

A. I. Nº - 222560.0032/11-5
AUTUADO - EDINALDO ESTEVES DE JESUS (CASA DAS LOUÇAS)
AUTUANTE - WADJA DE SOUZA BARBOZA
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET - 08.08.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0201-04/12

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. Infração procedente. b) RECOLHIMENTO A MENOS. Provado erro na informação da receita e alíquota aplicada. Negado o pedido de diligência. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2011, exige ICMS no valor total de R\$15.482,54, através das seguintes infrações:

1. Omissão de saída de mercadoria tributadas por meio de levantamento com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões. Valor Histórico: R\$12.506,68 – Multa de 150%;
2. 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, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos. Valor Histórico: R\$2.975,86 – Multa de 75%;

O autuado apresenta defesa, fls. 131/141, descreve o motivo da imputação com os respectivos dispositivos legais e as infrações. Aduz que está submetido ao SIMPLES NACIONAL e que sempre honrou com suas obrigações perante a administração pública, declarando as suas receitas e tributando-as na integralidade.

Em razão da falta de explicação e justificativa da autuação, refez os roteiros de fiscalização, no qual buscou entender as possíveis razões para a autuação e identificou que, relativamente às suas notas fiscais, realizava, ao longo do dia, algumas vendas em que não emitia a nota fiscal própria para aquela operação. Assim, ao final do dia, apurando a divergência entre o valor vendido e o valor das notas fiscais emitidas, emitia uma nota fiscal complementar (com descrição “vendas diversas”), englobando todas as vendas para as quais não emitiu Nota Fiscal oportunamente.

Suscita a nulidade do lançamento devido à falta de identificação dos elementos que ensejaram e compreendem a base de cálculo.

Pontuou que o Auto de Infração apresenta vícios insanáveis que causa nulidade da autuação, pois as infrações não trouxeram com a exaustão exigida pela lei, elementos para a sua exata compreensão, nem tampouco específica com o rigor e exatidão necessários, os elementos que ensejaram a presente autuação.

Salienta que é preciso especificar quais foram os fatos constatados e os documentos analisados, bem como quais os períodos a que correspondem. Tal vício macula o exercício do direito de defesa, impossibilitando uma precisa identificação dos valores supostamente devidos, conforme consta na autuação.

Afirmou que não há dúvidas que o presente Auto de Infração foi lavrado à míngua dos cuidados necessários à constituição de créditos tributários, bem como, de eventuais penalidades aplicáveis.

Percebeu que as irregularidades constantes do lançamento, por exemplo, na Infração 1, a fiscalização desconsiderou informações fundamentais que constavam nos documentos fiscalizados, como as Declarações prestadas pelo autuado ao SIMPLES NACIONAL e as notas fiscais de ajuste.

Afirma que para que se tenha falta ou insuficiência de recolhimento de ICMS, não basta que se identifique a ausência de emissão de notas fiscais individualizadas para cada operação, posto que, pode o contribuinte descumprir uma obrigação acessória ou cumpri-la em desconformidade ao que preceitua a legislação de regência, porém cumprir integralmente a obrigação principal.

Assevera que não é assegurado à fiscalização o direito de “presumir” sem investigar e que não pode o fiscal desconsiderar as notas fiscais de ajuste e, apenas em razão disso, promover à lavratura de um Auto de Infração em valor extremamente elevado, dada a capacidade contributiva do autuado, com isso, antes de autuar deveria, o autuante, investigar e comprovar se as receitas autuadas não foram oferecidas à tributação à saciedade.

Sustenta que os valores oferecidos à tributação, no âmbito do SIMPLES NACIONAL, estão em total acordo com os valores refletidos nas notas fiscais emitidas, e são superiores aos valores informados pela fiscalização como sendo relativos a vendas com cartão de crédito/débito.

Assim, pergunta: *“i) qual critério utilizado pela fiscalização? ii) na análise da “redução z” a fiscalização levou em consideração o valor do “troco” lá informado?”*. Com isso, faltam à autuação, informações imprescindíveis a assegurar o direito de defesa. Qual a razão de ser para a fiscalização ter desconsiderado o documentário fiscal da impugnante e se apegado, apenas, a informações relativas às operações com cartões de crédito e a algumas poucas notas fiscais do autuado?

Acrescenta que o lançamento tributário é um ato administrativo plenamente vinculado que não pode se pautar em informações insuficientes e em meras presunções, mas sim em fatos que devem estar devidamente comprovados pela Administração Tributária.

Esclarece ainda, que não pode existir dúvidas na autuação, fato que culmina em sua invalidade. O lançamento tributário deve ser claro e límpido além de conter todos os elementos necessários que possibilitem a exata compreensão do suposto crédito tributário alegado pelo Fisco.

Sustenta que declarou e ofereceu à tributação todas as suas receitas, documentando-as, integralmente, por meio de notas fiscais de ajuste. Pede pela nulidade do lançamento.

Caso ultrapassadas as irregularidades acima apontadas, aduz que há inconsistência do lançamento, pois a fiscalização entendeu e adotou como premissa o fato de que todas as operações de vendas com cartão de crédito/débito não foram oferecidas à tributação, no que se revela nulo o ato administrativo, posto que foi exarado com ausência das cautelas a ele necessárias, tais como a apuração correta da base de cálculo, bem como ausência de investigação aprofundada acerca dos documentos que lhes foram apresentados. Afirma que esta incoerência, por si só, já enseja causa de nulidade do lançamento, pois vai de encontro aos Princípios Constitucionais que norteiam as relações jurídicas entre Administração e Administradas, tal como a Segurança Jurídica e a Razoabilidade.

Ademais, por se tratar de ato administrativo da maior importância, notadamente por ser constitutivo de direitos e obrigações compulsórias, o lançamento tributário é ato privativo da Administração, que detém o poder/dever de perquirir a ocorrência do fato gerador e proceder ao lançamento tributário.

Registra ainda que o lançamento é improcedente, pois o crédito tributário relativo às operações de vendas feitas com cartões de crédito/débito, foi integralmente extinto pelo pagamento, nos termos do art. 156, I, CTN. Diz que a multa no percentual correspondente a 150% do valor do tributo lançado se revela totalmente abusiva, e viola os princípios da vedação ao confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Transcreve ensinamentos sobre princípios da razoabilidade e proporcionalidade de Celso Antônio Bandeira de Mello. Frisou que a multa aplicada nos termos da legislação do Imposto de Renda, qual seja, aquela inserta no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, é de 75% (setenta e cinco por cento), posto que o mero não pagamento de tributo não configura nenhuma das condutas postas nos arts. 71 e seguintes da Lei nº 4.052/64, cujo enquadramento demanda comprovação e averiguação específica. Não pode o Estado da Bahia desnaturar a aplicação de norma Federal, aplicando-a de forma distinta daquela que a própria Administração Federal. E, caso, entenda pela correção do lançamento, bem como pelo cabimento de multa na espécie, há de se afastar a majoração invocada pela fiscalização, pois o referido percentual não se coaduna com aquilo que disciplina a legislação Estadual, de modo que não pode a presente multa ser superior àquela que seria aplicada caso fosse invocada a legislação regente do ICMS.

Requer o cancelamento da multa e redução para valor não superior a 60% (sessenta por cento) do crédito indevidamente constituído.

Ao final, pede a improcedência do Auto de Infração, caso sejam superadas as nulidades suscitadas existentes. Protesta e requer ainda a juntada posterior de provas, assim como pela produção de todos os meios de provas permitidos em direito, inclusive pela realização de perícia e diligência fiscal (art. 123 e 145 do RPAF/BA), para que sejam elucidadas as divergências existentes entre o entendimento da fiscal e aquilo que fora aventado pelo autuado, bem como pelo direito de sustentar oralmente as razões aqui aduzidas.

O fiscal autuante presta informação fiscal, fls. 148/150, de logo, rejeita a nulidade do Auto de Infração, pois as doutrinas e jurisprudências citadas e argumentadas não se aplicam ao caso, não sendo conhecida ou considerada a insubstância do exame de mérito.

Destaca que o fato de o autuado declarar não emitir notas fiscais, contraria o Regulamento do ICMS no seu Art. 201, inciso I que diz: *“os documentos fiscais deverão ser emitidos sempre que realizarem operações ou prestações de serviços sujeitas à legislação do ICMS”*.

O mesmo autuado afirma no item 5 que ao final do dia, apurou a divergência entre o valor vendido e o valor das notas fiscais emitidas, no qual emitia uma nota fiscal complementar (com descrição “vendas diversas”), englobando todas as vendas para as quais não emitiu nota fiscal oportunamente, cabia então ao contribuinte em apreço fazer a prova de tal declaração. Pelo contrário, diz que não se verifica na defesa nenhuma planilha com dados e valores objetivos que comprovem as afirmações.

Quanto à alegação do autuado, de que o descumprimento da obrigação acessória não implica na obrigação principal não merece prosperar, visto que o art. 113, §3º do CTN assevera que: *“A obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária”*.

Quanto à alegação de que a fiscalização desconsiderou informações fundamentais, que constavam dos documentos fiscalizados, tais como as Declarações prestadas, pelo autuado, ao SIMPLES NACIONAL e as notas fiscais de ajuste, esclareceu que todos os valores do ICMS destacados nos extratos mensais do PGDAS/DASN, de fls. 98 a 128 foram considerados nos cálculos tributários, conforme demonstrado no relatório RECEITA APURADA (VENDAS EMITIDAS + OMISSÃO CARTÃO) X RECEITA PGDAS/DASN, de fls. 16-17 (2007), 21-22 (2008) e 26-27 (2009) e no relatório ANÁLISE DE ICMS A RECLAMAR POR TIPO DE INFRAÇÃO de fls. 18-19 (2007), 23-24 (2008) e 28-29 (2009).

Neste último, especificamente na coluna F, nota-se o valor informado de ICMS no extrato PGDAS sendo deduzido no novo valor devido de ICMS (coluna E) e o saldo a pagar (coluna H). Estes cálculos foram realizados em razão da omissão de receita gerada pela divergência encontrada nas operações realizadas com cartões de crédito/débito e não comprovadas com documento fiscal correspondente perfazendo um total de R\$ 483.427,98, sendo: 2007-R\$ 184.543,13, 2008-R\$ 289.598,49 e 2009-R\$ 9.286,36. Contudo, no batimento realizado pelo sistema da SEFAZ só foram identificados R\$ 33.200,05 de notas fiscais emitidas, sendo 2007-R\$ 13.648,04, 2008-R\$ 17.228,78 e 2009-R\$ 2.323,23 e

R\$ 644.917,44 de redução Z, sendo 2007-R\$ 0,00, 2008-R\$ 99.919,65 e 2009-R\$ 544.321,02, em consonância com os relatórios das administradoras de cartões de crédito/débito com informações das operações diárias do período de julho/2007 a dezembro/2009, contidos nos arquivos entregues ao contribuinte conforme recibo constante na fl. 13 deste PAF.

Em relação à abusiva cobrança da multa de 150%, ressaltou que os percentuais da cobrança estão respaldados em lei estadual e federal pertinentes ao SIMPLES NACIONAL. Na melhor forma do Direito o ônus da prova cabe a quem alega. Destarte, o autuado não fez prova através de levantamentos que efetuava lançamentos complementares ao longo de dias, onde se apurava divergência nas vendas através de cartão de crédito/débito, por conseguinte tais alegações são nulas, pois, desprovidas de qualquer fundamentação jurídica ou matemática.

Assim, requer pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Nego o pedido de diligência ou de perícia, haja vista que os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu juizo de valor acerca da matéria em lide. Ademais, o defendante não colacionou qualquer documento que ampare o seu pedido, pelo que aplico o art. 123 do RPAF/99: *É assegurado 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.* Até esse momento não foram apresentados comprovantes que justifiquem a realização do pedido de diligência, no sentido de que haveriam equívocos nos levantamentos efetuados pela fiscalização.

Outrossim, cabe lembrar o disposto no § 5º do mesmo dispositivo, o qual reza que a prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que: I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; II - se refira a fato ou a direito superveniente; III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

Também não cabe a esta JJF apreciar questões de constitucionalidade de lei ou de atos normativos, a teor da disciplina do art. 167, I do RPAF/99.

Por conseguinte, constato que o Auto de Infração atende a todas as formalidades para a sua validade, obedecidos os requisitos constantes no art. 39 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), inclusive quanto ao recebimento do Relatório Diário de Operações TEF, que se encontra nas fls. 15 a 25 do PAF; consoante Recibo firmado pelo autuado, (fl. 13).

No mérito, trata-se de Auto de Infração no qual está sendo exigido 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 de 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; a segunda por ter recolhido a menos ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota a menor, tudo conforme demonstrativos de fls. e Extrato do Simples Nacional, fls. 98 a 128.

A opção pelo Simples Nacional por parte do contribuinte implica na aceitação de um Regime Especial Unificado de Arrecadação, conforme previsto nos artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 123/06, cuja forma de arrecadação é a prevista no seu art. 18 e §§, na qual o pressuposto básico é a “receita bruta”, quer para determinação da alíquota aplicável, como para a determinação da base de cálculo. Assim sendo, o valor do imposto calculado pelo Simples Nacional não perquire cada saída específica, mas um montante que servirá para o cálculo dos diversos tributos e contribuições envolvidos.

Na primeira infração, por se tratar de uma presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, cabe ao sujeito passivo provar a sua improcedência, conforme determina o dispositivo legal citado, no caso com a demonstração de que ofereceu à tributação os valores 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, a exemplo de Redução “Z” ou notas/cupons fiscais que contenham identidades entre os valores e datas informadas no Relatório Diário de Operações TEF. Nesta hipótese restariam comprovadas a tributação dos valores apontados nesta infração, o que não ocorreu.

Quanto à afirmativa do contribuinte de que ao final do dia, apurou a divergência entre o valor vendido e o valor das notas fiscais emitidas, e que emitia uma nota fiscal complementar (com descrição “vendas diversas”), englobando todas as vendas para as quais não emitiu nota fiscal oportunamente, não foram trazidas as provas de sua assertiva, ou seja, nenhum documento fiscal foi colacionado à sua peça de defesa, inclusive para justificar o pedido de diligência anteriormente apreciado por essa relatora.

Ademais, ressalto que o descumprimento da obrigação acessória implica em descumprimento de obrigação principal, visto que o art. 113, §3º do CTN assevera que: “*A obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária*”.

Quanto à alegação de que a fiscalização desconsiderou informações fundamentais, que constavam dos documentos fiscalizados, tais como as Declarações prestadas, pelo autuado, ao SIMPLES NACIONAL e as notas fiscais de ajuste, o autuante, na informação fiscal, esclareceu que todos os valores do ICMS destacados nos extratos mensais do PGDAS/DASN, de fls. 98 a 128 foram considerados nos cálculos tributários, conforme demonstrado no relatório RECEITA APURADA (VENDAS EMITIDAS + OMISSÃO CARTÃO) X RECEITA PGDAS/DASN, de fls. 16-17 (2007), 21-22 (2008) e 26-27 (2009) e no relatório ANÁLISE DE ICMS A RECLAMAR POR TIPO DE INFRAÇÃO de fls. 18-19 (2007), 23-24 (2008) e 28-29 (2009). Neste último, especificamente na coluna F, nota-se o valor informado de ICMS no extrato PGDAS sendo deduzido no novo valor devido de ICMS (coluna E) e o saldo a pagar (coluna H). Estes cálculos foram realizados em razão da omissão de receita gerada pela divergência encontrada nas operações realizadas com cartões de crédito/débito e não comprovadas com documento fiscal correspondente, perfazendo um total de R\$ 483.427,98, sendo: 2007-R\$ 184.543,13, 2008-R\$ 289.598,49 e 2009-R\$ 9.286,36, enquanto no batimento realizado pelo sistema da SEFAZ só foram identificados R\$ 33.200,05 de notas fiscais emitidas, sendo 2007-R\$ 13.648,04, 2008-R\$ 17.228,78 e 2009-R\$ 2.323,23 e R\$ 644.917,44 de redução Z, sendo 2007-R\$ 0,00, 2008-R\$ 99.919,65 e 2009-R\$ 544.321,02, em consonância com os relatórios das administradoras de cartões de crédito/débito com informações das operações diárias do período de julho/2007 a dezembro/2009, contidos nos arquivos entregues ao contribuinte conforme recibo constante na fl. 13 deste PAF.

Em relação ao argumento de ser abusiva a cobrança da multa de 150%, os percentuais da exigência fiscal estão respaldados em lei estadual e federal pertinentes ao SIMPLES NACIONAL.

Quanto ao argumento trazido pela empresa de que o autuante não teria considerado “troco”, não há no processo qualquer esclarecimento do que se trata, razão porque não posso apreciá-lo com detalhes.

Portanto, vez que o autuado não fez prova que efetuava lançamentos complementares ao longo de dias onde se apurava divergência nas vendas através de cartão de crédito/débito, nem comprovou a regularidade das operações efetuadas por meio de cartões de crédito e/ou débito, quando cabe-lhe o ônus da prova, presunção juris tantum, prevista no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, a infração em comento fica mantida na íntegra.

Deste modo, fica mantida a infração com a multa no percentual de 150%, conforme previsão legal.

Quanto à segunda infração, esta decorreu da inclusão das receitas omitidas, detectadas na infração 01, em razão do somatório dos documentos fiscais emitidos pela empresa, acrescidos

dos valores omitidos, apurados por meio dos cartões de crédito/débito, detectando-se novas faixas de Receita Bruta Acumulada e percentuais incidentes sobre a Receita Mensal, apurando o ICMS devido e comparando ao recolhido, ocorrido através do DASN, conforme demonstrado, cujas diferenças mensais a recolher foram segregadas em omissão de saídas através de cartão de crédito, multa de 150%, e de recolhimento a menor, com multa de 75%. Fica mantida a infração 02.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 222560.0032/11-5, lavrado contra **EDINALDO ESTEVES DE JESUS (CASA DAS LOUÇAS)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$15.482,54**, acrescido das multas de 75% sobre R\$2.975,86 e 150% sobre R\$12.506,68, previstas no art. 35, da LC nº 123/06, art. 44, I e §1º, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2012.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR