

A. I. Nº - 123735.0002/11-5
AUTUADO - J. A. COMÉRCIO DE ROUPAS E ACESSÓRIOS LTDA.
AUTUANTE - DAVALCI PEREIRA MELO BARROS
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET 12.03.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0061-05/12

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Comprovada a omissão da receita, cujo imposto foi exigido mediante o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições – SIMPLES NACIONAL; **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Provado erro na informação da receita e alíquota aplicada a menor. Exigências subsistentes. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2011, exige ICMS no valor de R\$ 12.570,26, relativo ao período de agosto de 2007 a dezembro de 2009, conforme documentos às fls. 8 a 219 dos autos, em razão de duas irregularidades, a saber:

INFRAÇÃO 1 – 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, implicando no ICMS exigido de R\$ 10.239,85.

INFRAÇÃO 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, no valor de R\$ 2.330,41, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor.

O autuado, às fls. 225 a 234 dos autos, apresenta impugnação ao lançamento do crédito tributário onde, preliminarmente, arguiu a nulidade do lançamento fiscal sob a alegação de que o autuante não especificou a infração cometida, lançando mão da conjunção alternativa “ou” para confundir o defendente e dificultar a defesa, já que a acusação ficou dúbia e confusa, não se sabendo, ao certo, se tratar de cartão de crédito ou débito, uma vez que o autuante não apresentou os valores de um e de outro, ou apenas um. Assim, entende que a falta de clareza e a incerteza da acusação fulminaram de nulidade o suposto ilícito fiscal, ao não conferir os meios e recursos necessários para o exercício da ampla defesa e do contraditório. Cita doutrina e diz que o fato motivador veio acompanhado de dúvida, por isso mesmo que beneficia o contribuinte (art. 112 do CTN).

Em seguida, diz que a duvidosa acusação parece ter como lastro a quebra de sigilo bancário do autuado sem a sua autorização ou autorização judicial, o que figura como prova ilícita. Aduz que a movimentação financeira nas administradoras de cartão de crédito não pode servir de fato gerador para incidência de ICMS, visto não tratar-se de circulação de mercadorias, mas de mera movimentação de recursos em conta-corrente, tornando a peça acusatória totalmente nula, sendo imprescindível que o autuante carresse aos autos a prova de que a suposta movimentação financeira representava mesmo circulação econômica ou jurídica de mercadorias.

Quanto à segunda infração, salienta não ser diferente da primeira acusação, por isso pede que os argumentos da infração 01 sejam os mesmos, visto que a parte final da segunda acusação consigna não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita “e/ou” alíquota aplicada a menor, além de falar de não recolhimento de parte do ICMS sem revelar o valor total da exação, simples ou ICMS, e a parte não recolhida do ICMS.

Acrescenta, ainda, a ilegalidade na cobrança do ICMS e suas penalidades através de Convênio entre os entes União e Estado da Bahia, ferindo o art. 100 e seus incisos, o qual reproduz.

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

Em sua informação fiscal, à fl. 238 dos autos, a autuante aduz que deve ser rejeitada a preliminar de nulidade suscitada eis que os valores do que foi dito que não foram apresentados estão às fls. 136 a 219 do PAF. Assim, ressalta que o Auto de Infração possui todos os requisitos previstos no art. 42 do CTN, do que destaca que a doutrina trazida aos autos não se aplica ao caso concreto.

Diz que, no afã de bem defender seu constituído, o advogado apresentou preliminar e esqueceu-se de adentrar no mérito, de modo que nada disse acerca das planilhas, levantamentos, demonstrativos de débito e dos documentos constantes da autuação. Mantém a ação fiscal.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS, no valor total de R\$ 12.570,26, em razão da constatação de duas infrações, sendo a primeira decorrente da presunção legal de ocorrência de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito/débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, conforme prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº. 7.014/96, alterada pela Lei nº. 8.542/02, apurado dentro do tratamento diferenciado dispensado para o optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, estabelecido pelo art. 34 da Lei Complementar nº 123/06, implicando na falta de recolhimento do ICMS de R\$ 10.239,85, referente ao período de agosto/2007 a dezembro/2009, como também, em relação à segunda infração, por ter recolhido a menos o ICMS de R\$ 2.330,41, referente ao citado Simples Nacional, devido ao erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, que o contribuinte deixou de fazer, no citado período, conforme demonstrado às fls. 8 a 25 dos autos, cujos documentos foram entregues ao contribuinte, conforme recibo às fls. 220 dos autos.

Inicialmente, rejeito as preliminares de nulidade do Auto de Infração, arguidas pelo autuado, pois entendo que o lançamento preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, sendo as acusações claras e precisas, inexistindo dúvida na acusação fiscal, conforme alega o defendente.

Há de se registrar que, conforme dito acima, se trata de uma presunção legal prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, cujo dispositivo foi recepcionado à legislação aplicada ao Simples Nacional, nos termos do art. 34 da Lei Complementar nº 123/06, o qual determina que “*Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional*”, o que denota inexistir a alegada ilegalidade na cobrança do ICMS e suas penalidades através de Convênio entre os entes União e Estado da Bahia.

Por sua vez, o citado dispositivo legal (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96) prevê, dentre outras hipóteses, 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.

Sendo assim, ao contrário do que afirma o defendente, o lançamento do crédito tributário está dentro dos ditames do ordenamento jurídico, por derivar de uma de *presunção legal*, sendo impertinente a alegação defensiva de que *a movimentação financeira nas administradoras de cartão de crédito não pode servir de fato gerador para incidência de ICMS, visto não tratar-se de circulação de mercadorias*, como também de que *a acusação parece ter como lastro a quebra de sigilo bancário do autuado sem a sua autorização ou autorização judicial, o que figura como prova ilícita*.

Contudo, por se tratar de uma *presunção juris tantum* relativa, cabe prova em contrário, de ônus da impugnante, que se limitou apenas a preliminares de nulidade, sem provas que tornasse improcedente as acusações, do que se conclui que as razões defensivas são insuficientes para elidir as infrações, visto que, não tendo o defendente se insurgido contra os números apurados pelo fisco, que, por se tratar de uma *presunção legal* de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, caberia ao sujeito passivo provar a improcedência da *presunção*, conforme determina o dispositivo legal citado, demonstrando que ofereceu à tributação os valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito, anexando documentos fiscais que comprovem as vendas com pagamento na modalidade em cartão de crédito ou de débito, a exemplo de *Redução "Z"* ou notas/cupons fiscais que contenham identidades entre os valores e datas informadas no relatório TEF, de forma a comprovar a tributação dos referidos valores.

Em consequência, do total mensal dos valores fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito/débito como pagamentos recebidos pelo autuado sob esta modalidade, foram deduzidos os valores consignados em notas fiscais os quais coincidiam em expressão monetária e data com as operações informadas no Relatório TEF, assim como os valores consignados na *Redução Z* com pagamento na modalidade em cartão de crédito ou de débito, de forma a comprovar a tributação dos referidos valores. Portanto, só após o cruzamento entre as notas e cupons fiscais emitidos e os registros das operações de vendas fornecidos pela administradora de cartões, apurou-se as receitas omitidas, ocorridas através da modalidade de pagamento em cartão de crédito e/ou débito, cujos montantes mensais foram acrescidos às receitas informadas pelo contribuinte para apuração do faturamento real, detectando-se novas faixas de Receita Bruta Acumulada e percentuais incidentes sobre a nova Receita Mensal, apurando o ICMS devido e comparando ao recolhido, ocorrido através do DASN, cujas diferenças mensais a recolher foram segregadas em omissão de saídas através de cartão de crédito, com multa de 150%, e de recolhimento a menor, com multa de 75%, valores estes vinculados, respectivamente, às infrações 1 e 2 do Auto de Infração.

Do exposto, voto PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **123735.0002/11-5**, lavrado contra **J. A. COMÉRCIO DE ROUPAS E ACESSÓRIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$12.570,26**, acrescido das multas de 75% sobre R\$2.330,41 e 150% sobre R\$10.239,85, previstas no art. 35 da LC nº 123/06, c/c o art. 44, I e § 1º da Lei nº 9.430/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de fevereiro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR