

A. I. Nº - 213079.0009/11-0
AUTUADO - TELAS NORTE COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - CLARA HELENA DANTAS VICENTE
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET 25.09.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0272-05/12

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)** RECOLHIMENTO A MENOS. Provado erro na informação da receita e alíquota aplicada a menor. Exigências subsistentes em parte, após acolhimento das provas trazidas aos autos. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Comprovada em parte 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; Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2011, exige ICMS no valor de R\$ 10.187,14, relativo ao exercício de 2010, conforme documentos às fls. 8 a 63 dos autos, em razão de duas irregularidades, a saber:

INFRAÇÃO 1 –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, no valor de R\$ 4.237,14, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor.

INFRAÇÃO 2 – 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, implicando no ICMS exigido de R\$ 5.950,00.

O autuado, às fls. 66 a 89 dos autos, apresenta impugnação ao lançamento do crédito tributário onde, preliminarmente, arguiu a nulidade do lançamento de ofício, nos termos do art. 18, § 1º, do RPAF/99, o qual prevê que o Auto de Infração que apresente “eventuais incorreções ou omissões”, ou que esteja viciado pela “não observância de exigências meramente formais contidas na legislação”, não deve, de logo, ser julgado nulo, podendo, nestas condições, ser objeto de revisão fiscal, a fim de que seja consertado e, assim, ser levado adiante. Diz, ser este dispositivo legal que sustenta os pedidos de revisão fiscal (diligência ou perícia fiscal). Salienta que, não sendo apenas eventuais as omissões ou incorreções, e não sendo as exigências desobservadas de caráter meramente formal, não cabe qualquer tipo de revisão fiscal, do que entende ser o caso de nulidade do Auto de Infração, o qual diz possuir omissões e incorreções de natureza grave (e não apenas eventuais) e as exigências não observadas pelo autuante no seu trabalho não são meramente formais, aproximando-se sim, sem qualquer dúvida, de exigências de natureza substancial. Assim, pede que seja decretada a nulidade do Auto de Infração e, na remota hipótese de não ser acolhida a nulidade, o deferimento dos pedidos de diligência, feitos ao longo da impugnação.

Em seguida, alega cerceamento ao direito de defesa, uma vez que, ao encerrar o trabalho fiscal, a autuante forneceu ao autuado, além do Auto de Infração, uma cópia do demonstrativo de débito, discriminando, mês a mês, as parcelas de ICMS que achava devidas. Com base nestes elementos materiais, diz não ser possível se elaborar uma defesa, de forma a apresentar todos os argumentos defensivos, pois os demonstrativos não são auto-explicativos, nem são claros. Alega que não lhe foi fornecido cópia do relatório de informações TEF-operações, em formato de papel e a relação de quais foram as operações que constam neste relatório e que não constam nas bobinas de máquinas ECF e/ou nas notas fiscais de saídas emitidas, que serviram de base à lavratura do Auto de Infração, impossibilitando-o de verificar a veracidade da acusação. Diz existir e cita inúmeras decisões que amparam a pretensão de nulidade.

Também aduz falta de descrição clara e precisa nas acusações contidas no Auto de Infração, conforme art. 39, III, do RPAF/99, não lhe dando condições para o exercício da plena defesa, devendo ser nulo o lançamento de ofício, conforme previsto no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. Cita decisões.

No mérito, arguiu o art. 155, parágrafo único, do RPAF/99, o qual determina o julgamento pela improcedência do Auto de Infração, mesmo merecendo o ato de lançamento ser objeto de nulidade.

Em relação à infração 2, diz que nas operações comerciais realizadas através de emissão de notas fiscais, por vezes, quando da emissão da nota fiscal para entrega efetiva da mercadoria e que o pagamento parcial ou total foi realizado através de cartão de crédito e/ou débito, pode ocorrer que:

1. O cliente faz o pagamento de um determinado produto que a autuada não tem no momento para pronta entrega, sendo a nota fiscal emitida na data da efetiva entrega da mercadoria, a exemplo da Nota Fiscal nº 1314, cuja encomenda ocorreu em 10/12/2009, através de cartão, no valor de R\$ 2.367,50, e a entrega ocorreu em 04/01/2010. Logo, as informações mensais prestadas pelas administradoras de cartões de crédito e de débito não podem servir de parâmetro pela fiscalização para a acusação de falta de emissão de nota fiscal.
2. O cliente faz uma compra à vista e paga uma parte em dinheiro e outra parte em cartão de débito e/ou crédito, sendo a nota fiscal emitida no valor total da operação e paga o imposto correspondente. Assim, a informação da administradora não coincidirá com o valor da nota.

Assim, defende que a aplicação do roteiro de fiscalização é inadequada para exames em contribuintes que tem suas atividades comerciais das maneiras acima citadas.

Em seguida passa a enumerar os seguintes equívocos cometidos pelo preposto fiscal:

1. *“A autuante lançou incorretamente no Relatório Comparativo Mensal: Venda em Cartão X Informado pelas Administradoras de Cartões – Coluna Total Redução Z Cartão os valores constantes das Reduções “Z” da autuada.”*, a exemplo de:
 - *“a) No mês de Janeiro de 2010, o valor referente às saídas efetuadas através de cartão apuradas na redução “Z” da autuada totaliza R\$ 27.110,81 e a autuante lançou R\$ 25.406,71.”*
2. *“A autuante lançou incorretamente no Relatório Comparativo Mensal: Venda em Cartão X Informado pelas Administradoras de Cartões – Coluna Total Nota Fiscal Emitida Cartão os valores constantes das notas fiscais de saídas emitidas cujos pagamentos foram efetuados pelos clientes através de cartão de crédito e/ou débito.”*, a exemplo de:
 - *“a) No mês de Janeiro de 2010, o valor referente às saídas efetuadas pela autuada através de notas fiscais cujos pagamentos foram efetuados pelos clientes através de cartão de crédito e/ou débito totaliza R\$ 12.414,04 e a autuante lançou R\$ 2.779,00.”*
3. *“A autuante lançou incorretamente no Relatório Anexo 2 intitulado Receita Apurada (Vendas emitidas + Omissão Cartão) X Receita Declarada em PGDAS/DASN – Coluna Redução Z – Outros os valores constantes nas Reduções “Z” das saídas efetuadas cujos pagamentos foram efetuados à dinheiro.”*, a exemplo de:
 - *“a) No mês de Janeiro de 2010, o valor referente às saídas efetuadas pela autuada através de notas fiscais cujos pagamentos foram efetuados a dinheiro pelos clientes totaliza R\$ 11.220,30 e a autuante lançou R\$ 11.219,01.”*

Diante disso, solicita que seja realizada diligência fiscal com a finalidade de fazer as devidas correções no levantamento efetuado pela autuante e os ajustes referentes a todos os lançamentos similares aos citados no item anterior, em que o desembolso financeiro por parte do cliente em cartão não coincide com a data de emissão na nota fiscal, diante da peculiaridade da sua atividade comercial. Afirmar não haver as diferenças apuradas, do que anexa documentos fiscais e “CD”, às fls. 91 a 337 dos autos, como prova de suas alegações, assim como transcreve decisão do CONSEF.

Pede a improcedência do Auto de Infração.

Em sua informação fiscal, às fls. 339 a 343 dos autos, a autuante, inicialmente, aduz que não deve prosperar as preliminares de nulidade do Auto de Infração, visto que, nos termos do próprio art. 18, § 1º, do RPAF, os argumentos do contribuinte não merecem prosperar, pois está sanando as incorreções e omissões, realmente existentes, as quais se deram em decorrência da constatação de células corrompidas na planilha Redução Z, utilizada para a conclusão da fiscalização, o que não afetará em grande monta o resultado do trabalho.

Em relação ao alegado cerceamento ao direito de defesa, diz que o contribuinte recebeu, além do Auto de Infração e do demonstrativo de débito, relação das notas fiscais de compras e das reduções Z utilizadas na fiscalização (fls. 15 a 37), bem como uma mídia (CD), conforme consta à fl. 39, na qual constam todos os dados alegados pelo autuado, quais sejam: dia da ocorrência, administradora de cartões, número das autorizações, valores e natureza das operações, dando-lhe todas as ferramentas necessárias para, querendo, chegar à prova de quais cupons ou notas fiscais, operação por operação, não foram, após cruzamento no AUDIG, encontradas no Relatório TEF diário, caracterizando assim omissões de emissão de documentos fiscais, servindo de base à lavratura do Auto de Infração. No entanto, aduz que, se este órgão julgador achar necessário, dê conhecimento ao autuado de mais duas planilhas, às fls. 351 a 354 dos autos, às quais também mostrará ao autuado quais as operações com notas fiscais foram detectadas no TEF diário.

Inerente à alegação de falta de descrição clara e precisa da acusação, a autuante admite não ter atendido o art. 39, III, do RPAF, considerando a redação do próprio Auto de Infração como descrição dos fatos, embora o citado inciso não preveja nulidade do Auto de Infração por este motivo.

No mérito, com base no art. 155 do RPAF, pede a procedência total do lançamento do crédito tributário, por ter suprido a falha existente no Auto de Infração, derivada do fato da fórmula da planilha Excel se encontrar corrompida, levando a erro o cálculo de alguns valores, resultando em divergências do crédito cobrado. Contudo, salienta que todos os valores foram digitados e exportados para o AUDIG de forma correta. Assim, diante deste caso fortuito, após ter saneado o problema da fórmula da planilha, relançou os mesmos valores no AUDIG, estando os novos demonstrativos anexados à informação fiscal, os quais apresentam diferença a maior, na ordem de R\$ 191,95, passando de R\$ 10.187,13 para R\$ 10.379,08.

Quanto à alegação relativa à atividade comercial da empresa, onde o autuado apresenta duas formas distintas de procedimentos nas quais ocorreram pagamento antecipado de mercadorias através de cartão de débito/crédito e emissão de documento fiscal em data posterior ao pagamento, a autuante aduz que somente o próprio autuado é conhecedor do dia exato em que se deu a venda/pagamento da mercadoria e o dia da respectiva emissão da documentação fiscal. Assim, deveria ter obedecido ao previsto no art. 123, § 5º, do RPAF, sob pena de preclusão do direito de fazer prova de suas alegações. Afirmar que, após correção da fórmula da planilha Excel utilizada para a execução da fiscalização, automaticamente ficaram corrigidos os valores alegados na impugnação do contribuinte, do que roga ao órgão julgador o acolhimento dos novos valores.

Em relação aos valores lançados no Relatório Comparativo Mensal: Venda X Informação pelas Administradoras de Cartões – Coluna total Redução Z Cartão, apontado pelo autuado, às fls. 81 e 82, como lançados incorretamente, a autuante esclarece que não houve erro de lançamento, pois, onde os valores do contribuinte não coincidiram com o apurado pela fiscalização, foi porque, nestes casos, ocorreu omissão de emissão de cupom fiscal que foram encontrados no TEF e que a suposta diferença de valores nada mais é do que o montante das omissões, e que embora o

demonstrativo se apresente na forma mensal, a apuração foi feita diariamente, operação por operação, e somente no final é que se tirou o somatório mensal.

Quanto à alegação, às fls. 83 e 84, de que os valores lançados no relatório Comparativo Mensal: Venda em Cartão X Informado pelas administradoras de Cartões – Coluna Total Nota Fiscal Emitida Cartão, igualmente não foram lançados incorretamente, visto que o procedimento é o mesmo utilizado para a redução z (cupom fiscal), ou seja, os valores que são mostrados no relatório AUDIG, são o montante das notas fiscais emitidas encontradas no TEF diário, após cruzamento diário, operação por operação, das notas fiscais apresentadas pelo contribuinte com as informações diárias das administradoras de cartões de crédito/débito, sendo que o que não for encontrado no cruzamento é tido como omissão. Da mesma forma, somente para apresentar no relatório da conclusão do trabalho é que se tira o somatório mensal. Por isso, o contribuinte pensou que os valores lançados pela fiscalização estavam divergentes dos apresentados por ele.

Também nas alegações de fls. 84, 85 e 86, não houve erro de lançamento de valores por parte da fiscalização no Relatório Anexo 2, intitulado de Receita Apurada (Venda Emitidas + Omissão Cartão) X Receita Declarada em PGDAS/DASN – Coluna Redução Z – Outros, cujos pagamentos foram efetuados em dinheiro ou cheque. Neste item, quando houver troco para consumidor, este deve ser subtraído da forma de pagamento em dinheiro/outros. Caso contrário, se não dermos o troco, mínimo que seja, no cruzamento com o TEF não se encontraria este valor e apontaria falsa omissão.

Assim, a autuante aduz não haver divergência entre os valores apontados pelo contribuinte e os lançados no levantamento fiscal, mas, sim, o cuidado para que este não ficasse prejudicado.

Quanto ao pedido de diligência para que se façam correções e ajustes, diz que já foram realizados quando da correção da planilha excel utilizada para realização da fiscalização. Salienta, ainda, que, conforme se pode observar às fls. 15 a 31, o contribuinte, em sua impugnação, ao fazer juntada de notas fiscais, deixou de apresentar muitas notas fiscais entregues anteriormente à fiscalização.

Quanto ao pedido de improcedência da infração 2, às fls. 88 e 89, ao alegar não ter tido informações clara e precisas, diárias, nos relatórios apresentados, diz não merecer prosperar, uma vez que as aludidas informações diárias, por operações e valores lhe foram cedidas, em CD, justamente com o TEF diário, conforme se pode comprovar a fl. 39 dos autos, antes da conclusão da fiscalização.

Assim, a autuante entende que as razões de defesa procuraram apenas desqualificar a autuação, sem apresentar provas de suas indagações, razão para pedir a procedência do Auto de Infração.

Por decisão desta 5ª Junta de Julgamento Fiscal, à fl. 357 dos autos, considerando que a autuante anexou demonstrativos corrigidos, às fls. 345 a 350 dos autos, como também apensou, às fls. 351 a 354, novas planilhas relacionando as operações com notas fiscais vinculadas às operações constantes no TEF, foi decidido converter o PAF em diligência para a INFAZ de origem intimar o contribuinte, reabrindo o prazo de 30 dias, fornecendo-lhe sob recibo cópia dos citados documentos, para querendo, se pronunciar.

O autuado em sua nova manifestação, às fls. 364 a 394 dos autos, na qual diz reafirmar a sua defesa e ressalta que a autuante confessa que os trabalhos de fiscalização foram realizados com incorreções e omissões, ou seja, com falhas que ocasionaram cerceamento do direito de defesa e que não contiveram elementos suficientes para se determinar com segurança a infração cometida, do que aduz que a planilha Redução “Z” apresentada pela autuante na informação fiscal ainda contém diversos erros.

Destaca que, com base nos elementos materiais recebido, não é possível se elaborar uma defesa ideal, onde se possam apresentar todos os argumentos defensivos aplicáveis à questão, haja vista que os demonstrativos fiscais fornecidos pela autuante não são, em si próprios, autoexplicativos, nem são claros. Diz que a autuante não forneceu à autuada cópia do Relatório de Informações TEF - Operações, em formato de papel, onde constam todas as operações informadas pelas Administradoras de Cartão, discriminando o dia, a administradora, o número da autorização, o valor da operação e a natureza da operação (se débito/crédito) e a relação de quais foram as

operações que constam neste Relatório e que não constam nas bobinas de Máquinas – ECFs e/ou nas notas fiscais de saídas emitidas, que serviram de base à lavratura do Auto de Infração, não podendo a autuada verificar a veracidade da acusação, cerceando o seu direito de defesa. Cita julgados.

Também registra que a autuante confessa não ter atendido ao disposto no art. 39 do RPAF e que os comprovantes anexados aos autos não tem a ciência da autuada, caracterizando cerceamento do direito de defesa e os requisitos para que seja julgada nula a infração, uma vez que a situação descrita pela autuante não caracteriza fato gerador do ICMS. Cita julgados.

No mérito, descreve situações operacionais de vendas, a exemplo de compra efetuada por cliente de produto por encomenda e que foi paga antecipadamente através de duas operações de cartão de débito, cujas informações das administradoras não coincidiram com o valor da operação da nota fiscal que só foi emitida quando da saída efetiva da mercadoria, para concluir que o roteiro de auditoria fiscal aplicado é inadequado para sua atividade, diante das peculiaridades de algumas das operações comerciais realizadas pela autuada. Diz anexar cópia das notas fiscais de saídas com os números das respectivas autorizações das instituições financeiras que comprovam que as vendas efetuadas através de notas fiscais com pagamento em cartão de crédito, em grande parte, não foram lançadas pela autuante no seu Relatório Comparativo Mensal – Venda em Cartão x Informado pelas Administradoras de Cartões (fl. 345). Afirmar, a título de exemplo, que no mês de setembro de 2010 as vendas efetuadas com notas fiscais, cujos pagamentos foram efetuados através de cartão de crédito, alcançaram o montante de R\$ 34.008,96 e a autuante lançou em seu demonstrativo o valor de apenas R\$ 5.347,50. Assim, pede a nulidade da infração.

Assevera que, ao contrário do que afirmou a autuante, no decorrer da fiscalização não houve nenhum contato do preposto fiscal com a autuada para que a mesma pudesse conhecer as suas atividades comerciais, uma vez que compra telas de arame em rolos, popularmente conhecidas como cercas, e vende as telas em metros quadrados, sob encomenda, com a colocação por conta da autuada, sendo que no ato da encomenda o cliente faz parte do pagamento (sinal), que é feito em dinheiro, cheque ou cartão de crédito, e, quando da entrega, é emitida a nota fiscal que não coincide com a data da aquisição, do que salienta não haver preclusão em razão do cerceamento do direito de defesa e o prazo foi reaberto conforme determinação da JJF.

Ressalta que as operações, quando se referem à emissão de notas fiscais série única ou eletrônica, não oferecem condições para serem cotejadas diariamente utilizando os formulários pré-impresos no programa de fiscalização da SEFAZ, como pretende fazer a autuante neste processo.

Reafirma que os cálculos realizados pela autuante mais uma vez estão incorretos, pois não há a divergência de cartão no valor apurado pela autuante, do que ressalta que o valor total de venda em cartão pela Redução “Z” no exercício de 2010 é de R\$ 328.096,91 e a autuante lançou no seu demonstrativo o valor de R\$ 320.812,45. Já o valor de vendas efetuadas através de notas fiscais D1, série única e nota fiscal eletrônica com pagamento em cartões de crédito e/ou débito no exercício de 2010 é de R\$ 181.662,02 e a autuante lançou no seu demonstrativo o valor de apenas R\$ 56.490,07.

Destaca que a autuante em nenhum momento da sua informação fiscal contestou os argumentos materiais constantes de sua defesa, os quais transcrevem. Assim, solicita que esta JJF proceda como determina o art. 140 e 142 do RPAF. Pede a improcedência da segunda infração, do que anexa documentos às fls. 396 a 580 dos autos.

A autuante, em nova informação fiscal às fls. 583 a 586 dos autos, na qual aduz que a confissão de incorreções, em célula corrompida, de planilha utilizada na fiscalização, trata-se de caso fortuito que em nada prejudicou o direito de defesa, haja vista ter sido reaberto o prazo de defesa para que o autuado pudesse se manifestar.

Salienta, ainda, que a alegação de defesa de não ter recebido o relatório TEF diário em “formato papel” não procede porque o fisco disponibilizou as informações em “formato mídia”, com recibo convalidado pela Receita Federal (fls. 38/39), cumprindo o princípio da economia processual.

Quanto à relação das notas fiscais que foram localizadas no TEF diário, a autuante diz que estas podem ser observadas nos relatórios constantes às fls. 361 a 364, de modo que, se fazendo um cruzamento destes com as informações constantes no TEF diário, pela lógica da exclusão, as não constantes nos relatórios serão as notas fiscais que não foram localizadas no TEF e, por este motivo, lançadas em outras formas de pagamento diferente de cartão. Assim, não há que se falar em cerceamento de direito de defesa e nem prejuízo do contraditório, como alega a autuada, do que aduz que todo o procedimento fiscal seguiu o devido processo legal, não cabendo a nulidade.

Com relação às diversas situações operacionais da autuada, a autuante salienta não caber o pedido de nulidade, pois era o contribuinte único conhecedor da forma atípica do funcionamento de sua empresa e somente em sua defesa ele faz a juntada de provas de quais notas fiscais foram cobradas através de cartão, apontando as respectivas datas de pagamento e autorizações anteriores à emissão das mencionadas notas fiscais. Contudo, após fazer o confronto das mesmas com o TEF diário, comprovando a veracidade, a autuante diz acatar os valores mensais declarados pelo contribuinte em sua defesa, às fls. 388 e 389, apresentando novos demonstrativos às fls. 587 a 595 dos autos.

A autuante destaca que, pela proximidade dos valores de Redução “Z” declarados pelo autuado em sua defesa com os valores levantados na informação fiscal, para que não restem dúvidas, acata os valores declarados, do que entende não haver mais que se falar em diligência fiscal.

Por fim, discorda da autuada de que o roteiro de fiscalização utilizado não é adequado para a atipicidade do funcionamento de sua empresa, pois o que ocorreu foi o fato de ele, único conhecedor da atipicidade, não ter apresentado, em sua primeira defesa, provas do alegado. Assim, concluiu que continuam imputadas ao autuado as duas infrações, no valor de R\$ 6.292,05.

Intimado a se manifestar, o autuado, às fls. 602 a 613 dos autos, reafirma em todo o seu teor a sua defesa inicial e manifestação anteriores. Em seguida, diz que a autuante está equivocada na maneira de efetuar os seus trabalhos de fiscalização, pois não existe possibilidade da autuada localizar notas fiscais no TEF diário já que os mesmos não se encontram números de notas fiscais e sim números de autorizações e valores fornecidos pelas administradoras de cartão.

Reafirma que a planilha Redução “Z” apresentada pela autuante, na última informação fiscal, ainda contém diversos erros, conforme constatado pela autuada.

Salienta, mais uma vez, que a fiscalização foi realizada à distância e que as notas fiscais anexadas à defesa foram por amostragem, do que defende que a verificação fiscal neste caso deve ser efetuada nota por nota, operação por operação, e não por dia e/ou por período mensal e por presunção como foi efetuada pela autuante. Afirma que a diferença anual é de apenas R\$ 16.192,32 e não o valor de R\$ 79.336,73, constante do Auto de Infração.

Diz que a autuante, entre a fiscalização e a segunda informação fiscal, mudou o critério e o modo de fiscalização, estando caracterizados processos distintos de apuração da infração e da base de cálculo, o que implicou uso de novos documentos e confecção de novos demonstrativos não apresentados anteriormente, caracterizando o cerceamento do direito de defesa, do que afirma que para apuração dos fatos reais no processo tributário não há que se falar em valores aproximados. Assim, não tem certeza nem segurança da infração, a qual deve ser julgada nula.

Sustenta que os cálculos realizados pela autuante mais uma vez estão incorretos e que não há a divergência de cartão no valor apurado. Cita que no exercício de 2010 o valor total das vendas em cartão com emissão de notas fiscais é de R\$ 232.657,44 e o valor total das vendas em cartão com emissão de cupons fiscais é de R\$ 323.676,01, totalizando R\$ 556.333,45, sendo que o valor total das vendas informada pelas administradoras de cartão foi de R\$ 572.525,77, logo a divergência anual é de apenas R\$ 16.192,32. Pede a improcedência das duas infrações, pois não havendo a infração 2, a infração 1 deixa de existir.

A autuante, em sua nova informação fiscal às fls. 617 a 621 dos autos, faz o retrospecto das intervenções da autuada e das suas informações fiscais, salientando que não há mais que se falar em TEF diários e nem em datas de emissão de notas e cupons fiscais, vez que diante dos fatos

novos apresentados pelo autuado em sua segunda defesa, às fls. 364 a 581 dos autos, procedeu ao modo mensal para buscar o débito do autuado para com o Estado, tendo em vista que este declarou valores mensais em sua defesa (fls. 387 a 391), sob os quais a autuante se lastreou.

Diz não prosperar a alegação de cerceamento ao direito de defesa e do contraditório, pelo motivo de ter sido reaberto o prazo de defesa para o autuado se manifestar.

Também não há mais que se falar em planilha de Redução “Z” apresentada pelo autuante, tendo em vista que, em decorrência da segunda defesa, com juntada de provas por parte do autuado, pode-se observar que os valores utilizados para confecção de novos demonstrativos, constantes às fls. 583 a 596 dos autos, foram fornecidos pelo próprio autuado.

Salienta, ainda, que as notas fiscais apresentadas na defesa foram analisadas e confrontadas com as informações TEF, pois só após este procedimento pode-se considerar com segurança os valores declarados em defesa, do que afirma inexistir novo critério e modo de fiscalização, implicando em novos documentos e demonstrativos, cercando o direito de defesa, conforme alegado pelo autuado, o fato de acolher as provas documentais apresentadas pelo autuado, já que o mesmo teve seu prazo de defesa reaberto.

Quanto ao benefício para o autuado, mencionado pelo autuante, diz que se referiu ao fato de ter a fiscalização efetuado o somatório dos valores mensais declarados pelo autuado, motivo pelo qual se constatou o equívoco por parte do autuado ao mencionar valor divergente em páginas distintas de sua defesa, o que prova que a autuante tem segurança do valor da base de cálculo apurada.

Informa que justamente por causa da alegada atipicidade, após análise das provas documentais (emissão das notas fiscais em datas diversas das datas dos respectivos pagamentos) é que confeccionou novos demonstrativos, às fls. 587 a 595, buscando a base de cálculo nos valores mensais, de forma que, sendo estes valores declarados pelo próprio contribuinte, entende que os mesmos já se encontram equalizados e que a consequente diferença entre os valores declarados e os informados pelas administradoras de cartões vem a ser a omissão de receita que gerou o débito do autuado.

Diz que, exatamente por terem sido analisadas, nota por nota, é que teve segurança para acolher os valores mensais declarados pela autuada, utilizando o procedimento mensal, em razão das peculiaridades atípicas das operações comerciais realizadas pelo autuado, não tendo mais que se falar em valores por nota e data de emissão, de forma que mantém o valor da divergência anual de R\$ 79.336,73, constante à fl. 587 dos autos. Esclarece a autuante que, quando a autuada analisou o demonstrativo da divergência à fl. 587, ela somou os valores das vendas em cartão com emissão de notas fiscais, com os valores das vendas em cartão com emissão de cupom fiscal, para depois subtrair dos valores informados pelas administradoras de cartão. Porém, a autuada esqueceu que não deveria somar os valores dos meses de fevereiro, maio, setembro e dezembro, porque nestes meses não houve divergências. Diz que esta foi a razão pela qual a autuada não encontrou o verdadeiro valor divergente de R\$ 79.336,73. Assim, pede a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS, no valor total de R\$ 10.187,14, em razão da constatação de duas infrações, sendo a segunda decorrente da presunção legal de ocorrência de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito/débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, conforme prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº. 7.014/96, alterada pela Lei nº. 8.542/02, apurado dentro do tratamento diferenciado dispensado para o optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, estabelecido pelo art. 34 da Lei Complementar nº 123/06, implicando na falta de recolhimento do ICMS de R\$ 5.950,00, referente ao exercício de 2010, como também, em relação à primeira infração,

por ter recolhido a menos o ICMS de R\$ 4.237,14, referente ao citado Simples Nacional, devido ao erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, que o contribuinte deixou de fazer, no citado período, conforme demonstrado às fls. 8 a 37 dos autos.

Inicialmente, rejeito as preliminares de nulidade do Auto de Infração, argüidas pelo autuado, pois entendo que o lançamento preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, sendo as acusações claras e precisas, inexistindo dúvida na acusação fiscal, conforme alega o defendente, tendo o sujeito passivo apresentado suas razões defensivas por três oportunidades, anexando aos autos provas documentais de suas alegações, as quais foram acolhidas pela autuante, quando das suas informações fiscais, ensejando novos demonstrativos e levantamentos, os quais foram fornecidos ao autuado e reaberto prazo de defesa, de forma a proporcionar-lhe todas as condições ao pleno exercício do seu direito de defesa e do contraditório.

Há de se registrar que, conforme dito acima, se trata de uma presunção legal prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, cujo dispositivo foi recepcionado à legislação aplicada ao Simples Nacional, nos termos do art. 34 da Lei Complementar nº 123/06, o qual determina que “*Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional*”, o que demonstra a legalidade na cobrança do ICMS e suas penalidades através de Convênio entre os entes União e Estado da Bahia.

Por sua vez, o citado dispositivo legal (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96) prevê, dentre outras hipóteses, que a 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.

Sendo assim, o lançamento do crédito tributário está dentro dos ditames do ordenamento jurídico, por derivar de uma de *presunção legal* relativa, a qual cabe prova em contrário, de ônus da impugnante, cujas provas apresentadas no decorrer do processo foram todas analisadas e acolhidas pela autuante, *inclusive considerando os valores mensais declarados pela autuada*, utilizando o procedimento mensal, em razão das peculiaridades atípicas das operações comerciais realizadas pelo autuado, do que apurou uma divergência anual de R\$ 79.336,73, constante à fl. 587 dos autos, entre os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito e as vendas com emissão de notas fiscais e de cupom fiscal sob a mesma modalidade de pagamento, conforme fls. 387 a 389 dos autos.

Em consequência, do total mensal dos valores fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito/débito como pagamentos recebidos pelo autuado sob esta modalidade, foram deduzidos dos valores *declarados pela autuada sob esta mesma modalidade de pagamento*, consignados às fls. 387 a 389, em *notas e cupons fiscais*, conforme acolhido pela autuante às fls. 587 e 595 dos autos. Assim, só após o batimento entre as notas e cupons fiscais emitidos e os registros das operações de vendas fornecidos pela administradora de cartões, apurou-se as *receitas omitidas*, ocorridas através da modalidade de pagamento em cartão de crédito e/ou débito, consoante fl. 587 dos autos.

Em seguida, por ilação de um raciocínio lógico, a partir dos valores de todas as *notas fiscais* (serie 1 e D-1) emitidas pelo contribuinte, conforme relação às fls. 15 a 37 dos autos, se apurou os montantes das vendas mensais, dos quais deduzidos dos valores mensais de vendas com *notas fiscais* sob pagamento em cartão de crédito/débito declarados pelo contribuinte (fl. 388/389), apurou-se os valores de vendas *com notas fiscais sob outras modalidades de pagamento*.

Assim, só após segregar os valores das modalidades de pagamento com cartão de crédito/débito das demais, ocorridas através de notas ou cupons fiscais, se determinou às vendas totais realizadas com documentos fiscais, ao somar os valores de vendas com notas fiscais e com cupons fiscais ocorridas através de cartão de crédito/débito com as de outras modalidades, cujo montante acrescido da *receita omitida através de cartão de crédito/débito* resultou na real receita apurada

mensal, conforme demonstrativo à fl. 589 dos autos, cujo faturamento real mensal detectado resulta nova faixa de Receita Bruta Acumulada e percentuais incidentes sobre a nova Receita Mensal, apurando o ICMS devido e comparando ao recolhido, ocorrido através do DASN, cujas diferenças mensais a recolher foram segregadas em recolhimento a menor, com multa de 75%, e omissão de saídas através de cartão de crédito, com multa de 150%, valores estes vinculados, respectivamente, às infrações 1 e 2 do Auto de Infração, conforme demonstrativos às fls. 587 a 595 dos autos.

Do exposto, voto **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração, no valor de R\$ 6.292,04, sendo R\$ 4.177,65, relativo à primeira infração, e R\$ 2.114,39, à segunda infração, conforme demonstrado às fls. 593 dos autos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **213079.0009/11-0**, lavrado contra **TELAS NORTE COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$6.292,04**, acrescido das multas de 75% sobre R\$ 2.114,39 e 150% sobre R\$ 4.177,65, 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, 20 de setembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR