

A. I. N° - 210540.0003/11-0
AUTUADO - MATERIAL PARA CONSTRUÇÃO E MADEIREIRA DO LAR LTDA.
AUTUANTE - MAGDA LUCIA CAMBUÍ DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ IRECÊ
INTERNET 27.08.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0234-05/12

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. 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 (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96). Restou demonstrado que o imposto foi apurado com base na receita das operações com mercadorias sem substituição tributária, conforme declarado pelo próprio autuado no Documento de Arrecadação do Simples Nacional. Não comprovada a improcedência da presunção legal que embasa esse item do lançamento. Infração caracterizada. **b)** PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Comprovado o recolhimento a menos do imposto devido na condição de empresa do Simples Nacional. Infração subsistente. Afastadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado, em 02/06/11, para exigir ICMS, no valor de R\$ 16.993,78, em razão dos seguintes fatos:

INFRAÇÃO 1. Falta de recolhimento de ICMS referente a omissões de saídas de mercadorias tributadas, presumidas por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituições financeiras e/ou administradoras de cartão, nos meses de julho/agosto, novembro/dezembro de 2007 e janeiro a dezembro de 2008. Foi lançado imposto no valor de R\$ 2.305,82, mais multa de 150%.

INFRAÇÃO 2. Falta de recolhimento de valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos, nos meses de agosto de 2007 e janeiro a dezembro de 2008. Foi lançado imposto no valor de R\$ 14.687,96, mais multa de 75%.

O autuado, por meio de advogados com Mandato de Procuração (fl. 228), apresenta defesa, fls. 220 a 227 e, após descrever as infrações apuradas, ressalta que o auto de infração possui erros insanáveis que resultam em flagrante ofensa ao princípio da ampla defesa, transcrevendo trecho do art. 18, RPAF BA, sobre as nulidades no processo administrativo tributário.

Diz que a descrição dos fatos não conclui com segurança a infração cometida, bem como o enquadramento legal no art. 21, inciso I da Lei Complementar nº123/06, com ofensa ao art. 5º. LV, CF 88. Reclama, ainda que o auto de infração não contém as hipóteses de redução da multa de ofício, informação obrigatória, art. 7º, inciso X, Resolução nº 30, CGSN, além do art. 39, Decreto nº 7.629/99.

No mérito, argumenta que a presunção na infração não está em conformidade com o “art. 2, § 3º, inciso VI, do Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999” e que, em virtude dessas considerações pode-se dizer que, a omissão de saída de mercadoria tributada é constatada quando há informativo de venda a menor do que os valores informados pela administradora de cartão de crédito. Diferentemente disso, é o caso em análise, pois, como verificado na própria Redução Z os valores diários lançados são em muito superiores aos valores das compras de cartão informadas, assim o sendo, não se pode presumir que há omissão de saída de mercadoria, pelo contrário, como não há qualquer lançamento de produto vendido a cartão isto indica que as compras a cartão já integram o valor total das vendas.

Observa que as vendas a cartão não foram discriminadas na Redução Z, pois, o contribuinte não utiliza o Emissor de Cupom Fiscal (ECF) integrado à máquina do cartão de crédito e débito. Deste modo, ao emitir o cupom fiscal, o valor total do cupom indicará sempre pagamento a dinheiro, não tendo assim como informar o pagamento a cartão.

Por tudo isso, reitera a alegação de nulidade do Auto de Infração por falta de informações seguras na elaboração da defesa do contribuinte. Considera que não é razoável uma empresa que compre um total de R\$ 288.234,47 e que venda, no mesmo ano, um total de R\$ 524.290,94 (2007); de igual forma, em 2008 comprou R\$ 357.435,37, vendeu R\$ 478.970,37 possa ter omissão de venda de mercadorias, conforme provam seus livros fiscais em anexo (DOC. 03).

Reclama também o autuado, quanto à acusação de erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, fato que supostamente deu ensejo à segunda infração. Diz que recolheu os impostos com base na partilha do Simples Nacional (DOC. 04), levando-se em consideração para tanto, o faturamento mensal da empresa e os valores com substituição tributária, conforme nova tabela elaborada, também juntada em anexo (DOC. 05). A referida tabela foi elaborada levando-se em conta os livros de saída de mercadoria (DOC. 03), recibo de entrega da declaração de renda apresentado à Secretaria da Receita Federal do Brasil e extratos do Simples Nacional (DOC 06). O valor do imposto devido coincide com o valor pago, não existindo fundamento para a exigência de tributo sob a alegação de erro na informação tanto da receita como da alíquota aplicada.

Contesta que houve imprecisão na base de cálculo apresentada pela autuante, a exemplo da ocorrência em 31/08/2007 (vencto. dia 15/09/07), sendo apresentada base de cálculo de R\$ 43.312,05, quando a venda real da empresa foi R\$ 54.085,20; o valor totalmente tributado, em 31/01/2008 (vencto. 15/02/08), base de cálculo R\$ 63.681,00, quando o total das vendas do mês foi de apenas R\$ 41.079,50, além do valor R\$ 15.044,46, referente às mercadorias substituídas e, portanto, a base de cálculo para os produtos tributados seria apenas de R\$ 26.035,04. Tais exemplos demonstram que os valores exigidos estão totalmente fora da realidade da empresa, não tendo qualquer fundamento ou justificativa razoável para a sua constituição.

Finaliza pedindo a nulidade do auto de infração, deferimento de diligência ou a sua improcedência.

A preposta fiscal apresenta Informação, fls. 477/478, aduzindo a inépcia da petição de defesa por falta de requisitos mínimos constantes no art. 18, RPAF BA.

Resume as alegações de mérito do contribuinte, afirma que o entregou cópia do auto de infração contendo todas as planilhas e um arquivo magnético com o relatório TEF. Com relação à segunda infração, diz que se o contribuinte vende com cartões e não discrimina tais vendas no modo próprio, lhe cabe apresentar material comprobatório de que as vendas com os cartões estão inseridas nas vendas a dinheiro apresentadas nas reduções Z.

Diz que o procedimento fiscal está amparado na legislação do imposto e que os argumentos não são suficientes para a arguição de nulidade da infração. Pede a sua procedência.

Tendo em vista as divergências consignadas no presente lançamento de ofício, o colegiado da 5ª. JF, em pauta suplementar do dia 31.01.2012, decide converter o presente PAF em diligência para entrega ao autuado, mediante recibo, do Relatório TEF (transferência eletrônicas de fundos) por operações diárias, possibilitando o seu efetivo pronunciamento acerca das operações de vendas mediante o pagamento através de cartões de débito ou de crédito e a juntada da emissão de documentos fiscais para os valores registrados no TEF, uma vez que todos os valores contidos na redução Z estão registrados em sua totalidade na forma de pagamento “dinheiro”.

Em atendimento ao quanto diligenciado, fez-se a entrega do relatório TEF, fl. 485 e cópia do pedido de diligência. Intimado para tomar conhecimento do resultado da diligência, o autuado requer os autos do processo para análise, fl. 498.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado, empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional – foi acusado de ter omitido operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido a irregularidade presumida por meio de levantamento das vendas pagas por meio de cartão de crédito e/ou débito, no valor de R\$ 2.305,82 (infração 1) e de ter deixado de recolher valores referentes ao Simples Nacional em razão de erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos, no valor de R\$ 14.687,96 (infração 2).

Preliminarmente, o autuado suscita a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que foi lavrado com erros insanáveis que resultam em ofensa à ampla defesa; que a descrição dos fatos não conclui com segurança a infração cometida, que o enquadramento legal no art. 21, I, LC 123/06 ofende ao art. 5º. LV, CF 88; que o auto de infração não contém as hipóteses de redução da multa de ofício, informação obrigatória, conforme art. 7º, X, Resolução nº 30, CGSN, além do art. 39, Dec. nº 7.629/99.

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 quaisquer hipóteses que o inquine à nulidade, como é o pedido defensivo; não se observa óbice ao exercício da ampla defesa e do contraditório, considerando que as infrações foram descritas identificando os fatos tidos como irregulares, de forma, clara, precisa, mas sucinta como elege à norma (art. 39, RPAF BA); o sujeito passivo pode exercer com liberdade e plenamente suas razões, fazendo serem conhecidos todos os fatos e argumentos que julgou necessários na defesa de sua tese, apresentando os elementos de prova de que dispunha. Recebeu cópias de todas as peças que compuseram os presentes autos, inclusive do Relatório Diário de Operações TEF, consoante providência adotada durante a diligência fiscal, oportunizando a apresentação das provas que possam elidir a presunção legal em que se fundou a infração 1. Enfim, nenhuma situação existe no presente auto de infração a motivar nulidades, nos termos do art. 18, RPAF BA.

Com relação à redução da multa, conforme é a solicitação defensiva, constam do demonstrativo de débito, anexo do auto de infração, os valores sujeitos à redução e nenhuma ofensa ao RPAF BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Sobre o pedido de diligência, em face da necessidade de esclarecer lacunas existentes no presente PAF a 5ª JF deliberou pela entrega ao autuado, mediante recibo, do Relatório TEF (transferência eletrônicas de fundos) por operações diárias, possibilitando o efetivo pronunciamento da defesa acerca das operações de vendas mediante o pagamento através de cartões de débito ou de crédito e a prova da emissão de documentos fiscais para os valores registrados no TEF, uma vez que todos os valores contidos na redução Z estão registrados em sua totalidade na forma de pagamento “dinheiro”.

No mérito, as exigências fiscais contidas no presente Auto de Infração estão respaldadas na legislação tributária vigente, especialmente na Lei Complementar nº 123/06, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, e na Resolução nº 30 do Conselho Gestor do Simples Nacional (CGSN), que dispõe sobre os procedimentos de fiscalização e lançamento referentes às empresas enquadradas no Regime do Simples Nacional.

Com relação, antes, à infração 1, a omissão presumida de saída de mercadorias tributáveis, por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito e débito, em valor inferior aquele informado por instituições administradoras dos cartões, no valor de R\$ 2.305,82.

A infração apontada encontra amparo nas disposições contidas no art. 4º, §4º, VI, “b” da Lei nº 7.014/96, a seguir descrito:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

...

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

a) instituições financeiras;

b) administradoras de cartões de crédito ou débito;

Em se tratando de exigência de imposto por presunção legal, o dispositivo que a autoriza pressupõe que, a diferença apurada pelo fisco não esteja comprovada e, em sendo uma presunção relativa, assim identificada por admitir prova em contrário, cabe ao contribuinte trazer aos autos as provas de que os fatos não ocorreram conforme é a pretensão fiscal.

Nas razões, o sujeito passivo alega que a presunção na infração não está conforme o art. 2º, § 3º, da Lei 7.014/96, pois os valores lançados na própria Redução Z são superiores aos valores informados nos cartões, não se podendo presumir que haja omissão de saída de mercadoria e como não há lançamentos de produtos vendidos a cartão, isto indica que as compras com cartão já integram o valor total das vendas. Observa que as vendas com cartão não foram discriminadas na Redução Z, pois o Emissor de Cupom Fiscal (ECF) não está integrado à máquina do cartão de crédito e ao emitir o cupom fiscal o seu valor total indicará sempre pagamento a dinheiro, sem informar o pagamento com cartão.

Verifico que o autuante elaborou demonstrativos de débitos, anexos aos autos, fls. 06/15, discriminando os totais informados pelas administradoras dos cartões e os valores de vendas com emissão de documentos fiscais e cujas vendas foram recebidas através de cartões; nenhum valor consta desse relatório fiscal porque o autuado não registra informações no modo de pagamento “cartão”, nem faz prova de quais valores consignados em documentos fiscais de sua emissão coincidem em valor e data com aqueles constantes no relatório TEF. Cabível ressaltar que nenhum documento, cupom fiscal ou qualquer meio de prova foi anexado aos autos pelo autuado, mesmo tendo à sua disposição, o relatório TEF de operações diárias, entregue pela fiscalização, durante o procedimento da diligência, designada com esse fito especial, conforme intimação de fls. 498/499, o que lhe permitiria confrontar cada valor informado na planilha das instituições financeiras e apresentar os elementos de prova a favor de suas razões. Informa apenas que não entende razoável uma empresa comprar R\$ 288.234,47, vender, no mesmo ano, R\$ 524.290,94 possa ser apenada com omissão de venda de mercadorias.

Os valores exportados para os demonstrativos de débitos acima mencionados foram extraídos da Declaração Anual do SIMPLES NACIONAL (DASN) e do Extrato do SIMPLES NACIONAL, acostados aos autos, às fls. 363/417, segregados os valores da receita sujeitos à substituição tributária, que devem ser excluídos da tributação no SIMPLES NACIONAL. Posto isso, diante da presunção legal de que houve saídas sem coberturas, no caso, em razão da constatação de diferença nas vendas através dos cartões de crédito, de débito, caberia ao autuado comprovar inequivocamente o contrário, demonstrando a efetiva emissão dos correspondentes documentos fiscais e, no entanto, não o fez. Inverossímil a simples afirmação de que suas vendas em sua totalidade no modo de pagamento em dinheiro, quando o confronto exigido será entre os valores informados pelas administradoras dos cartões e os valores de vendas consignadas pelo sujeito passivo, igualmente, com cartões de crédito. O ônus de elidir a construção tributária, em se tratando de uma presunção legal, compete ao autuado. Correto, pois, o procedimento fiscal e procedente a exigência dessa infração 1, no valor de R\$ 2.305,82.

Na infração 2, a acusação é que houve 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 originado pelo erro na informação da receita e / ou alíquota aplicada a menor, no valor de R\$ 14.687,96.

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 primeira infração, de uma presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, considerando que o autuado ofereceu à tributação valores menores que aqueles informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito, comprovadas as vendas sem a emissão de documentos fiscais com pagamento na modalidade em cartão de crédito ou de débito, nos termos do art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96.

Apesar do impugnante não protestar no que se refere ao valor dessa exigência, especificamente, apurada através dos vários demonstrativos acostados aos autos, além da entrega ao próprio autuado, observo que os valores das receitas foram apurados a partir da Declaração Anual do SIMPLES NACIONAL (DASN) e do Extrato do SIMPLES NACIONAL, declarados à Receita Federal e acostados aos autos, às fls. 363/417, segregados os valores da receita sujeitos à substituição tributária, que devem ser excluídos da tributação no SIMPLES NACIONAL. A omissão de receita foi apurada a partir do confronto do novo total de ICMS a recolher, após o somatório das receitas apuradas na primeira infração, conforme demonstrativos de fls.10, e 14.

Examinando os autos, a partir desses pressupostos, constato que o autuante elaborou demonstrativos com as saídas do estabelecimento autuado de forma a evidenciar os percentuais de venda considerada normal, salientando a segregação das vendas por substituição tributária, que devem ser excluídas do Programa Gerador do DAS (documento de arrecadação do Simples Nacional). Com base em tais demonstrativos, as receitas omitidas correspondentes percentualmente às operações regularmente tributadas foram apuradas para fim da exigência da infração do Simples Nacional (art. 18, § 1º, da LC 123/06).

Posto isso, a Infração 2 é subsistente, no valor de R\$ 14.687,96, tendo em vista as divergências relacionadas à infração 1, antes mencionadas, 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 **210540.0003/11-0**, lavrado contra **MATERIAL PARA CONSTRUÇÃO E MADEIREIRA DO LAR LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.993,78**, acrescido da multa de 150% sobre R\$2.305,82 e 75% sobre R\$14.687,96, previstas no art. 35, da Lei Complementar nº 123/06, art. 44, I e §1º, da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR