

A. I. N° - 225075.0005/11-4
AUTUADO - JOSÉ CARLOS DIAS DA SILVA
AUTUANTE - ROBERTO DIAS FIGUEIREDO NETO
ORIGEM - INFRAZ ITAPETINGA
INTERNET 09.11.2012

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0271-04/12

EMENTA: ICMS. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES NACIONAL). 1. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTADAS a) DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. O autuante afirma que a redução Z do equipamento ECF não consta nenhuma venda por meio de cartão e o impugnante, embora tenha tido acesso ao relatório TEF, não logrou trazer uma única nota ou cupom fiscal que pudesse ser associada às vendas em cartões de débito/crédito. As alterações procedidas pelo autuante na infração 1, deve-se tão-somente à alteração da alíquota aplicada. Infração elidida parcialmente. b) FALTA DE REGISTRO DE MERCADORIAS TRIBUTADAS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. A infração 2, decorrente da presunção de omissão de saída, por meio de apuração da falta de registradas notas fiscais de entrada, teve as alterações aceitas a partir das provas trazidas ao processo pelo impugnante, restando o valor não elidido pela falta de comprovação do registro das demais notas. Infração elidida parcialmente. 2. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Decorrente da alteração da alíquota em virtude das omissões de receita e de registro de notas fiscais de entrada, também foi corrigida pelo autuante, conforme demonstrativos anexos. Infração elidida parcialmente. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2011, lançou ICMS no valor de R\$66.688,67, em razão do cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1. 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, nos meses de janeiro de 2009 a janeiro de 2010, e de julho a novembro de 2010, sendo lançado o imposto de R\$1.653,71, acrescido de multa de 150%.

INFRAÇÃO 2. Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entrada, confrontado com a escrituração do Livro Registro de Entrada. Foi lançado imposto no valor de R\$58.767,83 nos meses de janeiro a maio/2009, julho/2009, de setembro a dezembro de 2009, e de janeiro a dezembro de 2010, acrescido de multa de 150%.

INFRAÇÃO 3. Deixou de recolher valores referentes 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 devido a erro na informação da receita e ou alíquota aplicada a menor, com lançamento de R\$6.267,13, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, julho, e de setembro a dezembro/2009, e janeiro, fevereiro, abril e de maio a dezembro de 2010, acrescido de multa de 75%.

O Autuado apresenta defesa às fls.70/76, aduzindo as seguintes razões:

Que quanto à infração 1, afirma que todas as vendas foram realizadas com a emissão de notas fiscais, pois o montante de vendas mensal e anual é superior à venda de cartões de crédito, como também se sabe que muitos clientes só informam que o pagamento será a cartão após já ter emitido o cupom fiscal e que o cliente aceita pagar parte da compra à vista e outra parte no cartão de crédito, não há portanto que alegar a omissão de saídas; que o CONSEF tem julgado improcedentes autos de infração em decorrência das operações com cartões de crédito como neste caso.

Quanto à infração 2, sustenta que as notas fiscais apontadas pelo notificante estão registradas no livro registro de entradas de mercadoria, como se pode verificar, pois os livros ainda continuam em poder do fisco, inibindo a defesa do contribuinte, enumerando as notas fiscais que foram escrituradas mas não consideradas no seus lançamentos pelo autuante.

Que quanto à infração 3, tal “erro” se deu por conta do fisco não ter considerado as notas fiscais que foram escrituradas, e que se tais notas fossem inseridas no faturamento, que mudaria a sua faixa de cálculo de contribuições apuradas pelo SIMPLES NACIONAL.

Às fls. 81/86, o autuante prestou informação fiscal, tecendo os seguintes argumentos:

Que em relação ao que foi contestado pelo impugnante, refez os relatórios e papéis de trabalho, fazendo novos batimentos do sistema AUDIG, o que de fato demonstrou equívocos do trabalho anterior, refazendo o lançamento tributário, considerando todas as notas fiscais que estavam registradas no livro de entradas, mas, no entanto restaram 23 notas não lançadas conforme lista à fls. 93/94, alterando o valor do lançamento na infração 2 para R\$538,16, no exercício de 2009, conforme demonstrativo à fl. 82; que no exercício de 2010, reconsiderou as notas fiscais que estavam lançadas no livro de entrada, conforme fls. 159/208, mas que restaram 110 notas não lançadas, alterando o lançamento para R\$5.387,93, conforme tabela da fl. 83. Assim, nos dois exercícios da infração 2, o total corrigido fica em R\$5.916,09.

Quanto a infração 1, a auditoria das reduções Z informa que todas as suas vendas foram recebidas em dinheiro e não há nenhuma informação acerca das vendas por meio de cartões de débito/ crédito; por conta das interconexões com as demais infrações, visto que houve alteração da alíquota, também foi refeito o cálculo desta infração, e o valor lançado conforme demonstrativo à fl. 84, foi reduzido para R\$1.119,34 para o exercício de 2009, e para o exercício de 2010, o valor foi reduzido a R\$169,57, conforme planilha da fl. 84, totalizando a infração 2 em R\$1.288,91.

Que para a infração 3, também foram refeitos os cálculos, sendo que o lançamento do exercício de 2009 foi reduzido para R\$78,78 e o de 2010 para R\$230,61, totalizando R\$309,39 conforme demonstrativos anexos e resumo à fl. 85.

Concluiu que o valor do lançamento total no auto de infração fica reduzida à quantia de R\$7.524,39.

O impugnante se manifesta acerca da informação fiscal à fl. 210, e reconhece que é louvável a atitude do autuante em rever o lançamento tributário, que de um crédito inicial de R\$66.688,67 foi reduzido para R\$7.524,39, mas que não pode dizer que concorda, pois o agente fiscal continua de posse dos documentos fiscais cerceando a sua defesa, e ainda insiste em que algumas notas fiscais não foram lançadas, a exemplo das Notas Fiscais nºs 15268 e 15270, e insinua que outras estariam na mesma situação. Ao final insiste pela improcedência da infração.

Às fls. 215/216, a 5ª JJF, em pauta suplementar decidiu enviar o processo em diligência à INFRAZ de origem para que o autuante tomasse as seguintes providências:

Que juntasse ao PAF o relatório TEF com as vendas de cartão de débito/crédito, e que também fornecesse cópias deste relatório ao impugnante, assim como procedesse à devolução dos documentos fiscais em posse do fisco, e que fosse reaberto prazo de defesa ao impugnante. À fl. 219 o autuante informa que cumpriu o solicitado na diligência, constando intimação, e comprovante da entrega de documentos, e reabertura de defesa à fl. 221.

O impugnante, à fl. 235 volta a reafirmar que as vendas mensais e anuais são superiores às vendas em cartões de débito/crédito, assim como muitos clientes pagam parcialmente à vista e parcialmente em cartão e não há como alegar omissão de saída. Aduz que a nota fiscal 206165 foi registrada no livro de entradas de 2010, e não foi considerada pelo autuante. Não reconhece as demais notas fiscais não lançadas e reivindica a sua exibição. Pede pelo cancelamento do auto de infração.

Em informação fiscal à fl. 235/237, o autuante reconhece que houve a escrituração da Nota Fiscal nº 206165 no valor de R\$3.254,00 e refaz os batimentos do sistema AUDIG, anexando os relatórios ao processo, alterando mais uma vez o lançamento, apenas para o exercício de 2010.

Assim, para a infração 1 em 2010, o valor fica do crédito fica em R\$144,33. Para a infração 2, fica alterado para R\$5.314,79 e para a infração 03, o valor do crédito fica alterado para R\$230,61, permanecendo inalterado os valores para o exercício de 2009, ficando o valor total do lançamento do auto de infração em R\$7.426,01.

Intimado a se manifestar o impugnante não se pronunciou.

VOTO

O auto de infração, embora lavrado com defeitos, o autuante reconheceu a procedência parcial da impugnação e por meio de diligência, comprova que foi efetuada a devolução dos documentos fiscais ao impugnante, com a entrega dos relatórios TEF, restando comprovado que foi oferecida a mais ampla defesa, de modo que o contribuinte pudesse exercitar o seu direito de contestação do lançamento. Assim, considero o presente processo livre de vícios formais, e apto ao julgamento.

A impugnação do auto de infração se baseou em erros do procedimento, ao não considerar o lançamento de diversas notas fiscais de entrada, o que alterou completamente a alíquota, e consequentemente o valor do recolhimento do ICMS devido pelo regime especial do SIMPLES NACIONAL, assim como a presunção da omissão de saída pela falta de registro de entrada de mercadorias. Quanto aos valores divergentes em relação às vendas efetuadas por cartão de débito/crédito, o impugnante sustenta que o montante da venda mensal e anual é superior ao declarado pelas administradoras de cartões e que os clientes às vezes pagam parcialmente com cartão e parcialmente à vista.

O fato de que as suas vendas declaradas ficam em patamares superiores àquelas efetuadas por meio de cartão de débito/crédito não tem o condão de elidir o lançamento fiscal, pois a partir do relatório TEF, o impugnante tem a possibilidade de efetuar o batimento dos valores deste relatório como os cupons fiscais de venda, e comprovar que os valores de venda fornecidos no relatório têm consistência com os cupons fiscais emitidos na respectiva data. É natural que o total de vendas declaradas pelo impugnante seja maior do que as vendas declaradas por cartão débito/crédito, uma vez que parte das vendas são recebidas por outros meios de pagamento (dinheiro ou cheque). O autuante afirma que a redução Z do equipamento ECF não consta nenhuma venda por meio de cartão e o impugnante, embora tenha tido acesso ao relatório TEF, não logrou trazer uma única nota ou cupom fiscal que pudesse ser associada às vendas em cartões de débito/crédito.

As alterações procedidas pelo autuante na infração 1, deve-se tão-somente à alteração da alíquota aplicada, decorrente de erro reconhecido pelo autuante, ao confirmar registro de parte das notas fiscais que foram inicialmente consideradas como não registradas, na infração 3, o que repercutiu na receita total.

No entanto, devo ponderar que o autuante ao lançar imposto sobre duas presunções de saída de mercadoria tributada (infrações 1 e 2), tanto por venda com pagamento em cartão de crédito, como por meio das notas fiscais de entrada de mercadorias não escrituradas, e em se tratando de operações dentro de um mesmo exercício, as mercadorias que não foram registradas nas entradas podem ser as mesmas que foram vendidas em cartão de crédito sem a contabilização, ocorrendo tributação “*bis in idem*”, ou seja, ocorrência da tributação dupla sobre a ocorrência do mesmo fato gerador. A Portaria nº 445/98 estabelece o critério da cobrança sobre o maior valor apurado quando ocorre tanto a omissão de entradas como a omissão de saídas no levantamento quantitativo de estoque, exatamente por esta razão, ou seja, tratando-se de presunção de omissão de saídas de mercadorias dentro do mesmo exercício e simultaneamente sobre diferenças apuradas pelas entradas assim como nas saídas, deve-se lançar o imposto sobre a maior diferença apurada e não sobre as duas diferenças. Em resumo, neste caso subsiste parcialmente a infração 1 quanto ao exercício de 2009, pelo maior valor, e a parcialmente infração 2 quanto ao exercício de 2010, também pelo maior valor.

Assim, com base nas alterações feitas pelo autuante, o lançamento da infração 01 ficou com os valores de R\$1.119,34 e R\$144,33 no exercício de 2009 e o lançamento da infração 2 ficou com os valores de R\$538,16 e R\$5.314,78 conforme se verifica ás fls. 84 e 235. Segregando-se os lançamentos, não pelo tipo de infração, mas pela ocorrência de ambas dentro de cada exercício, ou seja, os valores encontrados nas duas presunções, tem-se em 2009 o valor de R\$1.119,34 por presunção devido à omissão das vendas por meio de cartão de crédito e R\$538,16 devido pela presunção de omissão de saída decorrente da falta de registro de notas fiscais de entrada. Adotando-se o critério da maior omissão, excluo do processo, o lançamento de R\$538,16 na infração 1, restando apenas o valor de R\$1.119,34 conforme planilha transcrita abaixo.

Exercício 2009 - Infração 1	
mês	valor
1	223,44
2	119,34
3	0
4	59,35
5	244,27
6	0
7	5,88
8	86,83
9	0
10	61,89
11	156,77
12	161,57
Total	1.119,34

Infração parcialmente procedente no valor de R\$1.119,34.

A infração 2, decorrente da presunção de omissão de saída, por meio de apuração da falta de registro das notas fiscais de entrada, teve as alterações aceitas a partir das provas trazidas ao processo pelo impugnante, restando o valor não elidido pela falta de comprovação do registro das demais notas. O impugnante teve acesso ao relatório onde consta o relatório final das notas fiscais não registradas e sendo notas fiscais eletrônicas acessíveis no portal eletrônico, não justifica a entrega física, sendo o valor lançado inicialmente corrigido conforme tabela abaixo. Pelas mesmas razões da infração 1, não podendo subsistir duplo lançamento sobre mesmo fato gerador dentro de um mesmo exercício, fica excluído desta infração o menor valor apurado no exercício de 2010(R\$144,33) pelas omissões decorrentes das saídas omitidas por vendas de cartão de crédito referente ao exercício de 2010, restando o valor de R\$5.314,78 pela presunção de omissão de saída pela falta de registro das notas fiscais de entrada, conforme planilha abaixo:

Exercício 2010 - Infração 2	
mês	valor
1	43,11
2	40,92
3	0,00
4	10,58
5	0,00
6	0,00
7	0,00
8	0,00
9	91,74
10	622,39
11	4.245,14
12	260,90
Total	5.314,78

Infração mantida parcialmente em R\$5.314,78

A infração 3, decorrente da alteração da alíquota em virtude das omissões de receita e de registro de notas fiscais de entrada, também foi corrigida pelo autuante, conforme demonstrativos anexos, fl. 85, a partir da comprovação das notas fiscais que foram registradas pelo impugnante, ficando procedente em parte conforme demonstrativo abaixo.

Exercício 2009 - Infração 3	
mês	valor
1	29,50
2	49,26
3	0,00
4	0,01
5	0,01
6	0,00
7	0,00
8	0,00
9	0,00
10	0,00
11	0,00
12	0,00
Total	78,78

Exercício 2010 - Infração 3	
mês	valor
1	0,12
2	52,92
3	0,00
4	0,00
5	0,00
6	0,00
7	0,00
8	0,00
9	0,00
10	22,88
11	67,17
12	87,51
Total	230,61

Mantida a infração parcialmente no valor de R\$309,38.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 225075.0005/11-4, lavrado contra **JOSÉ CARLOS DIAS DA SILVA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento no valor total de **R\$6.743,50**, acrescido das multas de 150% sobre R\$6.434,12 e 75% sobre R\$309,38, previstas nos arts. 35 da LC 123/06 e 44, I, §1º, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2012

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR