem a devida autenticação, pedido que denego em face dos recibos de fls. 35, 36, 37 e 38, devidamente assinados pelo contribuinte comprovando recebimentos de cópias dos demonstrativos e demais papéis de trabalho (inclusive relatório TEF diário do período fiscalizado), elaborados no curso da ação fiscal e devidamente autenticados com impressão digital calculada pelo padrão internacional MD5 expressa por 32 dígitos hexadecimais que garante a segurança jurídica contestada, assegura a inviolabilidade dos dados neles constantes e que integram o lançamento tributário de ofício feito com atenção aos princípios que orientam o procedimento fiscal.

Portanto, 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. O contribuinte estabeleceu 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. 18 e 26, I, todos da Lei Complementar 123/06, além do §4º do art. 4º da Lei n 7.014/96, e o item 02 no art. 21, I da mesma LC.

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

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.

Quanto aos fatos, com relação à infração 01, embora admitindo que, eventualmente, poderia ter ocorrido venda com pagamento via cartão de crédito, registrada como operação de venda à vista, o impugnante entende que a presunção não procede, pois carece de uma descrição analítica dos fatos e a devida instrução com elementos probatórios. Afirmou também que adquiriu seu ECF em 2008 não existindo discriminação para as operações de vendas a crédito das vendas a dinheiro. Entende que ainda que o resultado da apuração tenha respaldo em presunção, não se caracteriza má-fé ou intuito de sonegação fiscal, sendo causa de mero equívoco, não cabendo seu recálculo.

Analizando os autos vejo que os valores exigidos nas infrações estão demonstrados nas planilhas de fls. 11 a 34, em especial nas que formam o Anexo 3 (fls. 15, 16, 21, 22, 27, 28, 33 e 34) onde constam considerados em dedução o ICMS relativo ao Simples Nacional recolhido pelo

contribuinte no período compreendido pela ação fiscal, os quais não foram contestados. 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 e demonstrativos que compõem o Anexo 1 (fls. 11, 17, 23 e 29, 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 está a exigir o ICMS a ela relativo pelo cometimento de duas infrações: a) infração 01, código 17.03.02, 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 7.014/96, com os respectivos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte para tais operações, conforme demonstrativos que compõem o Anexo 3, cujo ICMS exigido acha-se demonstrado na, coluna “**ICMS cartão**”; b) a infração 02, 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 que compõe o Anexo 3, coluna “**Omissão de recolhimento/Recolhimento a menor**”;

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 n 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 como, por exemplo, identificação de inconsistências no levantamento fiscal ou irregularidades por indevidas identificações de meio de pagamento em documentos fiscais. Nesse caso, mediante demonstração de que os valores constantes do relatório TEF-Diário, cuja cópia recebeu, tiveram os respectivos documentos fiscais emitidos, ao menos com correspondência de valor e data, apresentação de documentos fiscais que guardassem correspondência de valores e datas.

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 arguir a nulidade da autuação por cerceamento de defesa em face de entrega de demonstrativos em mídia magnética (o que é permitido pela regra do art. 8º, § 3º do RPAF) sem a devida autenticação, o que não é verdade. Ademais, sem a necessária e indispensável comprovação, quanto aos fatos que admite embora eventualmente, apenas alega terem ocorrido por registro de venda a crédito como se fora venda à

vista, pelo que solicita perícia técnica que o caso não comporta em face da prova do fato não depender de conhecimento especial de técnicos e ser desnecessária em vista de outras provas ou revisão fiscal por diligência, pedido 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.

Sobre a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributária 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 aos pagamentos via cartões tiveram emitidos os documentos fiscais respectivos 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 argüições de nulidade e improcedência já refutadas, o impugnante trouxe aos autos apenas informações de recolhimentos, cujos valores pertinentes já foram considerados no levantamento fiscal, o que, 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 tributação a receita dela decorrente.

Portanto, do modo que agiu, o sujeito passivo autuado, deprecou a lei. Preferiu silenciar quanto ao aspecto fático para apenas argüir a nulidade do auto de infração por pretensa transgressão de princípio constitucional tributário 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 importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Deste modo, com a análise restrita aos autos, concluo não haver razão para o inconformismo do impugnante, pois é pertinente o cotejo levado a efeito pelo preposto fiscal, ficando patente a transgressão, pelo contribuinte, do dever estabelecido no art. 238, § 7º, do RICMS (emissão de documento fiscal, com informação do meio de pagamento, inclusive), 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

conseqüência, 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 à tipicidade das infrações observo que os seus códigos correspondem aos tipos previstos na norma específica das mesmas e suas descrições guardam consonância com os respectivos tipos legais, quais sejam: a infração 01, “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 art. 14 da Resolução 30 do Comitê Gestor do Simples Nacional, cuja competência para tratar dos aspectos tributários alberga-se na LC 123/06 (art. 2º, I); a infração 02 “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 quanto ao entendimento de referir-se à “insuficiência de recolhimentos dos tributos do Simples Nacional”, infração tipificada no inciso III do art. 14 da resolução citada. 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 à sua maneira), 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 210316.0012/11-4, lavrado contra **CLEIDE GUSMÃO DE ALBUQUERQUE**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 39.453,00**, acrescido das multas de 150% sobre R\$ 34.281,48 e 75% sobre R\$ 5.171,52, previstas no art. 35 da LC nº 123/06 c/c art. 44, I e § 1º da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de fevereiro de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR