

A. I. Nº - 124267.0005/11-1
AUTUADO - BAHIA TEXTIL ATACADISTA DE TECIDOS E MALHAS LTDA.
AUTUANTE - MARIA DO CARMO BARRETO
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 10.09.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0204-02/12

EMENTA: ICMS. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES NACIONAL). **a)** CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **b)** PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infrações caracterizadas. Argumentos defensivos não elidem a legitimidade do lançamento tributário. Rejeitadas as preliminares de nulidades suscitadas na defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/11/2011, reclama ICMS no valor total de R\$53.133,22, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$45.368,75, referente a omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, no período de julho de 2007 a dezembro de 2008, conforme demonstrativos e documentos às fls. 14 a 137.
2. Recolhimento a menor do ICMS declarado, nos prazos regulamentares, no valor de R\$7.764,47, no período de julho de 2007 a dezembro de 2008, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por microempresas e empresa 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, conforme demonstrativos e documentos às fls. 14 a 137.

Consta à fl.143, um pedido do autuado para que: a) seja prorrogado o prazo para apresentação de sua defesa, por mais trinta dias; b) possa solicitar parcelamento do débito ou impugnação, por depender de diversas planilhas e informações já solicitadas às administradoras dos cartões, e ainda não atendida, sendo deferido tal pedido, conforme despacho do Inspetor Fazendário à fl.145.

O sujeito passivo, através de advogado legalmente constituído, em sua defesa às fls.151 a 157, mostrando-se surpreendido com a autuação, após sintetizar os fatos, aduziu que não foi oportunizado o contraditório e a ampla defesa, tendo justificado que a omissão de saídas apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituições financeiras e administradoras de cartões decorre de erro material de seus prepostos no momento de indicar a forma de pagamento utilizada por seus

clientes quando da informação da forma de pagamento adotada quando da saída da mercadoria, o que segundo o defendant, poderá ser comprovado pela análise do faturamento da empresa e das compras realizadas.

Feitas estas colocações, visando demonstrar que houve o alegado erro material, observa que basta somar os valores correspondentes às NF Cartão + NF Outros + RED Z Cartão + RED Z Outros, que o resultado das vendas emitidas será basicamente o valor do faturamento bruto declarado, conforme demonstrativos de faturamento do período fiscalizado (2007 e 2008) acostado às fls.161 e 165, e se colocou à disposição para apresentação dos documentos necessários para comprovar sua alegação.

Em seguida, faz no corpo de sua peça defensiva a comparação do faturamento da empresa com o total apurado pela fiscalização, em alguns períodos, para mostrar que o faturamento submetido à tributação do imposto foi maior do que o apurado no levantamento fiscal.

Assim, considerou que o relatório de vendas de cartão de crédito não pode ser tido como comprovação única e absoluta da acusação de omissão de receita ou que efetuou a menos o recolhimento do imposto, por entender que se trata de documento unilateral, assim como todos os demais documentos que instruem o presente processo.

Prossegue afirmando que em nenhum momento deixou de emitir nota fiscal referente à saída de mercadorias ou as emitiu em valor inferior à venda realizada. Justifica que nem sempre os seus prepostos se atentam para informar no corpo da nota fiscal qual a forma de pagamento utilizada, o que diz ter comprovado através o seu faturamento que não ocorreu omissão de saídas de mercadorias. Nesse sentido, transcreveu a jurisprudência de um julgado no âmbito do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais.

Ao final, protestando pela produção posterior de provas ou juntadas de documentos, análise pericial e tudo mais que se faça necessário para a prova da verdade material, requer a improcedência do Auto de Infração.

A autuante presta sua informação fiscal às fls. 193 a 197, na qual, destacou que foi deferida pelo Inspetor da Infaz Atacado, a solicitação do contribuinte, de prorrogação de prazo para apresentação da defesa conforme fls.145. Entretanto, diz que tal defesa apresentada não trouxe fatos novos ao processo.

Explica que o autuado apresentou apenas duas planilhas, discriminando as receitas mês a mês, as quais, já tinham sido declaradas à Receita Federal nos exercícios de 2007 e 2008 conforme extratos do Simples Nacional fls. 69 a 104 deste PAF, e que estes valores são os mesmos que foram considerados no levantamento fiscal (coluna “Receita sem ST em PGDAS/DASN (M) FLS. 52 e 61).

Dito isto, esclareceu a forma como foi efetuada a fiscalização, qual seja:*estabelecemos o confronto entre os valores das vendas em cartão de crédito/débito, registrados nos documentos fiscais apresentados pelo contribuinte, conforme planilhas elaboradas, fls.105 a 136, e os valores das vendas em cartão de crédito/débito informados à SEFAZ/BA pelas Administradoras de cartão, através do sistema TEF (Transferência Eletrônica de Fundos), fls. 46 e 47. Do resultado desse confronto, apuramos por presunção legal o valor da receita proveniente das vendas em cartão, sem emissão dos respectivos documentos fiscais, (coluna “TOTAL DIVERGÊNCIA CARTÃO (D)” de fls. 50 e 59).*

Constatada a omissão acima, procedemos ao levantamento da receita total da empresa, acrescentando ao valor integral das vendas (cartão + outros), apresentadas pelo contribuinte, o valor da omissão apurada, (coluna “RECEITA APURADA (H)” de fls. 51 e 60). A base de cálculo encontrada foi submetida às alíquotas constantes do Anexo I, da Lei 123/2006, do Simples Nacional para apurar o ICMS devido. Apurado o valor do ICMS devido, este foi confrontado com o valor do ICMS declarado, gerado nos Extratos do Simples Nacional, de forma que, durante o

período fiscalizado, o contribuinte acumulou diferenças de ICMS a recolher. As diferenças de ICMS a recolher, determinada mensalmente, foram desmembradas por infração como demonstra o relatório, (coluna “ICMS CARTÃO (I) e ICMS OMISSÃO DE RECOLHIMENTO OU RECOLHIMENTO A MENOR (K) de fls. 55 e 64.

Quanto ao questionamento do autuado sobre o valor apurado da omissão do cartão, fls. 51 e 60, alegando que houve erro material dos prepostos da empresa que não informaram, no corpo da nota qual a forma de pagamento, argumenta que o programa de fiscalização aprovado e homologado pela Sefaz para ser aplicável aos contribuintes do Simples Nacional, denominado AUDIG (Auditoria Digital), estabelece confronto de todos os valores e datas constantes nas planilhas de Reduções Z e notas fiscais que tenham correspondência com os registros do Relatório Diário de Operações TEF, independente da indicação da forma de pagamento. Aponta que as planilhas fls. 1302 a 1313 extraídas do AUDIG, demonstram estas notas que foram excluídas do total divergência cartão fls. 50 e 59 expurgando-as do imposto correspondente.

Informa, ainda que, para haver confronto de um número maior de documentos fiscais, este sistema considera também, as vendas em cartão informadas pelas Administradoras com data do dia seguinte ao da efetiva venda e emissão da nota fiscal, conforme demonstra a planilha RELAÇÃO NOTAS FISSCAIS QUE TIVERAM CORRESPONDÊNCIA DE VALORES E DATAS COM OS REGISTROS CONSTANTES DO RELATÓRIO DIÁRIO DE OPERAÇÕES -TEF CUPOM DO DIA +1 anexadas a este processo , às fls. 1.306 e 1.313.

Com relação a alegação de que o relatório de vendas a cartão de crédito trata-se de documento unilateral, não sendo suficiente à comprovação do quanto demonstrado nas fundamentações que ensejaram o auto de infração, a autuante informa que o uso das informações das Administradoras de cartões no processo de apuração de omissão de saídas está previsto no §4º, art. 4º da Lei 7.014/96.

Com base neste argumento, aduz que a diferença apurada entre o valor das vendas de mercadorias pagas por meio de cartão (levantado nos documentos fiscais do contribuinte), e o valor informado pelas Administradoras de cartão, será considerada presunção de omissão de saída de mercadorias tributadas sem o pagamento do imposto, admitindo-se, contudo, a apresentação de provas que rejeitem a aludida presunção, o que diz não foi apresentado pelo contribuinte.

Ressalta que as informações das Administradoras de cartão, apesar de não serem documentos fiscais, são documentos legitimados pelo Convênio ECF 01/01, o qual dispõe sobre informações do faturamento de estabelecimento usuário de ECF, prestadas por Administradoras de cartão de crédito às Secretarias Estaduais de Fazenda, devidamente autorizadas pelo contribuinte.

A autuante acostou à sua informação fiscal cópias de Redução Z e notas fiscais de vendas (fls.199 a 1.300, 1.315 a 1.334), e de relação de notas fiscais que tiveram correspondência de valores e datas com os TEF Diários (fls.1.302 a 1.313), do período fiscalizado.

Conclui pela procedência de seu procedimento fiscal.

Conforme intimação à fl. 1.335, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls. 193 a 197, sendo-lhe entregues cópias, inclusive de todos os documentos e levantamentos, o qual, se manifestou às fls.1.338 a 1.345, reiterando sua defesa anterior, e acrescentando que o Termo de Informação Fiscal encontra-se tendencioso, pois não faz nenhuma alusão às nulidades aduzidas, bem assim, que não lhe foi dada a oportunidade de participar ativamente da instrução do processo administrativo fiscal.

Repete que as diferenças são decorrentes de erro material de seus prepostos no momento de indicar a forma de pagamento utilizada por seus clientes quando da informação da forma de pagamento adotada quando da saída da mercadoria, o que, segundo o defendente pode ser constatada em seus documentos fiscais.

Argumenta que se colocou à disposição da fiscalização para apresentação dos documentos necessários para comprovar suas alegações, porém, esta não se manifestou a respeito, ferindo o Princípio da Verdade Material.

Após reprimir seus argumentos quanto ao fato de sua receita total ter sido quase igual ao apurado pela fiscalização, expressa seu entendimento acerca do conceito de “omissão de receita”, para sustentar que nos caso dos autos, em nenhum momento deixou de emitir nota fiscal referente à saída de mercadorias ou as emitiu em valor inferior à venda realizada.

Ao final, mantém seu pedido pela nulidade do Auto de Infração.

A autuante, fls. 1.361 a 1.362, manifesta-se sobre a defesa acima, e rebate os questionamentos apresentados pelo autuado, dizendo que tudo já foi esclarecido em sua informação fiscal, fl. 193 a 197.

Quanto ao Termo de Início de Fiscalização, informa que o mesmo encontra-se anexado ao processo às fls. 10 e 11 juntamente com o Termo de Prorrogação de Ação Fiscal, fl. 09, demonstrando a observância do artigo 28, inciso II, do RPAF/99.

Conclui pugnando pela procedência de sua ação fiscal.

VOTO

Preliminarmente, quanto a nulidade argüida na defesa, verifico que não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, em especial a alegação do autuado de que o seu faturamento foi maior dos que as informações das administradoras, esta será objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito.

Quanto a alegação de inexistência do Termo de Início de Fiscalização, constato que não assiste razão ao defensor, pois se encontra no processo, fl. 08 o referido termo, bem como, termo de prorrogação, fl. 09, além das intimações constantes às fls. 10 a 12, tudo de conformidade com o disposto no artigo 28, inciso II, do RPAF/99.

Além disso, não vejo como acatar a alegação de que não participou da instrução do processo, pois após os esclarecimentos prestados pela autuante na informação fiscal, o autuado foi identificado dela e pode exercer o seu direito de defesa.

Desta forma, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, verifico que o autuado, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresa de Pequeno Porte-Simples Nacional, foi exigido no item 01, o ICMS sobre a omissão de saída de mercadorias, por presunção legal, apurado por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao informado pelas instituições financeiras e administradoras de cartões.

Já o item 02, faz referência a valores deixados de recolher pelo Regime Especial Unificado de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, devido a erro na informação da receita e alíquota aplicada a menor.

Na análise das peças processuais, verifico que os débitos lançados nas infrações 01 e 02 foram apurados com base nas planilhas eletrônicas do AUDIG constantes às fls. 50 a 58 para o exercício de 2007, e 59 a 68 para o exercício de 2008. Verifico ainda que a receita normal está relacionada, mês a mês, nas notas fiscais D-1, fls. 105 a 136, enquanto que as operações com cartão de crédito/débito foram informadas pelas administradoras de cartão de crédito através do Relatório TEF por operação. Além disso, observo que a receita normal foi identificada através do Extrato do Simples Nacional, fls. 69 a 104, mês a mês, e as operações com cartão de crédito/débito foram

informadas pelas administradoras de cartão de crédito através do Relatório TEF por operação. Ademais, após a determinação das novas faixas de receita, resultou em novos percentuais para a apuração do débito de cada infração.

Portanto, a ação fiscal obedeceu a legislação tributária, notadamente as instruções da Portaria nº 340/99, que determinam os procedimentos para a realização do levantamento fiscal das receitas apuradas aos contribuintes optantes pelo Simples Nacional, cujos relatórios gerados pela autuante estão detalhados mensalmente, permitindo ao autuado o perfeito entendimento dos valores que foram lançados. Além disso, nas informações fiscais a autuante prestou os esclarecimentos necessários para o entendimento da conclusão fiscal, tanto que o autuado exerceu o seu direito de defesa, e não apresentou fatos novos ou provas consistentes, capazes para descaracterizar a autuação.

Desse modo, os débitos das infrações em questão, estão devidamente demonstrados através das citadas planilhas, e no caso do item 01, a autuação está fundamentada no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei n 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê *in verbis*: “O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de 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”.

Desta forma, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Em processo desta natureza faz-se necessário o fornecimento ao contribuinte dos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com especificação das vendas diárias, por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administração de cartão, separadamente, de modo que possa ser efetuado o cotejo entre os valores registrados na escrita fiscal e no equipamento emissor de cupom fiscal com as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito. No presente processo, tais relatórios foram entregues ao autuado através de mídia eletrônica, conforme recibo assinado à fl. 13.

Quanto a alegação de que o faturamento do período foi maior que as informações constantes nos Relatórios TEF por operações, não cabe acolhimento, pois não elide a diferença apurada pela fiscalização. Para que fosse elidida de modo válido a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, o autuado deveria ter feito o cotejamento entre o que consta nos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com os valores correspondentes às vendas constantes no ECF e/ou nas notas fiscais emitidas, de modo a comprovar que os valores informados pelas operadoras efetivamente foram lançados em sua escrita fiscal, haja vista que nos citados TEF’s diários estão especificadas as vendas diárias, por operações, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administradora de cartão, separadamente. Também não assiste razão ao defendente em relação aos percentuais utilizados para o cálculo do débito, pois estes estão em perfeita conformidade com as novas faixas de faturamento apuradas no trabalho fiscal.

No tocante a alegação do autuado para que seja examinada sua escrita fiscal, com fulcro no art.147, inciso I, do RPAF/99, indefiro tal pedido para realização de diligência, pois o processo contém todos os elementos para minha convicção sobre a lide.

No que tange às multas aplicadas, cumpre registrar o percentual de 150% da infração 01, está previsto no § 1º do inciso I do 44, da Lei nº 9.430/96, enquanto que o percentual da infração 02, foi aplicado corretamente no percentual de 75%, conforme previsto no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, a seguir transcritos.

LC 123/06

Art. 35. Aplicam-se aos impostos e contribuições devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS.

Lei 9.430/96

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis

Ante o exposto, considero subsistentes as infrações de que cuidam este processo, tendo em vista que as questões formais suscitadas na defesa não prosperaram, haja vista que restou comprovada a entrega do arquivo magnético (CD) contendo as informações descriminadas oriundas da empresas operadoras de cartão de crédito/débito; que não existe qualquer víncio nos demonstrativos que instruem a autuação, inclusive esclarecidos na informação fiscal; que as infrações imputadas foram descritas com clareza e permitiram o exercício da ampla defesa e do contraditório, considero correto o procedimento fiscal, cujas razões defensivas não foram capazes de elidir os valores lançados no auto de infração.

Por fim, restando demonstrada, a origem das infrações, a título de falta de recolhimento de valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, decorrente do cálculo da receita total apurada e deduzida a parcela inerente a omissão de operações com cartões de crédito, em comparação com os valores declarados no PGDAS, concluo que a receita declarada foi inferior ao demonstrado nas planilhas que instruem a autuação, e por via de consequência, não foi recolhido o ICMS no período objeto da autuação lançado no demonstrativo de débito.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 124267.0005/11-1, lavrado contra **BAHIA TEXTIL ATACADISTA DE TECIDOS E MALHAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$53.133,22**, acrescido das multas de 75% sobre R\$7.764,47 e 150% sobre R\$45.368,75, previstas no artigo nºs. 35 da LC 123/06 e 44, inciso I da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 15/06/2007, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR