

A. I. N° - 152240.0011/11-3
AUTUADO - EDILSON ANDRADE NUNES
AUTUANTE - ROBERTO FERNANDES GONÇALVES
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET 19.07.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0202-05/12

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO DE IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Alteração da base de cálculo ou da alíquota, em função da inserção das operações omitidas de entrada e saída. Comprovado pelo cotejo entre as notas obtidas na circularização feita junto aos fornecedores, às informações da DASN, o livro registro de entrada, e as informações das administradoras de cartão de crédito/débito, o que implicou em recolhimento a menos do ICMS por parte do impugnante, à época dos fatos. Infração subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO DAS ENTRADAS DE MERCADORIAS. O autuante lança o ICMS por conta da presunção da omissão de saídas tributáveis pela omissão de entrada de mercadorias, apuradas pelo cotejo entre as notas fiscais obtidas juntas aos fornecedores, e as entradas que foram declaradas nos livros fiscais e na declaração DASN. Infração não elidida. 3) VENDAS COM PAGAMENTOS POR MEIO DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCIERAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. Presunção de omissão de saídas tributáveis, pela apuração das diferenças entre as vendas com pagamento de cartão de crédito/débito em valor inferior às vendas declaradas, conforme demonstrativos e relatório TEF. A eventual comprovação legal da perda ou extravio dos documentos, não tem o condão de impedir a presunção da ocorrência do fato gerador, cabendo tão-somente ao impugnante fazer prova em contrário. Infração não elidida. Não acolhida as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 16/01/2012, lança imposto no valor total de R\$30.017,38, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. Efetuou recolhimento a menos, de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, implicando em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação ou de alíquota aplicada a menor, sendo lançado o valor de R\$3.434,16, referente aos meses de julho a dezembro de 2008, e de fevereiro a dezembro de 2009, acrescido da multa de 75%.
2. Omissão de saída de mercadoria tributada, sendo lançado o valor de R\$18.054,78, referente aos meses de julho de 2007 a dezembro de 2009, acrescido da multa de 150%.

3. 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 de crédito/débito, sendo lançado ICMS no valor de R\$8.528,44, referente aos meses de julho de 2007 a dezembro de 2008, acrescido de multa de 60%.

O autuado apresenta defesa às fls. 3347/3348, argumentando que não merece prosperar o presente auto no que se refere às infrações 1, 2 e 3, pelas seguintes razões:

Que o autuante após o levantamento fiscal, enquadrou o requerente na Lei nº 8137/90 e nos termos do artigo 34 da Lei nº 9249/26, não especificando detalhes ou artigos da Lei nº 8137/90; simplesmente generalizando-a, o que não é justo; que o ilustre agente tributário não considerou a declaração de extravio/perda de documentos e a certidão mencionada no Auto de Infração, apoiando-se tão somente em dados fornecidos por listagem de administradoras de cartão de créditos/débitos e abandonando outros fatos que a própria lei ampara em favor do peticionário.

Que em nenhum momento o autuante mencionou as reduções que o requerente tem direito, bem como seus artigos e leis, prejudicando-o sistematicamente; que é flagrante que o agente tributário se preocupou em autuar o requerente, de forma presumida, não usando da mesma presunção quanto às deduções e ou créditos devidos ao requerente; que não foi considerado o histórico do impugnante, quanto ao fato de não haver cometido quaisquer outros deslizes ou faltas que originassem qualquer tipo de punição. Portanto, diante de todo o exposto, o requerente espera ver revisado o presente Auto de Infração, para que se faça a aplicação da lei, segundo os princípios humanitários que o caso merece.

O autuante, às fls. 3343/3346 apresenta as seguintes contrarrazões: que quanto à falta de detalhes da Lei nº 8137/90 e Lei nº 9.249/95 citadas pelo autuado, seguramente se trata de equívoco, pois não há o que se falar aqui em crimes contra a ordem tributária. Em seguida discorre sobre as tipificações legais feitas no Auto de Infração, que se reportam à Lei Complementar nº 123/06, Lei nº 4.930/96 e Lei nº 8.488/07; que quanto ao extravio de documentos, a SEFAZ não pode ficar refém dessas informações; que coube ao fisco evidenciar os fatos que autoriza a presunção da omissão com base na legislação vigente.

Aduz que em relação às reduções pleiteadas pelo impugnante, que foi feita a proporcionalidade, conforme fls. 12, 21 e 31, referente respectivamente aos exercícios de 2007, 2008 e 2009, assim como foram considerados os valores arrecadados conforme informações da Declaração Anual do Simples Nacional - DASN nas folhas 13, 22 e 32, e que o alegado histórico ilibado do contribuinte não é verdadeiro, tendo em vista que uma consulta ao INC revela dois autos de infração lavrados no trânsito de mercadorias, por falta de emissão de documentos fiscais.

Que em face da não apresentação da documentação exigida na intimação, foi feita circularização de notas fiscais e os devidos pagamentos do contribuinte feito aos fornecedores, conforme fls. 112 a 3340. Que munido dos respectivos documentos, assim como as informações dadas pela transmissão eletrônica de fundos – TEF, e com as informações da Receita Federal em relação à DASN, foi feito batimento com as informações da base de dados da empresa na SEFAZ, conforme fls. 10 a 35 – anexo 01 - relatório comparativo mensal (vendas em cartão x informações peça administradora de cartões), Anexo 02 – receitas apuradas (vendas emitidas + omissão cartão e saídas pela entrada) x receita DASN – Anexo 03 – análise de ICMS a reclamar, referente aos exercícios de 2007, 2008 e 2009, aplicando-se a proporcionalidade (fl. 12, 1521,24,25, 31, 34 e 35) assim como abatendo-se a arrecadação do ICMS recolhido(fls. 12, 22, e 32), que resultou no valor histórico de R\$30.017,38.

Encerra sua informação fiscal mantendo o inteiro teor do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante, refutando suas argumentações, tendo em vista que as descrições das infrações e os enquadramentos são

suficientemente claros e conhecidos na Lei Complementar nº 123/06, assim como as multas, com base nas Leis nºs 9.430/96 e 11.488/07. As leis aqui invocadas pelo impugnante, como incompatíveis com a lide em pauta (8.137/90 e 9.249/95) não foram citadas pelo autuante na lavratura do Auto de Infração, e o conteúdo de tais normas, não diz respeito ao assunto aqui tratado. O impugnante recebeu arquivos eletrônicos com todas informações utilizadas pelo autuante, inclusive com o relatório com as transferências de fundos – TEF, conforme fls. 3342.

Quanto à alegada ausência de reduções, não vislumbro nenhuma ausência que possa caracterizar subtração de direitos do impugnante, visto que foram utilizados os critérios de tributação previstos para as empresas enquadradas no SIMPLES NACIONAL, inclusive com a consideração do índice de proporcionalidade nas saídas tributadas, decorrente da presunção de omissão de saída de mercadorias. Rejeito também o pedido de revisão ou diligência do Auto de Infração, pois todos os elementos presentes ao processo são suficientes para os esclarecimentos devidos.

O impugnante não traz nenhum elemento que possa contradizer os valores lançados pelo autuante em seus demonstrativos, exceto a notificação do extravio de documentos por declaração à Secretaria da Fazenda e por publicidade em jornal de grande circulação, onde comunica a perda dos talões de notas fiscais e redução Z dos anos de 2007 a 2009.

Antes de adentrar no mérito da presente lide, mostra-se necessário o exame dos pressupostos de validade do ato administrativo que se está a julgar.

O impugnante ao alegar o extravio de documentos fiscais, relevantes para a fiscalização, como notas fiscais e redução Z, deveria adotar os seguintes procedimentos, de acordo com o previsto no Regulamento de ICMS:

Art. 146. Nos casos de sinistro, furto, roubo, extravio, perda ou desaparecimento de livros ou documentos fiscais, fica o contribuinte obrigado a:

I - comunicar o fato à Inspetoria Fazendária, dentro de 8 dias;

II - comprovar o montante das operações ou prestações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas, para efeito de verificação do pagamento do imposto, no mesmo prazo.

§ 1º Se o contribuinte deixar de atender ao disposto neste artigo ou se, intimado a fazer a comprovação a que alude o inciso II, se recusar a fazê-la ou não puder efetuá-la, e, bem assim, nos casos em que a mesma for considerada insuficiente ou inidônea, o montante das operações ou prestações poderá ser arbitrado pelo fisco, pelos meios a seu alcance, deduzindo-se, para efeito de apuração da diferença do imposto, se for o caso, os créditos fiscais e os valores recolhidos, quando efetivamente comprovados pelo contribuinte ou pelos registros da repartição fazendária.

Pelos elementos do processo, verifica-se que o impugnante cumpriu o inciso I do art. 146, tomando-se por base a data da publicação no jornal e a declaração feitas às fls. 48/50; quanto ao inciso II, o impugnante não cumpriu a contento a comprovação das operações que estavam escrituradas ou que deveria escriturar, de forma a se verificar o recolhimento dos impostos no período em que desapareceram os documentos fiscais. Assim, no exercício de suas atribuições legais, o autuante fiscalizou o contribuinte, e por não dispor de todos os documentos fiscais necessários por motivo de perda ou extravio, utilizou-se de circularização junto aos fornecedores e constatou-se que houve omissão na escrituração das entradas. Portanto, dúvida não há, quanto à condição legal do autuante proceder à fiscalização, nas condições em que se encontravam a escrita fiscal-contábil e os respectivos documentos comprobatórios.

Assim, laboriosamente, com base nos documentos colhidos junto aos fornecedores do impugnante, foram cotejados os dados obtidos com o registro de entrada, observando as diferenças, deduzindo os valores de ICMS que foram recolhidos, e também utilizando-se das informações econômico-fiscais(DASN), lavrou o Auto de Infração, que está acompanhado de todos os demonstrativos e atribuiu ZERO aos valores recolhidos em decorrência das vendas por cartão de crédito/débito.

Observando-se os relatórios às fls. 10/38, notadamente às fls. 10/14, 19/23, 29/33, respectivamente dos exercícios de 2007, 2008, 2009, constata-se que o demonstrativo segregou os valores omitidos pela entrada, das omissões de saída por inconsistência das declarações das vendas por cartão de

crédito/débito, eliminando a possibilidade de haver tributação *bis in idem* entre as infrações 2 e 3, conforme se comprova pela análise dos demonstrativos (anexo 1) para os 03 exercícios, em que se compara a OMISSÃO CARTÃO X OMISSÃO ENTRADA MENSAL, constata-se que o valor atribuído à omissão de cartão(A) não está incluso na omissão de entrada apurada(C), somando-se os dois valores para a obtenção dada omissão total(A + C).

Na infração 2, o autuante lança o ICMS por conta da presunção da omissão de saídas tributáveis pela omissão de entrada de mercadorias, apuradas pelo cotejo entre as notas fiscais obtidas juntas aos fornecedores, e as entradas que foram declaradas nos livros fiscais e na declaração DASN, e na infração 3, lança o ICMS pela presunção de omissão de saídas tributáveis, pela apuração das diferenças entre as vendas com pagamento de cartão de crédito/débito em valor inferior às vendas declaradas, conforme demonstrativos e relatório TEF, em anexo. Infração não elidida,

A infração 1 foi decorrente da alteração da base de cálculo ou da alíquota, em função da inserção das operações omitidas de entrada e saída, comprovada pelo cotejo entre as notas obtidas na circularização junto aos fornecedores, as informações da DASN, o livro registro de entrada, e as informações dos administradores de cartão de crédito/débito, o que implicou em recolhimento a menor do ICMS por parte do impugnante, à época dos fatos. Infração subsistente.

As infrações 2 e 3 cuidam de lançamento tributário por presunção *júris tantum*, que cabe prova em contrário, nos termos da legislação vigente, conforme excerto do RICMS/BA 96, abaixo transscrito:

Art. 2º, § 3º: Presume-se a ocorrência de operações ou deprestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a crituração indicar:

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas

VI - valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito;

Ao apreciar a infração 3, vislumbro que a legislação tributária não contempla a perda ou extravio de documentos como elemento impeditivo do lançamento tributário, desde que o fisco se utilize dos critérios previstos na legislação, para levantamento do crédito fiscal, que foi efetuado pelo autuante. A eventual comprovação legal da perda ou extravio dos documentos, não tem o condão de impedir a presunção da ocorrência do fato gerador, cabendo tão-somente ao impugnante fazer prova em contrário. Infração não elidida.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, que obedeceu fielmente aos parâmetros estabelecidos no Regulamento do ICMS do Estado da Bahia.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 152240.0011/11-3, lavrado contra **EDILSON ANDRADE NUNES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$30.017,38**, acrescido das multas de 75% sobre R\$3.434,16 e de 150% sobre R\$26.583,22, previstas nos arts. 35, da LC 123/06 e 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, 03 de Julho de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ILDEMAR JOSE LANDIN – RELATOR

JOSE RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR