

A. I. Nº - 213079.0011/11-4
AUTUADO - SEGREDO DOS DEUSES COMÉRCIO DE PRODUTOS NATURAL E ESOTÉRICOS LTDA.
AUTUANTE - CLARA HELENA DANTAS VICENTE
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET 23.05.2012

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0140-05/12

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. Rejeitado o pedido de nulidade. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 21/12/2011 exige ICMS no valor de R\$ 8.523,55, relativo aos exercícios de 2007 a 2010, em razão de duas irregularidades, a seguir descritas:

INFRAÇÃO 1 – Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente 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, por erro na informação da receita e / ou alíquota aplicada a menor. Valor R\$ 3.765,56 e multa de 75%.

INFRAÇÃO 2 – Omissão de saída de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, no valor de R\$ 4.757,99 e multa de 150%.

O autuado apresenta impugnação às fls. 435 a 439, argui, preliminarmente, a nulidade da ação fiscal sob o argumento que lhe falta respaldo legal, clareza e objetividade suficientes para que soubesse o que lhe está sendo atribuído como devido, resultando na impossibilidade de uma investigação mais criteriosa e rigorosa dos itens imputados no Auto de Infração, impedindo-o de exercer amplamente o seu direito de defesa, consoante art. 18, RPAF BA.

Diz que a ação fiscal afronta aos direitos e garantias asseguradas na Carta Magna (o art. 5º, XII, CF/1988) e a empresa autuada não autorizou que “*instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito*” a fornecer dados de sua movimentação bancária e que sustentam a exigência tributaria. Lembra que em recente julgamento, o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu que só é possível a quebra do sigilo bancário dos contribuintes pela Fazenda Pública mediante autorização judicial.

Reclama que não foi observado o prazo decadencial em relação aos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/2007 a 31/12/2007, cuja extinção ocorreu em 02/01/2012, nos termos do art. 965, RICMS BA, declinando pela nulidade do feito.

Insiste que o ICMS é tributo cujo lançamento é dado por declaração do contribuinte, cuja homologação pelo Fisco Estadual deve ser realizada no prazo de 05 (cinco) anos ou ocorrerá de

forma tácita, conforme os artigos 88, 89 e 90 do RICMS BA. Descreve que o ano civil de 2007, inicia a contagem em 01.01.2008 e terá como final de contagem 31.12.2011. Ressalta que o prazo não se conta da data da lavratura do Auto de Infração, mas da finalização de sua constituição, o competente saneamento e o consequente registro nos arquivos da Repartição Fazendária.

Diz que o crédito tributário é ilíquido e incerto e não poderá ser cobrado, conforme preconiza a Lei 8.630/80 (art. 3º, parágrafo único). Por isso, conclui, o auto de infração deve ser julgado nulo.

No mérito, alega que ao arbitrar a base de cálculo do imposto, não considerou a totalidade das vendas, que estão documentadas por notas fiscais, devidamente registradas nos livros do autuado e regularmente declaradas em DASN (Declaração de Simples Nacional) e os impostos foram efetivamente pagos. Requerendo a produção dos meios de prova em direito admitidos, com revisão por fiscal estranho ao feito e perícia nos livros e documentos contábeis e fiscais do autuado.

Argumenta que há um erro fiscal em entender que a falta de correspondência de boleto de cartão de crédito/debito aos valores discriminados no extrato TEF, caracteriza a falta de emissão de nota fiscal e consequente sonegação. Explica que, conforme art. 236, RICMS BA, emite documentos fiscais totalizando as operações de vendas de mercadorias, em que o comprador não exija a emissão do documento fiscal, por ser a operação de pequeno valor.

Assevera que opera no ramo de comercialização de produtos de artesanato, souvnier's, lanches e bebidas preparadas (refrigerantes, refrescos, e outros), em estabelecimento no Aeroporto Internacional de Salvador Deputado Luís Eduardo Magalhães. Seus principais compradores são os passageiros em trânsito, que realizam compras, ou consumem alimentos, cujos preços são de pequena monta, e, portanto não exigem a emissão do documento fiscal. Diz que está dispensada do uso de EFC e, para documentar as operações, emite apenas 01 NFVC (nota fiscal de venda ao consumidor).

Em segundo lugar, explica que a falta de emissão de documento fiscal é falta de cumprimento de obrigação acessória, e, portanto sujeita à aplicação de penalidade fixa, conforme prevista na Lei 7.014/96 e que pode ser dispensada pelo órgão julgador (CONSEF), por não resultar em falta de pagamento de imposto, ou por não causar dolo, fraude ou simulação, que viesse causar prejuízos a Fazenda Pública Estadual.

Diz que os valores registrados como outras, conforme demonstrativo devem ser adicionados aos lançamentos como vendas. Conclui que tais vendas (notas fiscais outras) dão origem à omissão apurada, além do recolhimento a menos do ICMS, quando da emissão do DASN.

Reitera o pedido de nulidade dos autos ou julgado improcedente.

A autuante, em sua Informação Fiscal, às fls. 452/456, diz que a empresa autuada é optante do Simples Nacional e omitiu saídas de mercadorias tributadas, incorrendo nas duas infrações narradas.

Rebate os argumentos defensivos da falta de clareza no auto de infração, pois foi lavrado de acordo com a legislação, entregou cópias dos anexos das infrações podendo acompanhar passo a passo, o que e como lhe está sendo cobrado, além de explicações sobre o débito reclamado. Descabe a arguição de que ficou impossibilitado de exercer a ampla defesa, prova que a exerceu.

Sobre a quebra do sigilo bancário, diz que não houve violação de dados ou correspondências do autuado, mas que as administradoras dos cartões são obrigadas a prestar informações à Secretaria da Fazenda, em obediência ao artigo 824-W do RICMS BA.

Sobre a decadência, afirma que também não procede tal arguição, posto que o mesmo equivocou-se ao fazer a contagem do prazo decadencial, conforme mandamento do art. 965, RICMS BA. Diz que o prazo decadencial para o exercício de 2007 somente se expira em 31/12/2012, já que sua contagem se iniciou em 01/01/2008.

No mérito, afirma que também não acerta o autuado ao reclamar que a fiscalização não considerou a totalidade de suas vendas documentadas com notas fiscais, bem como seu faturamento e respectivos ICMS declarado em DASN.

Sugere que o contribuinte não analisou a coluna F do anexo 2 (vendas emitidas), constantes às páginas 22, 29, 36 e 43, correspondentes aos exercícios de 2007, 2008, 2009 e 2010, respectivamente. Estes valores foram extraídos, exatamente, das notas fiscais de vendas de mercadorias por ele apresentadas para a fiscalização, cuja relação, da qual ele recebeu cópia da digitalização, se encontra nos autos, nas páginas nº. 50 a 67, 93 a 122, 160 a 186 e 220 a 266, correspondente a cada exercício fiscalizado.

Explica que os valores das receitas foram extraídos das DASN (Declaração Anual do Simples Nacional) e dos Extratos do Simples Nacional, por ele declaradas à Receita Federal, cópias às fls. 321 a 432, respectivamente, para os exercícios de 2007 a 2010. Com relação à omissão de receita reitera que, caso não sejam encontradas notas fiscais / cupons fiscais em uma determinada data para um determinado valor correspondente a boleto de cartão de crédito / débito, discriminados no relatório TEF, caracteriza omissão de receita, foco desta fiscalização.

Insiste que a infração se deu em virtude da omissão de receita, e não em razão de falta de emissão de documento fiscal (obrigação acessória), para a qual caberia penalidade fixa, outra infração, portanto.

Explica que chamou de NF OUTROS, as notas fiscais apresentadas pelo contribuinte e que não foram encontradas no TEF diário, inclusive as emitidas de forma agrupada. Sendo assim, as notas fiscais que porventura tenham sido emitidas de forma agrupadas, já se encontram registradas em NF OUTROS, conforme se pode observar no anexo 2, coluna B constante nas páginas 22, 29, 36 e 43 deste PAF e nos relatórios gerados pelo AUDIG, constantes nas páginas de nº. 74 a 88, 130 a 154, 193 a 215 e 274 a 316, para os respectivos exercícios de 2007, 2008, 2009 e 2010.

Diz, ainda, que o resultado do confronto entre as notas fiscais emitidas, apresentadas pelo contribuinte à fiscalização, e as informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito/débito à SEFAZ, constante nas páginas nº 14, 15, 16 e 17 deste PAF, é que gera o anexo 1, constante nas páginas nº. 20, 27, 34 e 41 deste PAF. Na coluna D deste mesmo anexo, encontra-se o valor divergente apurado no cruzamento, o qual vem a ser a omissão de receita, e sobre o qual será cobrado o ICMS devido, no caso, depois de se subtrair proporcionalmente, o percentual equivalente às mercadorias proveniente da substituição tributaria.

Esclarece que o valor da divergência cartão, (anexo 1, coluna D, páginas nº. 20, 27, 34 e 41), este é transportado para o anexo 2, coluna G, páginas nº. 22, 29, 36 e 43, agora nomeado como omissão cartão, e somado com os valores de vendas emitidas constantes na coluna F deste mesmo relatório. Pois, é assim que se apura a receita constante na coluna H do anexo 2, também do relatório citado. A receita apurada é transportada para o anexo 3 coluna C, agora nomeada como, nova receita calculada, constante nas páginas nº. 25, 32, 39 e 46.

A nova receita calculada, em virtude da omissão, eleva a receita bruta acumulada, a qual servirá de base de cálculo para encontrar a nova alíquota do ICMS, (anexo 3, coluna D) agora também mais elevada, o que obviamente apontará diferença de receita a recolher, e que certamente induziu o contribuinte a erro na informação da receita e consequentemente ao recolhimento a menor de ICMS, conforme declarou em suas DASNs e Extratos do Simples Nacional, os quais podem ser vistos neste PAF, nas páginas nº. 321 a 432, para os exercícios de 2007 a 2010 respectivamente.

A nova receita bruta acumulada será a base de cálculo submetida às alíquotas constantes do Anexo I, da Lei 123/2006, do Simples Nacional, para apurar o ICMS devido. A partilha dessas alíquotas pode ser vista na página nº 19 deste PAF. Diz que no anexo 3 – ICMS devido (colunas E e F), constantes nas páginas nº. 25, 32, 39 e 46, já subtraído o percentual equivalente à

proporcionalidade da substituição tributária é subtraído o ICMS declarado na DASN ou recolhido. Conclui que não há que se falar em cobrança em duplicidade como alega o contribuinte.

Explica a separação dos produtos da substituição tributária; a relação de proporcionalidade existente entre as receitas com substituição tributária e as receitas sem substituição tributária foi observada a partir das notas de compras apresentadas pelo contribuinte (fls.48, 89 a 92, 155 a 159 e 216 a 219), uma vez que o contribuinte não declarou suas vendas de produtos originários da substituição tributária nos seus extratos do Simples Nacional.

Pede pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, constato que o Auto de Infração atende a todas as formalidades para a sua validade, conforme requisitos constantes no art. 39, RPAF BA (Decreto nº 7.629/99), não existindo a falta de clareza e objetividade, como é a reclamação defensiva; sob nenhuma hipótese, observei óbice ao pelo exercício do contraditório por parte do autuado, considerando que o sujeito passivo pôde exercer com liberdade e plenamente suas razões, fazendo serem conhecidos todos os fatos e argumentos que julgou necessários na defesa de sua tese. Recebeu cópias de todas as peças que compuseram os presentes autos, inclusive do Relatório Diário de Operações TEF, consoante recibo firmado por representante legal do estabelecimento autuado. Enfim, nenhuma situação existe no presente auto de infração a motivar nulidades, nos termos do art. 18, RPAF BA.

Inexistiu, igualmente, qualquer atentado a sigilo bancário do contribuinte, uma vez que a entrega de sua movimentação com vendas de cartões de débito e crédito é situação absolutamente normal e obrigação que deve cumprir as administradoras dos cartões, nos termos do art. 824-W, RICMS BA, de acordo com o Decreto nº 9.760, de 18.01.2006.

Com relação à decadência em relação aos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/2007 a 31/12/2007, alega o autuado que a ocorreu em 02/01/2012, nos termos do art. 965, RICMS BA, declinando pela nulidade do feito.

A incidência da regra do art. 150, § 4º, do CTN, que trata do lançamento por homologação dos tributos, diz respeito às situações nas quais o contribuinte lançou o valor do imposto e antecipou o seu pagamento antes da homologação pela autoridade administrativa. No caso da presente lide, o Fisco apurou a falta de pagamento de ICMS, através das infrações relatadas na inicial, constituindo o crédito tributário, mediante lançamento de ofício e, neste caso, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, CTN. O prazo para a contagem, no caso concreto, iniciou-se em 01/01/2008, com prazo final em 31/12/2012. A notificação do lançamento ocorreu em 04/01/2012. Não há o que se falar, portanto, em decadência e nem houve extinção do crédito tributário.

Logo, todos os fatos geradores ocorridos em 2007, sem exceção, podem ser objeto de autuação dentro do quinquênio contado a partir de 01/01/2008, de modo que o direito do Estado lançar estaria prejudicado se fosse efetivado depois de 31/12/2012, em conformidade com as regras contidas no Código Tributário Estadual, aprovado pela Lei nº3956/81 (art. 107-A) e art. 965, RICMS BA.

Ressalto, ainda, que tem sido esse o entendimento do CONSEF em reiteradas decisões. Entre tantas, o acórdão CJF 0102/12-05.

Por derradeiro, indefiro o pedido de perícia nos livros e documentos contábeis e fiscais do autuado, pois os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de juízo de valor, nos termos do art. 147, II, RPAF/BA, aprovado pelo Decreto 7.629/99. Ademais, perícia ou diligência fiscal não se presta a trazer provas ao processo ou para suprir a prova mal formulada, incumbência que compete ao agente fiscal ou ao autuado. A perícia se presta a esclarecer ou evidenciar fatos presentes no processo.

Finalizadas as alegações adjetivas, adentremos nas questões de mérito.

O presente auto de infração exige ICMS de empresa inscrita no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, em decorrência da constatação de duas infrações, A primeira, em razão do recolhimento a menos ICMS, devido a erro na informação da receita e aplicação da alíquota, tudo conforme demonstrativos de Declaração do Simples Nacional e Extratos do Simples Nacional, no valor global de R\$ 3.765,56, em períodos de 2007/2010. Na segunda infração, omissão de saídas de mercadorias, detectada por meio de levantamento das vendas com pagamento em cartão de crédito/débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, conforme previsto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02, nos mesmos períodos de 2007 a 2010, no valor global de R\$ 4.757,99, tudo em conformidade com os demonstrativos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal.

A alegação defensiva é que na base de cálculo arbitrada pela fiscalização, não se considerou a totalidade das vendas, que estão documentadas por notas fiscais, registradas nos livros do autuado e regularmente declaradas em DASN (Declaração de Simples Nacional).

Argumenta, ainda, que comercializa artesanato, souvenir, lanches, refrigerantes, sucos, em loja, situada no Aeroporto Internacional de Salvador, cujos compradores são passageiros em trânsito, que consumem valor de pequeno monta e não exigem o documento fiscal. Alega que, dispensado do uso de EFC, nos ternos do art. 236, RICMS BA, para documentar as operações, emite apenas 01 NFVC, no total das operações.

A opção pelo Simples Nacional por parte do contribuinte implica na vinculação ao Regime Especial Unificado de Arrecadação, conforme constante nos artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 123/06, cuja forma de arrecadação está prevista no art. 18 e §§, cujo pressuposto básico para determinação da base de cálculo e alíquota é a “receita bruta”.

Nessa senda, foi apurado que o sujeito passivo recolheu a menos ICMS contido no SIMPLES NACIONAL, a partir da constatação, na segunda infração, de uma presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, considerando que o autuado ofereceu à tributação valores menor que os informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito, por meio de documentos fiscais que comprovem as vendas com pagamento na modalidade em cartão de crédito ou de débito, nos termos do art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96.

Não tem razão o sujeito passivo nas suas alegações, uma vez que a fiscalização considerou a totalidade de suas vendas documentadas com notas fiscais, conforme demonstra a “*relação de notas fiscais emitidas, apresentadas e digitalizadas*” (fls. 50/67, 93/122, 160/186 e 220/266), que apresentavam vinculação em data e valor com os valores informados pelas administradoras de cartões. O argumento da emissão de apenas uma nota fiscal para documentar as várias operações de pequena monta não se sustenta, até porque, a preposta fiscal elaborou demonstrativo “*notas fiscais outros recebimentos / diferentes de cartões de crédito e débito*” para as vendas que não exibiam correlação com os valores informados pelas administradoras dos cartões. Os valores ali constantes eram da mesma monta dos demais valores e emitidos várias vezes, no mesmo dia.

Prova do acerto fiscal em excluir tais valores que, efetivamente, não têm vinculação com aqueles outros informados pelas administradoras dos cartões, conforme constam no TEF de operações diários, entregues ao autuado para efeito de conferência e fundamentar sua defesa. Não tendo, novamente, procedência a pretensão do autuado de que os valores registrados como outras devam ser adicionados aos lançamentos como vendas.

Apesar de o impugnante não protestar, no que se refere ao valor da exigência fiscal, apurada através dos vários demonstrativos acostados aos autos, além da entrega ao próprio autuado, observo que os valores das receitas foram extraídos das DASN (Declaração Anual do Simples Nacional) e dos Extratos do Simples Nacional declaradas à Receita Federal, cópias às fls. 321 a 432, respectivamente, para os exercícios de 2007 a 2010. A omissão de receita foi apurada a partir

do confronto das notas fiscais / cupons fiscais em correspondência de valor e data com os boletos de cartão de crédito / débito discriminados no relatório TEF.

Cabível o esclarecimento que a infração se deu em virtude da omissão de receita, e não em razão de falta de emissão de documento fiscal, como também alega a defendant.

Examinando os autos a partir desses pressupostos, constato que o autuante elaborou demonstrativos com as saídas do autuado de forma a evidenciar os percentuais de vendas consideradas normais e vendas por substituição tributária, essas, sim, excluídas no Programa Gerador do DASN (documento de arrecadação do Simples Nacional). Os percentuais encontrados e utilizados na segregação das receitas normal e aquelas outras do regime de substituição tributária foram fornecidos pelo próprio sujeito passivo, a partir de suas compras com ou sem substituição tributária, conforme demonstrativos acostados às folhas 21, no exercício 2007; 2008, fl. 28; 2009, fl. 35 e 2010, fl. 42. Com base em tais demonstrativos, as receitas omitidas correspondentes percentualmente às operações sujeitas à substituição tributária foram destacadas para fim da exigência da infração do Simples Nacional (art. 18, IV da LC 123/06).

Em face do acima exposto, a Infração 1 é subsistente, tendo em vista que a declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, o que não foi feito.

A Infração 2 também resta caracterizada, em consequência da primeira infração, uma vez que os demonstrativos acostados ao processo comprovam a ocorrência de pagamento a menos do imposto devido na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do 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 213079.0011/11-4, lavrado contra **SEGREDO DOS DEUSES COMÉRCIO DE PRODUTOS NATURAIS E ESOTÉRICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$8.523,55, acrescido das multas de 75% sobre R\$3.765,56 e 150% sobre R\$4.757,99, 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, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA