

PROCESSO - A. I. Nº 232113.0001/12-3
RECORRENTE - LOBO & LOBO LTDA. (CASA DO CICLISTA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0242-05/12
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 25/09/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0264-11/03

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. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Não há nos autos elementos capazes de comprovar que as operações de vendas com recebimento por meio de cartão de crédito foram tributadas regularmente. Decretada, de ofício, a redução da multa de 150% para 75%. Preliminares rejeitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 5ª JJF, constante no Acórdão nº 0242-05/12, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração, em razão das seguintes infrações:

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. Período: jan/2008 a dez/2009 e set/2010. Valor: R\$ 48.506,60. Multa: 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. Período: jan/2008; mar/2008 a dez/2009 e set/2010. Valor: R\$ 22.698,20. Multa de 75%.

A 5ª JJF julgou o processo em 28/08/2012 (fls. 80/85), tendo o relator prolatado o seguinte voto, sendo acompanhado pelos demais membros.

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 inquine 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, fls. 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.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, repetindo suas alegações trazidas na defesa, para requerer a decretação de nulidade do Auto de Infração, ou alternativamente, que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Preliminarmente, requer a reforma da Decisão, por violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, em razão da negativa de diligência, por entender que, em razão da presunção, o autuante transferiu a produção de provas ao Sujeito Passivo, sustentando que não há nos autos provas que indiquem o cometimento das infrações.

Alega que há afronta ao art. 28 do Decreto Estadual nº 7.629/99, na medida que a descrição da infração é sucinta e não individualizada, dificultado a defesa, também por ter o fisco transferido para o Recorrente a obrigação de trazer a prova, invertendo o ônus de uma prova que seria de quem acusa.

Diz que não foram observados os prazos para duração do procedimento fiscalizatório, gerando incerteza do tempo que durou a fiscalização e pontua que o autuante deixou de assinar o termo de encerramento, o que classifica como “clandestinidade do Auto de Infração”.

Assevera que como optante do Simples Nacional o procedimento fiscalizatório deve obediência à Resolução CGSN nº 30/2008, pelo que sustenta nulidade do lançamento por não ter sido preenchido algum dos elementos necessários para legitimar a ação fiscal, que cuida o art. 5º da CGSN nº 30/2008.

Argumenta que o único meio de prova da Fiscalização foram os extratos fornecidos pelas empresas de cartão de crédito, resumindo em verificar se os recibos de cartão de crédito conferiam com os valores das notas fiscais, sem fiscalizar o estoque da empresa ou lavrar um termo de retenção de documentos.

Argumenta que utiliza a máquina de cartão de crédito para fins diversos do recebimento das vendas de mercadorias de seu estoque, como, receber créditos de inadimplência de vendas de

mercadorias já tributadas em período anterior. Explica que diversos valores objetos de autuação são de origem de um plano de recuperação e tratamento de inadimplência.

Novamente argui que o Auditor Fiscal baseou exclusivamente na falta de informação pelo contribuinte da forma de pagamento, na saída das mercadorias, via cartão de crédito por seus consumidores finais.

Informa que o cotejo das informações com as notas fiscais resultou na suposta diferença porque o Auditor desconsiderou as vendas registradas em cupons fiscais declarados à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Por fim, afirma que o Auto não pode persistir, por ter sido lançado por arbitramento, baseado nos extratos bancários ou de cartão. Invoca o art. 148 do CTN para concluir que somente cabe o arbitramento se as informações prestadas pelo sujeito passivo não possua fé, devendo a Fazenda empregar todos os meios colocados ao seu alcance pelo contribuinte.

A representante da PGE/PROFIS, Dra. Maria Helena Mendonça Cruz, em Parecer de fls. 121/123, opina pelo improvimento do Recurso Voluntário interposto, por considerar ausentes os argumentos capazes de modificar a Decisão recorrida.

Entende que a preliminar de nulidade por ausência de diligência deve ser rechaçada, tendo em vista que o Relator justificou a desnecessidade e pautou-se no art. 147 do RPAF para indeferi-la.

Esclarece que o termo de início de fiscalização é apenas uma das formas de dar início ao procedimento fiscal, tal qual a intimação para apresentar livros e documentos, motivo pelo qual não induz em nulidade a ausência do referido termo.

Assevera que, em que pese a alegação de narração sucinta, a descrição dos fatos e capitulação legal estão corretas, não vislumbrando qualquer das hipóteses ensejadoras de nulidade elencadas no art. 18 do RPAF.

No mérito da infração 1, menciona que a presunção legal de omissão de saída exigida no Auto de Infração encontra guarida no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, constituindo em fato gerador do tributo.

Fundamenta que pela Lei do ICMS a presunção persiste enquanto o contribuinte não elidi-la, mediante a produção de provas que lhe cabe, sendo que no caso dos autos, essas provas não foram trazidas pelo Recorrente.

Quanto à infração 2, verifica que restou demonstrado o recolhimento a menos do imposto na condição de empresa optante pelo Simples Nacional, cabendo ao Recorrente o direito de impugnar o lançamento com base em documentos que demonstrem a improcedência da imputação, o que não ocorreu.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0242-05/12, prolatado pela 5ª JF, que julgou Procedente o Auto de Infração epígrafado, em razão de omissão de saída de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito e débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, bem como falta de recolhimento do imposto referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos.

Pela análise do quanto trazido aos autos, não há reparo a fazer na Decisão recorrida.

Compulsando os autos vejo que o Recorrente em nada inova em relação aos argumentos apresentados em sede do Recurso Voluntário, na medida em que, repete os mesmos argumentos

trazidos na impugnação inicial, que foram corretamente enfrentados e afastados pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal.

É unânime o entendimento de que a intimação para apresentação de livros e documentos constante à fl. 07 supre a ausência do termo de início de fiscalização. Tal autorização decorre de expressa previsão do RPAF, no art. 26, III, *in verbis*:

Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;

Afasto a preliminar de nulidade do Auto de Infração, pois os fatos geradores das infrações que compõem o lançamento estão bem determinados, a descrição é clara e os elementos constitutivos do débito tributário estão descritos nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, dos quais o recorrente recebeu cópia, facilitando, assim, o pleno exercício do direito de defesa. Também ressalto que o imposto cobrado no Auto de Infração em epígrafe está em conformidade com a legislação aplicável, não havendo como se falar em imposição de tributo sobre fato arbitrado.

A nulidade da Decisão por ausência de diligência somente ocorreria se o Relator recusasse a diligência sem apresentar nenhum fundamento. No caso em tela ele é coerente ao considerar desnecessária a realização da diligência, com fulcro no art. 147, I do RPAF, haja vista que não há nos autos qualquer elemento que justifique a conversão do feito em diligência.

Ademais, se há alguma prova ainda a ser apresentada, certamente é proveniente de documentos que o próprio sujeito passivo possui e, assim sendo, é dele o ônus de trazê-los aos autos, (art. 147, II, "b", do RPAF/99), tendo sido dada a oportunidade para que ele colacionasse essas provas em seus prazos, o que não ocorreu.

O Recorrente recebeu a cópia de todos os demonstrativos, tendo pleno conhecimento dos motivos da autuação e exercido o seu direito de defesa, em observância ao RPAF, não logrando êxito em indicar equívocos ou vícios no procedimento adotados pela fiscal Autuante.

Na análise do mérito, melhor sorte não assiste ao Recorrente.

O procedimento adotado pelo autuante na apuração do imposto tem guarida no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, foram confrontados os valores registrados na redução Z com os informados mensalmente no Relatório TEF e apurado diferença de valores, cabendo ao Recorrente provar a improcedência da presunção, que não o fez.

Foram disponibilizado todo o detalhamento das informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito e o Recorrente não utilizou a prerrogativa de comprovar a improcedência da presunção legal que lhe fora imposta, com fundamento no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

O art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, referentes às suas alegações. Neste processo, verifico que o Sujeito Passivo apenas nega a infração que lhe foi imputada, por isso, compreendo tal justificativa apenas como negativa do cometimento da infração, o que não o desonera de provar a presunção fiscal, situação prevista pelo art. 143 do RPAF/99.

Para elidir a infração caberia ao sujeito passivo apontar os valores das vendas com cartão de crédito/débito não considerado pelo autuante no procedimento fiscal. Tal comprovação poderia ter sido efetuada através da apresentação de quaisquer documentos fiscais, juntamente com os boletos de vendas por meio de cartão de débito/crédito, para provar a inexistência das diferenças apontadas no Auto de Infração, o que não ocorreu.

Todas as alegações do recorrente foram insuficientes, pois não atacam o cerne da presunção, ele não se desobrigou de colacionar provas documentais, capazes de comprovar a inexistência da omissão de saídas, por conseguinte essas diferenças geraram reflexos na infração 1, pois

modificou a receita bruta declarada ao Simples Nacional, e consequentemente, surgindo o imposto cobrado.

Quanto à multa aplicada à infração 1, verifico que o autuante aplicou o percentual de 150%, entretanto tal percentual somente deve ser aplicado quando comprovada a ocorrência de fraude, sonegação ou conluio, acusações que devem restar comprovadas de forma incontestável.

Na análise em tela, não estando presente a hipótese para majoração da multa, voto pela redução, de ofício, do percentual aplicado, reduzindo a multa ao patamar de 75%.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a autuação e reduzir, de ofício, a multa da infração 1 para 75%.

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 **232113.0001/12-3**, lavrado contra **LOBO & LOBO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$71.204,80**, acrescido da multa de 75%, prevista nos arts. 35, da LC 123/06 e 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de agosto de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS