

PROCESSO - A. I. Nº 179856.0026/11-1
RECORRENTE - VISOR PRODUTOS ÓTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JF nº 0113-01/12
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 05/04/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0080-11/13

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Infração não elidida. 2. RECOLHIMENTO A MENOS DE ICMS POR ERRO DA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU ALÍQUOTA NA DASN GERADA PELO PGDASN. Em cotejo das operações declaradas na escrita, documentos e valores informados pelas administradoras dos cartões com as DASN's do período fiscalizado em auditoria específica foram apuradas as diferenças apontadas na autuação que não foram elididas. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Reside nos autos Recurso Voluntário dirigido a esta CJF em face do acórdão epígrafado que julgou pela Procedência do Auto de Infração lavrado em 24/03/2011 para exigir ICMS no valor de R\$ 70.281,99, a saber:

1. Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurada 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 fevereiro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 59.762,67, acrescido da multa de 150%;
2. 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, nos meses de fevereiro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 10.519,32, acrescido da multa de 75%.

Em Primeira Instância a lide foi dirimida com esteio no voto condutor que espousa os seguintes fundamentos, “*verbis*”:

“Inicialmente, no que tange as preliminares de nulidade arguidas, constato que não podem prosperar a “primeira” e “segunda” suscitadas na peça de defesa, haja vista que o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com a legislação tributária estadual, tendo sido observado o disposto no artigo 39 do RPAF/99. Os fatos apurados foram descritos de forma clara; o enquadramento legal das infrações e das multas está correto; o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos que permitem identificar a apuração da

infração, do infrator e do montante devido. O direito de ampla defesa e do contraditório foi exercido pelo autuado. Afasto, dessa forma, a “primeira” e “segunda” preliminares de nulidade.

Quanto à “terceira” preliminar de nulidade referente à quebra de sigilo bancário, saliento que inexistiu tal fato, haja vista que o artigo 35-A da Lei nº 7.014/96, determina que as administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

Portanto, o levantamento levado a efeito pelo autuante foi amparado em disposição expressa de lei, inexistindo a aventada quebra de sigilo bancário.

No que tange à arguição de nulidade apresentada na peça de defesa de fls. 339 a 351, por falta de apresentação pelo autuante de disco de armazenamento de dados contendo os demonstrativos e cálculos, o que cerceou o seu direito de defesa, também não acolho a pretensão defensiva, haja vista que todos os demonstrativos elaborados pelo autuante foram entregues ao contribuinte, inclusive o Relatório TEF Diário, contendo as operações individualizadas, conforme recibo acostado à fl. 292 dos autos. Além disso, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência, a fim de que fossem entregues ao autuado os demonstrativos e documentos juntados ao processo pelo autuante, especialmente os documentos de fls. 09 a 24 dos autos; inclusive, com a reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, o que foi feito.

Cumpra observar que, nos termos do art. 167, inc. I, do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária deste Estado, razão pela qual os argumentos defensivos sob esse aspecto não podem ser apreciados por esta Junta de Julgamento Fiscal.

No que concerne à indicação do impugnante para que as intimações e avisos relativos ao presente processo sejam feitas no escritório profissional estabelecido na Avenida Tancredo Neves, nº. 1.485, sala 902, Edifício Trade Center, Bairro – Caminho das Árvores – CEP 41.820.121 – Salvador –Bahia, ressalto inexistir óbice para o atendimento do pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço indicado. No entanto, cumpre salientar que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

No mérito, observo que na apuração da infração 01, o autuante, ao confrontar os valores das vendas efetuadas com cartão de crédito e/ou débito, constantes na redução Z e nas notas fiscais emitidas pelo autuado, com os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e instituições financeiras, identificou diferença a mais nos valores informados pelas referidas instituições, que aqueles constantes nas reduções Z e nas notas fiscais emitidas, no mesmo período, pelo autuado. Esse fato caracteriza a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias, como determina o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com alteração dada pela Lei nº 8.542/02, conforme transcrevo abaixo:

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

.....

§ 4º. O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”

É certo que sendo a aludida presunção legal relativa, pode ser elidida mediante apresentação de elementos de provas hábeis como, por exemplo, identificação de inconsistências no levantamento fiscal ou irregularidades por indevidas identificações de meio de pagamento em documentos fiscais.

Portanto, cabe ao contribuinte provar os possíveis equívocos na presunção, quando exerce o seu direito de defesa na forma prevista no art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal que assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

Constato que o impugnante ao rechaçar o mérito da autuação não trouxe objetivamente a identificação de valores, tendo suscitado, apenas, que o autuante não considerou as notas fiscais emitidas, o que não se apresenta verdadeiro, haja vista que as notas fiscais relacionadas às fls. 92 a 109 foram sim consideradas pelo autuante. Também suscitou a existência de “pré-datamento” do cartão, fato que não tem qualquer repercussão com relação ao fato gerador do ICMS. Ou seja, o fato gerador ocorre na saída da mercadoria, sendo documentado mediante a emissão da nota fiscal ou cupom fiscal, podendo o pagamento ocorrer sob diversas formas como, dinheiro, cheque, cartão, etc. Portanto, ocorrendo o fato gerador há que existir o documento

fiscal, sendo irrelevante o momento – data – do pagamento que será realizado pelo comprador.

Cumpra consignar que, conforme dito linhas acima, esta infração trata de presunção de omissões de receitas e que o art. 34 da Lei Complementar nº 123/06 reza que se aplicam às empresas enquadradas no regime de tributação do Simples Nacional todas as presunções de omissão de receitas existentes nas legislações dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional e o § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96 prevê que a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito/débito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Saliento, ainda, que o art. 21, I, da Lei 123/06 estatui que o autuado, inscrito no Simples Nacional, deve pagar os tributos devidos, apurados na forma prevista nos arts. 18 a 20, inclusive o ICMS, ou seja, determinados mensalmente mediante aplicação da tabela do Anexo I da citada lei, tendo o autuante aplicado corretamente os percentuais previstos na referida tabela.

Desta forma, a infração 01 é integralmente subsistente.

No respeitante à infração 02, verifico que trata da 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 em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor.

Observe que este item da autuação está alicerçado nas informações de vendas de mercadorias pagas com cartões de crédito e/ou de débito fornecidas pelas Administradoras, conforme Relatório TEF-Diário, além das notas fiscais emitidas no período fiscalizado, sendo que, em correto procedimento de auditoria a Fiscalização identificou receitas tributáveis pelo ICMS que o contribuinte não incluiu nas bases de cálculos dos recolhimentos que efetuou. Ou seja, não pagou tributos devidos por tais receitas omitidas nas competências das DASNs declaradas no período fiscalizado.

Cabe observar que também nesta infração o autuante aplicou corretamente os percentuais previstos na tabela do Anexo I da Lei 123/06.

Assim sendo, a infração 02 é integralmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inaceitando o teor do julgado de base, veio o contribuinte manifestar sua discordância no Recurso Voluntário no qual alega, em síntese, de início, em sede de preliminar, que houve a falta de apresentação em disco de armazenamento por não ter o preposto fiscal na informação fiscal de fls. 09/24 e na de fls. 325/328, atendido o disposto no art. 8º § 3º do RPAF/1999, que reproduziu, o que disse caracterizar o cerceamento de defesa à luz do artigo 5º da CF/88, inciso LV e que não lhe foi dada oportunidade de se defender da acusação fiscal, considerando nula a autuação posto que eivada de vícios.

Ao adentrar no mérito, fez um resumo com o intento de demonstrar a plausibilidade e veracidade de suas alegações, tendo considerado necessário explicitar que, ao aplicar o percentual sobre o suposto débito relativo ao ICMS, foram aplicadas as alíquotas em desacordo com a tabela do Anexo I do Simples Nacional, que reproduziu, negando, assim, a suposta omissão de receita. Afirma que a alíquota a ser aplicada é consoante com a tabela exposta no Recurso que abaixo transcrevo, a saber:

“1. Os dados levantados na planilha anexada ao presente auto, no item “Infração 01”, foram apurados a partir de relatórios emitidos pelas administradoras de cartões de créditos, com enquadramento previsto no art. 18 e 26 da Lei Complementar nº 123/06.

ANEXO I
Partilha do Simples Nacional – Comércio

Receita Bruta em 12 meses (em R\$)	ALÍQUOTA	IRPJ	CSLL	COFINS	PIS/PASEP	CPP	ICMS
Até 120.000,00	4,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	2,75%	1,25%
De 120.000,01 a 240.000,00	5,47%	0,00%	0,00%	0,86%	0,00%	2,75%	1,86%
De 240.000,01 a 360.000,00	6,84%	0,27%	0,31%	0,95%	0,23%	2,75%	2,33%
De 360.000,01 a 480.000,00	7,54%	0,35%	0,35%	1,04%	0,25%	2,99%	2,56%
De 480.000,01 a 600.000,00	7,60%	0,35%	0,35%	1,05%	0,25%	3,02%	2,58%
De 600.000,01 a 720.000,00	8,28%	0,38%	0,38%	1,15%	0,27%	3,28%	2,82%
De 720.000,01 a 840.000,00	8,36%	0,39%	0,39%	1,16%	0,28%	3,30%	2,84%
De 840.000,01 a 960.000,00	8,45%	0,39%	0,39%	1,17%	0,28%	3,35%	2,87%
De 960.000,01 a 1.080.000,00	9,03%	0,42%	0,42%	1,25%	0,30%	3,57%	3,07%

De 1.080.000,01 a 1.200.000,00	9,12%	0,43%	0,43%	1,26%	0,30%	3,60%	3,10%
De 1.200.000,01 a 1.320.000,00	9,95%	0,46%	0,46%	1,38%	0,33%	3,94%	3,38%
De 1.320.000,01 a 1.440.000,00	10,04%	0,46%	0,46%	1,39%	0,33%	3,99%	3,41%
De 1.440.000,01 a 1.560.000,00	10,13%	0,47%	0,47%	1,40%	0,33%	4,01%	3,45%
De 1.560.000,01 a 1.680.000,00	10,23%	0,47%	0,47%	1,42%	0,34%	4,05%	3,48%
De 1.680.000,01 a 1.800.000,00	10,32%	0,48%	0,48%	1,43%	0,34%	4,08%	3,51%
De 1.800.000,01 a 1.920.000,00	11,23%	0,52%	0,52%	1,56%	0,37%	4,44%	3,82%
De 1.920.000,01 a 2.040.000,00	11,32%	0,52%	0,52%	1,57%	0,37%	4,49%	3,85%
De 2.040.000,01 a 2.160.000,00	11,42%	0,53%	0,53%	1,58%	0,38%	4,52%	3,88%
De 2.160.000,01 a 2.280.000,00	11,51%	0,53%	0,53%	1,60%	0,38%	4,56%	3,91%
De 2.280.000,01 a 2.400.000,00	11,61%	0,54%	0,54%	1,60%	0,38%	4,60%	3,95%

Adiante, destacou que na autuação consta o enquadramento de uma suposta infração -art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/1996 – que transcreveu, ressaltando que este artigo tido como infringido não se coaduna com a infração supostamente cometida, já que a sua inteligência é no sentido de presumir-se a omissão no registro de receita, mas, desde que assegure ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, nestas hipóteses:

1. a indicação na escrituração de saldo credor de caixa;
2. a falta de escrituração de pagamentos efetuados;
3. a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou cuja exigibilidade não seja comprovada.

Nesta toada, declinou seu entendimento no sentido de que na maioria dos casos de notificação por arbitramento de omissão de receita advém de abusos da autoridade fiscalizadora, que extrapola os critérios previstos na legislação para lavrar o lançamento e que no caso em tela, não foi demonstrada a suposta infração conforme as hipóteses que enumerou.

Acrescenta que foram desconsideradas as receitas oriundas de notas fiscais emitidas, como consignado no demonstrativo a constituir um “*bis in idem*”, por se tratar de exigência do mesmo tributo, do mesmo contribuinte, sobre o mesmo fato gerador, sendo a mesma base de cálculo, o que é vedado pelo art. 154 da Constituição de 1988.

Insurge-se, pontualmente, sobre os demonstrativos constantes das planilhas anexadas ao Auto de Infração e que juridicamente apresentam o mesmo fato gerador e/ou base de cálculo, para deixar claro que não pode haver dois tributos por meio do mesmo fato gerador. Reproduz o art. 4º do CTN e afirma que a autuação não pode prosperar ante a presença de vício insanável a obstar produção de quaisquer efeitos jurídicos como pretendido pelo Fisco.

Acentua que, se diverso for o entendimento deste Colegiado, que deve ser elaborada nova planilha contábil para expurgar a capitalização e reduzir as multas e os juros incidentes sobre o valor principal à base dos índices preconizados em lei, a fim de conferir à notificação a legalidade e justiça.

Menciona que o autuante assim definiu e enquadrou a infração 2 :

“Deixou de recolher valores referentes o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos de 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.”

“Enquadramento: Art. 21, I da Lei Complementar 123/06.

Multa Aplicada: Art. 35 da Lei Complementar 123/06; Art. 44, I da Lei Federal Nº 9.430/96; de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07.”

Dito isto, transcreveu o art. 21, I da Lei Complementar nº 123/06 que segue reproduzido:

“Art. 21. Os tributos devidos, apurados na forma dos arts. 18 a 20 desta Lei Complementar, deverão ser pagos:” I - por meio de documento único de arrecadação, instituído pelo Comitê Gestor;”

E, nessa linha argumentativa, menciona que o citado artigo que somente institui o documento do qual será arrecadado o tributo e não suposto imposto a recolher, alíquotas e multa, conforme consta no item Infração 2 do Auto de Infração, o que alega estar em descompasso com o art. 21, da Lei Complementar e que, em consequência, os dados constantes da planilha anexa ao Auto de Infração no item “Infração 2”, não guarda conformidade com o art. 18 da Lei Complementar, por

ter o autuante aplicado o percentual do suposto débito, relativo ao ICMS, e as alíquotas em desacordo com a tabela do anexo I da aludida lei, aplicável no cálculo do Simples Nacional, o que entende está fartamente demonstrado.

Acrescentou que há, outro fato incontestável a corroborar as supostas irregularidades que lhe foram imputadas antes a existência de documento apócrifo, extra-oficial, denominado RELATÓRIO DE OMISSÃO MENSAL CARTÃO (TEF), mas que, na verdade, trata-se de uma mera lista de vendas de cartão de crédito, passível de ajustes e correções no decorrer de transações seguintes comerciais, feitas por terceiros. E, se não bastasse tudo isso, como alega, os fatos relatados pelo Fisco na autuação olvidam o aspecto relevante do PRÉ DATAMENTO de vendas.

Passou a relacionar três motivos para fulminar o lançamento de ofício, quais sejam: que não houve correlação de lapso temporal de data entre relatório de vendas, elaborada por Administradora de Cartão, para simples conferência, com as efetivas vendas por ela emitidas devido ao pré-datamento ou parcelamento do débito acordado livremente entre cliente/contribuinte; que é comum a escolha do melhor dia de compra/debitar do cartão.

Reproduziu o art. 112 do CTN e que, por isto, as vendas por si emitidas se tratam de vendas pretéritas debitadas posteriormente e que, como corolário lógico, não houve a alegada omissão de vendas.

Impugnou, mais uma vez, os demonstrativos que instruem o Auto de Infração que nos quais considerou terem sido atribuídos supostos valores a título de “TOTAL TEF”.

Adiante, irresignado, afirmou ainda que, quanto às supostas vendas realizadas no cartão de crédito, sem a correspondente emissão de notas fiscais, objeto do Auto de Infração Fiscal, se trata de prática comum e legal a venda no cartão com PRÉ DATAMENTO de débito, vez que o seu cliente escolhe o melhor dia para debitar suas compras, ou seja, que o cliente leva a mercadoria na hora junto com a nota fiscal de consumidor, mas que o valor das compras só é debitado no dia combinado e que, conseqüentemente, o valor das vendas ou parcelamento consta no extrato do cartão de crédito naquele dia acordado, pré-estabelecido com seu cliente, e não na mesma data da emissão da nota fiscal.

Concluiu que o valor das receitas de cartão difere dos valores de venda diária; que é prática comum e legal, também, a venda a prazo, sendo uma parte em dinheiro e outra debitada no cartão de crédito e que por esse motivo sempre irá existir diferença entre extratos de vendas, emitidos pelas Administradoras de Cartão, em face das vendas do dia, feito pelo contribuinte.

Salienta que as vendas listadas no relatório de cartão de crédito tratam-se, na maioria das vezes, de vendas anteriores, pré-datadas para debitar naquele dia, ou seja, que o valor pode ser tanto venda daquele mesmo dia – se o seu cliente optar em debitar assim, como também débito/parcela de venda anterior, mas que só no dia é considerado pelo cartão, devido ao PRÉ DATAMENTO entre as partes, o que justifica a falta de correlação entre extrato de cartão, emitido internamente pela Administradora do Cartão, sem nenhum valor fiscal, passíveis de correção, com a receita escriturada no talão de nota fiscal ou cupom fiscal, feitas pelo contribuinte, prática que é usual.

Neste sentido, defendeu que nas vendas escrituradas no talão de nota fiscal já estão incluídas todas que forem realizadas naquele dia, tanto à vista como no cartão e que por isso não há uma correção entre um extrato emitido pela Administradora de Cartão, apenas para controle de receitas futuras do contribuinte, com a efetiva escrituração realizada no talão.

Alude à sua preocupação de que o Fisco tenha concluído seu Demonstrativo excluindo, por motivos desconhecidos, as vendas realizadas no talão de Nota Fiscal/Venda ao Consumidor, Série D-1, o que resulta em ofensa ao Art. 37, da CF que transcreveu.

Por fim, requereu o acolhimento dos seus recursos, argumentos mormente para declarar a nulidade do Auto de Infração, e se for julgado procedente, que sejam acolhidos os requerimentos ali postos.

A PGE/PROFIS não foi instada a exarar Parecer.

VOTO

Mediante Recurso Voluntário o sujeito passivo devolve a esta CJF o reexame das infrações constantes do Auto de Infração contra si lavrado, arguindo preliminares de nulidade.

Analizando os PAF pormenorizadamente, a ilação é de que o amplo direito de defesa e o exercício do contraditório foram integralmente respeitados, sem mácula alguma que possa desfigurar o devido processo legal.

Assim sendo, nenhuma razão assiste ao recorrente para arguir preliminar de nulidade por falta de apresentação pelo autuante, do disco de armazenamento de dados - CD, eis que a JJF converteu o feito em diligência, como se verifica da fl. 332, oportunidade em que o disco lhe foi entregue, com a reabertura do prazo de defesa por trinta dias a contar da sua notificação em 05.01.12, feita por via postal – fl.337, tendo ele se valido dessa reabertura de prazo para declinar, em repetição, a tese exposta na impugnação pretérita, inclusive, que seu direito de defesa foi maculado pela falta da entrega do referido disco, mesmo após, como visto, ter-lhe sido entregue o CD com fruição de todo um trintídio. Logo, são claramente infundadas as alegações neste sentido. Rejeito a preliminar.

No que tange ao mérito, duas são as infrações mantidas pelo acórdão recorrido. A infração 1 decorre da constatação pelo preposto fiscal de valores de vendas efetuadas com cartão de crédito e de débito constantes da redução Z e nas notas fiscais emitidas pelo autuado, as quais, após confrontadas com os valores informados pelas administradoras desses cartões de crédito e débito, resultou em diferença de valores, como se infere do relato supra exposto, discrepância esta que está por configurar a presunção legal - que tem caráter *júris tantum* – prevista no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, que considera ocorrido o fato gerador do ICMS nas hipóteses ali previstas, autorizando o Fisco a presumir a omissão de receitas.

O recorrente ao defender-se, não se desincumbiu, é bem verdade, de exhibir prova elisiva que infirmasse essa presunção, tendo se limitado a tecer considerações de que houve o pré-datamento do cartão de crédito/débito, a olvidar que essa forma de pagamento não desfigura a ocorrência do fato gerador que ocorre, justamente, quando da saída de mercadoria do estabelecimento, e sem a emissão do documento fiscal, sendo irrelevante, portanto, a data fixada para o pagamento conforme ajustado com o cliente/comprador.

A par disto, como se trata de pessoa jurídica inscrita no Simples Nacional, cabia-lhe efetuar o pagamento dos tributos, mensalmente, aí incluso o ICMS, com obediência das regras do art. 18 e 20, o que, entretanto, não foi respeitado rigorosamente a resultar na identificação pelo Fisco, de saldo devedor a pagar, sendo certo que o autuante não se descuidou do fato de se tratar de contribuinte inscrito no Simples Nacional, e, por isto, aplicou corretamente a tabela respectiva como declarado na informação fiscal e mencionado na Decisão de base.

Logo, a imputação não é desarrazoada, não tendo o autuado, por sua vez, além de alegar, juntado a prova de que não houve entrada de receita sem o registro contábil-fiscal. Infração procedente.

No que tange à infração 2 tem conexão com a primeira por ser relativa à ausência de recolhimento de valores relativos ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições por se tratar o autuado de empresa do Simples Nacional, e a infração decorrer da constatação de diferença de valores a partir do que foi também informado pelas referidas administradoras de cartão, tomando-se como base o Relatório TEF diário.

Analizados os autos, observo que tais diferenças foram objeto de confronto com as notas fiscais emitidas, cujos valores o sujeito passivo não os incluiu na base de cálculo para pagamento das DASN'S. E tendo sido identificado esse ingresso de receitas, sem que o sujeito passivo

apresentasse qualquer elemento de prova, não teria como desconfigurar a presunção que levou à lavratura do lançamento de ofício.

Vale destacar que, ao assim lavrar o Auto de Infração, como infiro, o preposto fiscal considerou para efeito de apuração do ICMS devido, os percentuais estabelecidos na tabela do Anexo I da Lei nº 123/06, aspecto relevante inobservado pela defesa.

Ademais disto, como espelham as peças processuais, o autuado nem mesmo em sede recursal cuidou de exhibir em socorro de suas alegações, uma planilha comparativa contendo os valores exigidos no Auto de Infração com os referidos percentuais, sem identificar e especificar valores que alega-nos não provar de estarem discrepantes com a sua realidade contábil-fiscal.

Concluo, pois, que foi a inércia do sujeito passivo, sem evidenciar os alegados valores agiu com inércia sem evidenciar que estariam em discrepância com essa lei e com a respectiva tabela, limitando-se a tecer, repiso, alegações inclusive de que o autuante ao aplicar o percentual do débito do ICMS, aplicou as alíquotas em desacordo com a tabela I relativa ao SIMPLES NACIONAL a gerar um *bis in idem*, o que não é verídico, não sendo verdadeiro também que foram ignoradas as receitas oriundas das notas fiscais emitidas com talão de vendas de nota fiscal/venda ao consumidor Série D-1, expostas no demonstrativo trazido à baila pelo autuado.

Neste contexto, considero a infração 2 subsistente, sem merecer censura a Decisão de piso que deliberou pela Procedência total do lançamento de ofício.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **179856.0026/11-1**, lavrado contra **VISOR PRODUTOS ÓTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$70.281,99**, acrescido das multas de 150% sobre R\$59.762,67 e 75% sobre R\$10.519,32, previstas no art. 35 da Lei Complementar nº 123/06; art. 44, I e § 1º da Lei Federal nº 9.430/96 de 27/12/96 com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/2007.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de março de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS