

A. I. Nº - 232113.0001/12-3
AUTUADO - LOBO & LOBO LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ ANTONIO BRITO CORDEIRO
ORIGEM - INFAC VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET 10.09.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0242-05/12

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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 28/03/2012 exige ICMS no valor de R\$ 71.204,80, relativo aos exercícios de 2008 a 2010, em razão de duas irregularidades, a seguir descritas:

INFRAÇÃO 1 – Omissão de saída de mercadoria tributada, 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\$ 48.506,60 e multa de 150%.

INFRAÇÃO 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 em não recolhimento de parte do ICMS, por erro na informação da receita e / ou alíquota aplicada a menor. Valor R\$ 22.698,20 e multa de 75%.

O autuado apresenta impugnação às fls. 32 a 47, argui preliminarmente que no ato combatido com natureza jurídica de ato administrativo, nos termos do Decreto nº 70.235/72, as prerrogativas atribuídas ao agente fiscal não são em razão da pessoa, mas do MÚNUS que desempenha, e assim, todo o ato de fiscalização deve ser procedido da científicação ao sujeito passivo, regra contida no art. 26, II e III, Decreto 7.629/99, o que no caso presente não ocorreu.

Diz que a inexistência do Termo do Início de Fiscalização não pode ser mero documento à disposição do agente fiscalizador, ao teor do art. 28, § 1º do Decreto nº 7.629/99 e sua falta provoca a nulidade do auto de infração.

Queixa-se também da narração sucinta e não individualizadora da conduta dificulta a defesa do contribuinte, conforme observou na infração relacionada à comercialização por intermédio de cartões de crédito e de débito, em inversão do ônus da prova, por aplicação do art. 333, I, CPC e art. 108, I, CTN. Conclui que o art. 28, § 3º do Decreto nº 7.629/99, em contrário, determina que o termo de encerramento deve conter descrição detalhada dos fatos apurados.

Argui ainda que o autuado é optante do SIMPLES NACIONAL e, deve ser nulo o auto de infração em discordância com o seu regramento instituído pela Lei Complementar 123/06, além da Lei Estadual nº 10.406/2007. Aduz que paga imposto único sobre o faturamento, abrangendo, inclusive, o imposto objeto de autuação. Não havendo, no presente caso, motivação, o que torna auto de infração nulo.

Insiste que o procedimento fiscal deve observar o art. 6º, da Resolução CGSN nº 30 e que o auto de infração em debate foge das determinações legais sem indicar a data do início, período de fiscalização e ausentes elementos que prestariam a sua validade.

No mérito, reclama que o único meio de prova da fiscalização foram os extratos enviados pelas administradoras de cartões, não sendo requerido qualquer documento ou comprovação do sujeito passivo. Diz que a impugnante é empresa do ramo de empreendimentos patrimoniais e quase todas as lojas usam como forma de pagamento cartões de crédito e de débito, além de optante pelo SIMPLES NACIONAL a partir do primeiro semestre de 2008.

Argumenta que às vezes usa o cartão para fins diversos do recebimento pelas vendas de produtos de seu estoque, a exemplo de créditos de inadimplência das vendas já tributadas, no momento anterior. Reafirma que diversos valores objeto da autuação são de origem de repactuamento de dívidas de clientes num bem sucedido plano de recuperação da inadimplência. Explica que não se via qualquer razão para realizar o recebimento das dívidas de outra maneira, uma vez que a lei não exigia firma escrita para o parcelamento da dívida e que, tal argumento, somente pode ser corroborado através da prova testemunhal, o que desde já, requer.

Aduz que os vícios formais refletem na açodada análise das provas, privilegiando apenas algumas notas fiscais, redução Z e a informação fornecida pelas instituições financeiras, em detimentos aos livros contábeis, documentos, estoques, etc., o que acabou por gerar um auto de infração temerário. Diz que, no caso, o Fisco apurou base de cálculo de R\$ 1.226.892,30 em função de o contribuinte ter informado vendas de R\$ 3.729.409,51 e desconsiderou, sem justificativa, R\$ 2.502.517,20 emitidos em cupons.

Queixa-se da insubsistência do lançamento baseado em arbitramento, nos termos do art. 148, CTN e da presunção como meio de prova. Diz que, no caso, conhecido é o fato de as vendas com cartões serem superiores aos valores declarados pelo impugnante. Presumiu-se daí suposta omissão de receita que, efetivamente, não ocorreu, conforme provam os documentos juntados ao processo. Deduz que reconhecer valores idênticos, múltiplos de venda em cartões, quando acompanhados de outras provas, bem como o repasse dos recursos recebidos de terceiros, não somente nega a realidade dos fatos, como também desobedece aos princípios da legalidade, da ampla defesa e da razoabilidade.

Expressa que na situação narrada de R\$ 3.729.409,51, em vendas por cartões, o próprio contribuinte só informou R\$ 165,00 (0,5%). Explica que a diferença não é, necessariamente, omissão de receitas e que, mais lógico será o equívoco do operador do caixa, quando do registro da forma de pagamento. Defende a existência de outros meios de apuração de supostas omissões de receitas.

Finaliza, pedindo a declaração de nulidade pelo falta do termo de início, por cerceamento do direito de defesa e pela improcedência do auto de infração, protestando por outros meios de prova, inclusive, diligência, perícia contábil ou testemunhal.

O preposto fiscal, responsável pelo feito, presta Informação Fiscal, fls. 53/62, contra argumenta sobre preliminares e questões de mérito, aduzidas que os argumentos da defesa tem o objetivo exclusivo de postergar o pagamento do imposto devido, vez que as justificativas apresentadas não têm fundamento.

Explica que lavrou Termo de Intimação, quando da apresentação de livros e documento constante à fls. 07 deste PAF, devidamente vistada com data de 19/01/2012. Conforme indica o art. 28, II do Decreto nº 7.629/99 com a emissão deste termo fica dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.

Afirma ainda que a fiscalização foi realizada mediante Ordem de Serviço nº 513077/11, o que deu a este preposto fiscal plenos poderes para realização da fiscalização; diz que quanto à alegação defensiva da narração sucinta da Infração, também não procede, haja vista que a descrição dos fatos detalha a apuração das irregularidades encontradas, bem como os relatórios anexos ao PAF,

além dos arquivos eletrônicos em mídia magnética tipo CD, fl. 26, recepcionados conforme recibo, fls. 27 / 29, devidamente vistados pelo autuado.

Explica que os referidos arquivos e relatórios apresentados por si já são suficientes para compreensão das infrações apresentadas e dos processos de cálculos realizados, por vez, é conveniente expor que o teor das infrações apresentadas no item Infração 1 – 17.03.02 e Infração 2. – 17.02.01 sequer foram redigidas por este preposto fiscal, mas sim constam do próprio sistema SEAI, o que se revela ferramenta elucidativa para a autuação, além de coberta de teor legal.

Combaté à alegação de auto de infração temerário e desprovido de substrato fático, uma vez que após receber Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documento, o autuado já tem ciência que está sob fiscalização; ademais o Sr. Dalvadísio Pereira de Oliveira, legalmente constituído como Contador da empresa, estava ciente da fiscalização em curso, pois apresentou os documentos solicitados em 08/02/2012, prestou esclarecimentos, participou de reuniões onde foram sanadas dúvidas acerca do procedimento fiscal e das infrações encontradas; e-mails anexados às fls. 66 a 69, provam o conhecimento de todo processo da fiscalização pelo autuado.

Por fim contesta que não houve qualquer discordância com o regramento do SIMPLES NACIONAL, mas que isto também não o exime do dever de cumprir os requisitos legais, nem lhe dá privilégios quanto às exigências existentes para os contribuintes do ICMS e demais tributos. Aduz que o autuado tenta protelar o pagamento do imposto devido, retamente identificado como omissão de saída de mercadoria tributada, além do recolhimento a menor do ICMS declarado. Deixou de obervar o art. 19 da mesma resolução nº 30, que permite utilização de procedimentos fiscais previstos na legislação de cada ente federativo, até a disponibilização de novo sistema.

Diz que os roteiros de fiscalização estão conforme a Ordem de Serviço; sobre os recebimentos em cartão de crédito oriundos de repactuamento de compromissos financeiros inadimplidos, a própria autuada não apresentou prova, nesse sentido, ficando somente no plano abstrato a sua tentativa de ratificar o ilícito fiscal. Explica que livros e demais documentos de estoques, etc, não foram necessários na apuração em exame. Sobre a falta de confronto das notas fiscais de saída emitidas com as informações constantes no Relatório Diário de Operações – TEF, também não procede a alegação defensiva, pois foram lançadas todas as informações do livro de saída conforme relatório às fls. 09, 15, 21 do PAF e todas as notas fiscais emitidas foram consideradas pelo sistema AUDIG, aproveitando todos os valores iguais aos do TEF com mesma data, lançando-o como venda a cartão.

No relatório de 2008, fl. 09, consta que o AUDIG localizou R\$ 165,00 de notas fiscais emitidas com mesmo valor do TEF e no relatório do ano de 2010, fls. 21, foi encontrado o montante de R\$ 1.317,00; explica que para os cupons lançados através da Redução Z os valores são considerados por meio da segregação da forma de pagamento, sendo: venda a cartão e venda a dinheiro. Foi constatada em todas as Reduções Z que não foi utilizada a opção de venda a cartão, mas sim, somente venda a dinheiro. Constatata ainda que nos relatórios acima mencionados que há lançamento de Redução Z com venda a cartão para o ano de 2009 (fls. 15), no total de R\$ 1.874,00; para o ano de 2010, o total de R\$ 4.439,00 (fls. 21). Ressalta que tais valores, ainda que pareça insignificante, diante do montante de vendas apresentado, somente foi lançado após exaustiva verificação de todos os valores dos cupons fiscais apresentados para o período fiscalizado (2008, 2009 e 2010) sendo considerado todo valor igual ao da transação eletrônica de fundos TEF e com data também iguais. Salienta que foram considerados também valores iguais com data de um dia a mais, pois assim prevê o AUDIG, conforme informações contidas no CD às fls.26.

Afirma que além dos cupons fiscais, não houve também emissão de notas fiscais para as transações de vendas com cartões, provando o acerto de todo processo da fiscalização e que a empresa, de fato, não vem emitindo cupom ou nota fiscal relativa às vendas com cartões de crédito/débito.

Contesta a existência de arbitramento da base de cálculo, aduzindo que o autuado, apesar da utilização de termos legais e jurídicos para adornar seus repetitivos argumentos, não os comprovou. Auto de infração que pede para ser julgado procedente.

O autuado, através de seu advogado, requer a juntada de cópia da defesa em arquivo magnético, além de solicitar que as intimações e notificações relativas a esse processo fiscal sejam endereçadas ao seu escritório, sob pena de nulidade.

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 quaisquer hipóteses que o inquise a nulidade, como é o pedido defensivo; o início da fiscalização foi devidamente comunicada ao sujeito passivo, uma vez que a intimação ao contribuinte para a apresentação de livros e documentos fiscais, fl. 07, cumpre esse mister, considerando a regra contida no art. 26, III, RPAF BA (Decreto nº 7.629/99).

Incabível também a nulidade suscitada pelo sujeito passivo sob a alegação de que a narração sucinta e não individualizada da conduta dificultou a defesa do contribuinte, inverteu o ônus de provar (art. 333, I, CPC), além de contrariar o art. 28, § 3º do Decreto nº 7.629/99, ao determinar que o termo de encerramento deve conter descrição detalhada dos fatos apurados.

Sob nenhuma hipótese, observei óbice ao exercício do contraditório, considerando que as infrações foram descritas identificando os fatos tidos como irregulares, de forma, clara, precisa, mas sucinta como elege a 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 recibo firmado por representante legal do estabelecimento autuado, fls. 27/29, oportunizando apresentar as 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.

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\$ 7.515,62, em períodos de 2007/2009. 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 2009, no valor global de R\$ 15.516,82, tudo em conformidade com os demonstrativos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal.

Sobre o pedido de diligência como produção de provas, não percebo, nos presentes autos, tal necessidade, uma vez que foi concedida ao autuado e aos próprios autuantes, prazos legais para oferecimento da contestação e a informação fiscal; os elementos constantes nos autos são suficientes ao convencimento do relator; indefiro, pois, tal pedido, conforme art. 147, I, RPAF BA.

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado, estabelecimento 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 (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 (infração 2).

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\$ 48.506,60.

A infração apontada encontra amparo nas disposições contidas no art. 4º, §4º, VI, “b” da Lei nº 7.014/96 e, em se tratando de exigência de imposto por presunção legal, o dispositivo que a autoriza pressupõe que, a diferença apurada pelo fisco não esteja comprovado 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 utilizou a máquina de cartão de crédito para fins diversos das vendas de mercadorias, a exemplo do recebimento de inadimplentes, vendas anteriormente tributadas e cujo pagamento não foi cumprido pelo cliente.

Verifico que o autuante elaborou demonstrativos de débitos, anexos aos autos, fls. 08/25, discriminando os totais informados pelas administradoras dos cartões e os valores de vendas com emissão de documentos fiscais e cujas vendas foram recebidas através cartões de créditos; foram consideradas as operações que coincidiam em valores e datas com aqueles constantes no relatório TEF; para efeito de segurança, consideradas também as operações havidas no dia seguinte. Cabível consignar 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, conforme recibo da recepção firmado, às fls. 27/29, 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 possui comprovantes e que precisaria de prova testemunhal.

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 apenas 0,5% das suas vendas foram consignadas através de cartões pela fiscalização ou que houve equívoco do operador do caixa no registro da forma de pagamento. Correto, pois, o procedimento fiscal e procedente a exigência dessa infração 01, no valor de R\$ 48.506,60.

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\$ 22.698,20 e multa de 75%.

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 dos Extratos do Simples Nacional declarados à Receita Federal, relacionados no demonstrativo de RECEITA DECLARADA EM PGDAS, fl. 10, 15 e 21, respectivamente, para os exercícios de 2008 a 2010. 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.14, 19 e 25.

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 que não houve venda por substituição tributária, essa, em havendo, deveria ser excluída 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 em decorrência natural das 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 232113.0001/12-3, lavrado contra **LOBO & LOBO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$71.204,80**, acrescido das multas de 75% sobre R\$22.698,20 e 150% sobre R\$48.506,60, 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.

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

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR