

A. I. Nº - 210439.0041/11-4
AUTUADO - J.R.P. CERQUEIRA
AUTUANTE - ERIVELTO ROCHA ALBERNAZ
ORIGEM - INFAS F. SANTANA
INTERNET 27.02.2013

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0025-04/13

EMENTA: ICMS. 1. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS COM OS VALORES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. Infração caracterizada e valor reduzido em face de diligência fiscal. 2. SIMPLES NACIONAL. ERRO NA DETERMINAÇÃO DAS RECEITAS MENSAIS E DAS ALÍQUOTAS APLICÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Recomposição da base de cálculo lícito tributário parcialmente reconhecido pelo contribuinte. Infração caracterizada e valor reduzido em face de diligência fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido novo pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado no dia 29/11/2011, exige ICMS no montante de R\$ 62.783,79, sob a acusação do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartões, em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora. Valor: R\$ 420,86. Período: fevereiro a maio 2010. Multa de 150%, prevista no art. 35 da LC 123/2006 c/c art. 44, I, §1º da Lei Federal 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07.

Infração 2 – 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, aplicadas. Valor: R\$ 62.362,93. Período: janeiro, abril a junho, setembro a dezembro 2009, janeiro a dezembro 2010. Multa de 75%, prevista no art. 35 da LC 123/2006 c/c art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07.

Através de advogados regularmente constituídos (procuração à fl. 1.362), o autuado impugna o auto de infração às fls. 1.341 a 1.357.

Descreve as infrações e em preliminar de nulidade argui inexistência de previsão legal para a infração à época dos fatos geradores. Transcreve o §4º do art. 4º da Lei 7014/96 em diversas redações, para frisar que até 31/03/2010 vigia a redação “declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de

cartões de crédito”, quando foi modificada para a atual. Transcreve o inciso VI do art. 2º do RICMS/BA e diz que as vendas do autuado foram superiores aos valores informados por instituições financeiras e administradoras de cartões, razão porque entende não haver que falar em diferenças sujeitas a exigência fiscal, pois contraria o art. 39, III, do RPAF e o Auto de Infração, no seu entendimento, é nulo por carecer de segurança e certeza.

Transcreve o art. 5º, II, da CF e trecho doutrinário de Hely Lopes Meirelles para reforçar o caráter de nulidade do AI.

No mérito, argumenta sobre substituição tributária transcrevendo os arts. 128 do CTN, 353 do RICMS/BA e doutrina de Roque Antonio Carraza para dizer que não prevalece o entendimento do autuante em requerer que sejam novamente tributadas as operações concernentes a empresa impugnante por incidir em *bis-in-idem*.

Quanto à presunção legal diz que o Sistema Tributário está alicerçado sob os princípios fundamentais da legalidade e tipicidade, primando assim, na realização de todos os aspectos e critérios estabelecidos na norma de incidência tributária sob a afirmação do princípio da segurança jurídica.

Lembra que a regra matriz de incidência tributária permite que no momento da ocorrência do fato gerador, todos os elementos e requisitos tipificados na norma devem ser atendidos para garantir os princípios da segurança jurídica, tipicidade cerrada e legalidade.

Fala que a presunção legal é matéria de ordem processual referente ao direito das provas vestido de juízo de probabilidade e sendo relativa aceita prova em contrário.

Diz que a presunção relativa se aplica ao caso em tela, tendo em vista que cerca de 80% das operações de venda do autuado são de produtos submetidos à substituição tributária, entendendo que isto prova a improcedência da presunção, pois a norma de incidência processual foi afastada por norma de incidência material. Nesse sentido, cita o Acórdão JJF N° 2505/00, que reduz valor de auto de infração por inaplicabilidade da presunção legal em produtos enquadrados na substituição tributária, conforme trecho do voto transcreto. Também nesse sentido, transcreve a ementa do Acórdão CJF N° 0472-12/02.

Entende que caberia ao autuante determinar de forma precisa as mercadorias que estariam subsumidas à norma de apuração prevista no art. 2º, do §3º inc. IV do RICMS/BA, pelo que devem ser aplicados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois 80% das mercadorias são do regime de substituição tributária.

Sobre a infração 2, diz que no período fiscalizado diversas modificações foram introduzidas na LC 123/06 e o autuante não citou qual dispositivo foi ferido, apenas indicando o art. 21, I, que de forma genérica remete para todos os comandos legais gravados entre os artigos 10 a 20 da LC 123/06, cerceando o direito de ampla defesa e contraditório do autuado, pois não sabe qual a irregularidade cometida e qual o dispositivo legal ampara a exação fiscal. Ademais, diz que tanto na infração 1 quanto na 2, os créditos fiscais não estão sendo considerados pelo autuante, em desobediência ao princípio da não cumulatividade, fato que entende agravado com aplicação de alíquotas inexistentes variando entre 3,07%, 3,41% e 3,48% e, na infração 2, com as diversas alíquotas que cita.

Alega que precisa ser informado sobre o aspecto material do fato gerador (base de cálculo e alíquota) para exercer o contraditório, ao tempo que descreve seu conceito transcrevendo doutrinas de diversos autores.

Quanto à multa, entende ter caráter confiscatório em afronta às garantias constitucionais do contribuinte. Nesse sentido, transcreve ementas de decisões do STF, trechos de doutrina e os arts. 158 e 159 do RPAF que trata do cancelamento e redução de multa por descumprimento de obrigação tributária.

Conclui pedindo a anulação do auto de infração por vícios de fato, de critérios jurídicos e de direito, como argumentado; inexistência de previsão legal para a infração à época dos fatos geradores; reconhecimento que a acusação fiscal é incompatível com a previsão do art. 4º, §4º, da Lei nº 7014/96.

Quanto ao mérito, pede: a) reconhecimento da inaplicabilidade do regime de apuração com base na presunção legal *júris tantum*, tendo em vista que as mercadorias já estão com fase de tributação encerrada; b) esclarecimento do critério utilizado pelo autuante para apuração da proporcionalidade das mercadorias tributadas com base na IN 56/07; c) revisão do lançamento fiscal tendo em vista a inobservância dos valores correspondentes às notas fiscais D1 emitidas, além dos cupons fiscais pagos na modalidade à vista e registrados com venda por cartão, e respectivos boletos emitidos e não considerados; d) da apuração equivocada da base de cálculo do imposto no Simples Nacional; e) redução ou cancelamento da multa.

Também requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar as alegações defensivas, e a apresentação de provas, inclusive testemunhal, além de juntada de documentos *a posteriori*.

As fls. 1368-1369 o autuante presta informação fiscal. Depois de descrever os fatos e resumir os argumentos defensivos diz que a omissão de saída da infração 01 foi detectada por meio de registro das notas fiscais emitidas e das reduções Z informadas pelo contribuinte, digitadas no sistema AUDIG em confronto com as informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito, tendo como resultado uma diferença presumida pela falta de emissão de documentos fiscais de venda de mercadorias.

Sobre a alegação de que 80% das vendas correspondem a mercadorias da substituição tributária fala que o Impugnante se contradiz com as informações referentes ao PGDAS, tributando totalmente as receitas sem se valer do direito de segregá-las para excluir do cálculo do Simples Nacional.

Quanto à infração 2, diz que a apurou em levantamento fiscal junto ao PGDAS, informada pelo próprio contribuinte mês a mês, sem a segregação de receitas, optando pela apuração através do regime de Caixa, sem a utilização da receita bruta acumulada dos últimos doze meses anteriores ao período de apuração, para efeito de determinação da alíquota constante na LC 123/06, anexo I, a ser aplicada sobre a receita bruta recebida conforme a opção do próprio contribuinte, e Res. CGSN 38/08, art. 2º, Res. CGSN 51/08, art. 4º e 5º, § 1º.

Ressalta que as alíquotas alegadas inexistentes são as constantes dos anexos da LC 123/06 e que os artigos inscritos no Auto de Infração se referem aos formalizados para enquadramento e multa proposta pelo sistema de Auto de infração modelo 3.

Na assentada de julgamento, perguntada, a representante legal do autuado afirmou ter recebido cópia do Relatório TEF.

Conforme pedido de fl. 1.374, o PAF foi convertido em diligência para o autuante: a) esclarecer como apurou a base de cálculo indicada no mês maio/2010; b) elaborar demonstrativo de Receita Bruta Acumulada para demonstrar como apurou o percentual da “alíquota” do ICMS; c) refazer os demonstrativos das infrações, considerando as receitas tributadas e as da ST com encerramento da fase de tributação e, se necessário, intimar o autuado a apresentar os livros Registro de Entradas, Registro de Saída ou demonstrativo em que relacione as notas fiscais e valores segregados das mercadorias de tributação normal e submetidas à ST; d) intimar o autuado a apresentar demonstrativo relativo ao recebimento das receitas decorrentes das vendas com por meio de cartões de crédito e débito e considerar para efeito de receita a efetivamente recebida no mês (regime de caixa), como previsto na Res. CGSN 38/2008 e, caso não lhe fosse apresentada, considerasse os recebimentos das vendas por meio de cartão pelo regime de competência, como previsto no art. 6º da citada resolução; e) entregar ao autuado cópia do Relatório TEF Diário mediante recibo.

A diligência foi cumprida na forma pedida e os documentos a ela relativos constam das fls. 1380 a 1409.

Às fls. 1411-1417 o autuado se manifesta requerendo mais uma vez a nulidade em preliminar alegando falta de segurança para se determinar a infração, bem como por equívocos contábeis na elaboração do Auto de Infração, o que, segundo ele, lhe cerceou o direito à ampla defesa e contraditório.

No mérito, alega cometimento de enganos;

- 1) Repete o argumento de interpretação equivocada do §4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96 pelo autuante e que no período autuado a declaração de vendas informada pelo contribuinte foi superior ao *quantum* informado pelas administradoras;
- 2) Juntando notas fiscais exemplificativas, aduz que o autuante não observou que a maioria das mercadorias comercializadas pelo autuado estão submetidas à tributação por antecipação com fase de tributação encerrada, o que macula a autuação por ferir o princípio do *non bis in idem*;
- 3) Tomando maio 2010 como exemplo, diz não ser verdade a informação fiscal de apuração da diferença com base no PGDAS mediante declarações do autuado, uma vez que a declaração de Receita prestada se encontra zerada e não sabe a procedência dos valores incluídos pelo autuante;
- 4) Indaga sob que regime foi feito o lançamento, se de caixa ou competência.

Conclui pedindo seja decretada a nulidade do lançamento pelo acolhimento da preliminar, ou, no mérito, que seja anulado em razão dos vícios que aponta. Subsidiariamente, em caso de não acolhimento dos pedidos anteriores, que o Auto de Infração seja julgado improcedente ou reformado a fim de excluir as parcelas impugnadas e, para tanto, requer diligência fiscal por estranho ao feito.

Tendo em vista que na assentada de julgamento o representante legal do autuado alegou não recebimento de alguns dos documentos e papéis de trabalho carreados aos autos por força da diligência efetuada conforme pedido de fls. 1.374-1375, e considerando que o documento de fl. 1.407 informa ciência apenas de cópias das fls. 1.393-1.406, o PAF foi novamente convertido em diligência (fl. 1.435) para entrega de cópia dos documentos de fls. 1374-1.409, com nova reabertura de prazo de defesa (30 dias) para, querendo, o autuado manifestar.

Conforme fls. 1.437-1.439, a diligência foi cumprida como pedida e o autuado ficou silente.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração para exigir ICMS (R\$ 62.783,79) por omissão de saída de mercadoria tributável apurada por meio de levantamento de vendas pagas com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Na inicial de defesa, o Impugnante veiculou matéria de mérito em preliminar (inexistência de previsão legal para a infração à época dos fatos geradores) e no mérito pontuou matéria própria de questão preliminar (clareza do lançamento quanto aos seus aspectos formais e materiais; imprecisão da tipificação do dispositivo legal tido como infringido), mas em sua manifestação de fls. 1.411-1417, na qual contesta a informação fiscal de fls. 1.380-1.409, sustenta sua preliminar arguindo falta de segurança para se determinar a infração cometida e cerceamento de seu direito de defesa em face de equívocos contábeis na elaboração do Auto de Infração, inclusive sobre a imprecisão do regime de apuração do imposto em que foi feito o lançamento, se de caixa ou competência.

Analisemos a preliminar arguida.

Consta nos extratos do Simples Nacional de fls. 23-48 que o autuado apurou e declarou os tributos na forma opcional de Regime de Caixa regulado pela Resolução CGSN 38/2008 em que se utiliza a

receita bruta total recebida no mês e, conforme demonstrativos de fls. 07-21, a auditoria foi levada a efeito considerando o Regime de Competência de que trata o art. 2º da Res. CGSN 51/2008, no qual se leva em conta a receita bruta auferida por venda de mercadorias.

Considerando que, como mais detalhadamente veremos na apreciação de mérito, esta incongruência que viciava o lançamento foi devidamente sanada na fase de instrução processual na forma prevista no §1º do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, com reabertura do prazo para defesa por duas vezes por força de diligências deferidas (fls. 1374-1375 e 1435), estando devidamente instruídos, nada mais tendo a reparar ou explicitar nos autos, e tendo em vista neles estarem presentes seus pressupostos de validade, especialmente os dispostos nos artigos 15, 16, 19, 22, 26, 28, 38, 39, 41, 42, 44, 45 e 46 do RPAF/99, estando as infrações claramente descritas, corretamente tipificadas e suportadas nos demonstrativos e documentos fiscais contidos nos autos, cujas cópias foram entregues ao contribuinte, rejeito a preliminar de nulidade suscitada por não vislumbrar qualquer vício a macular o lançamento tributário de ofício, pois as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator que exerceu o direito de ampla defesa e contraditório demonstrando pleno conhecimento dos fatos arrolados.

Por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, com fundamento no art. 147, I, do RPAF, indefiro o pedido de diligência formulado.

Com relação ao mérito, conforme se vê nos demonstrativos iniciais de fls. 07-21, a auditoria tributária foi levada a efeito confrontando os dados da receita declarada pelo autuado nas DASN's do período, com os registrados nos documentos emitidos + informações de vendas cujo pagamento se deu via cartões de crédito e/ou débito fornecidas pelas administradoras, deduzindo-se os valores das informações das administradoras que tiveram correspondentes documentos fiscais emitidos. Nesse método de auditoria, a eventual omissão de valores não declarados nas DASN's é somada ao valor da receita declarada nas respectivas DASN's para recálculo do ICMS devido pelo contribuinte com as pertinentes alíquotas a cada faixa de receita, conforme tabela prevista na lei do Simples Nacional (LC 123/06).

No caso em apreço, de fato, no procedimento fiscal inicial observa-se a incongruência de o levantamento fiscal ter sido feito considerando o Regime de Competência em que se agregou à receita declarada pelo contribuinte no Regime de Caixa, a omissão obtida do confronto das vendas cujo faturamento foi pago por cartões e não o efetivo crédito feito pelas administradoras ao autuado em cada período de apuração em face da opção de regime já citada.

Entretanto, sendo sanável, a correção desta irregularidade foi um dos objetos do pedido da diligência de fls. 1374 (item "D").

Considerando não haver nas DASN's ou outro documento probatório sobre as pertinentes informações de controle das receitas por Regime de Caixa como previsto no art. 5º da Res. CGSN 38/2008, como pedido, o autuado foi intimado (fl. 1378) a apresentar demonstrativo dos efetivos recebimentos periódicos da receita decorrente das vendas via cartão de crédito. Não atendendo a intimação nesse quesito, conforme previsto pelo art. 6º da citada resolução, o regime de caixa foi desconsiderado de ofício, e foi corretamente aplicado o Regime de Competência, agora ajustado como indicado nos demais itens do pedido, ou seja: **a)** esclarecendo que a base de cálculo do mês maio 2010 se refere ao montante das notas fiscais de fls. 985-1060 emitidas pelo autuado, tendo em vista que nada declarou na DASN correspondente, que fazem parte dos documentos apreendidos por ocasião da "Operação Carcará" desenvolvida pela SEFAZ em conjunto com o Ministério Público e Secretaria de Segurança Pública da Bahia; **b)** como se vê nos demonstrativos de fls. 1391-1406, a base de cálculo para tributação foi recomposta computando-se os documentos fiscais cujas cópias constam dos autos, aplicando-se a proporcionalidade da IN 56/07, considerando a Receita Bruta Acumulada, demonstrando o pertinente percentual da alíquota de tributação correspondente ao ICMS em cada faixa de receita, conforme a tabela de fl. 1392, com a devida

segregação/exclusão da receita de venda de mercadoria sujeita ao Regime de Substituição Tributária, razão pela qual não há o *bis in idem alegado*.

Pois bem, identificada a omissão de receitas por presunção (infração 1) e por declaração incorreta da receita tributável no regime simplificado de tributação Simples Nacional, este lançamento estar a exigir o ICMS pelo cometimento de duas infrações.

A infração 1, código 17.03.02, com precisa descrição no auto de infração, corresponde ao ICMS devido pela presunção de receita omitida, calculado com base nos percentuais concernentes ao ICMS no regime de tributação do Simples Nacional e apurado pelo confronto dos valores das operações de vendas pagas através de cartões de crédito e/ou débito informadas pelas Administradoras em cumprimento da obrigação estabelecida no art. 35-A da Lei nº 7.014/96, com os respectivos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte para tais operações, conforme demonstrativos que compõem o relatório “Análise ICMS a reclamar por tipo de infração”, 2010 (fls. 1405-1406), cujo ICMS exigido acha-se demonstrado na coluna “**ICMS cartão**”. Essa infração corresponde à infração “Omissão de Receitas” tipificada no inciso I do art. 14 da Resolução 30 do Comitê Gestor do Simples Nacional.

Ora, tratando-se de presunção de omissão de receitas observo que o art. 34 da Lei 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 do ICMS da Bahia (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, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Essa omissão de saídas de mercadorias tributáveis foi apurada em auditoria específica mediante confronto entre os valores das autorizações das vendas pagas com cartão de crédito/débito informadas pelas administradoras de cartões à SEFAZ e correspondentes registros em documentos fiscais emitidos pelo autuado, seja cupom ou nota fiscal, onde se indica os valores registrados como pagas por cartões, conforme, repito, demonstrativos de fls. 1394 a 1406, que são claros o suficiente para o impugnante compreender a acusação fiscal, seja no que se refere à natureza, seja no que tange ao aspecto quantitativo.

Assim, o cotejo feito pelo autuante se sustenta na confrontação entre os valores dos cupons ou notas fiscais cujos pagamentos se deram por cartões de crédito/débito e foram registrados no equipamento Emissor de Cupom Fiscal do contribuinte, conforme identificação em Redução Z, notas fiscais e o Relatório Diário das Operações TEF.

É fato (e só assim se pode verificar na auditoria aqui aplicada a regularidade da obrigação do contribuinte) que a confrontação de valores para se apurar a omissão prevista no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 se dá entre valores de uma mesma grandeza, ou seja, vendas cujo meio de pagamento foi cartão de crédito: valores autorizados ao contribuinte e informados pelas administradoras como prevê o art. 824-W do RICMS/97 x valores das vendas cujo meio de pagamento foi cartão de crédito/débito apurados da memória dos equipamentos emissores de cupom fiscal via registros na Redução Z, em face da obrigatoriedade de identificação prevista no §7º do art. 238 do RICMS/97 e notas fiscais. Portanto, tanto o fornecimento das informações ao Fisco pelas administradoras quanto à obrigação de identificação do meio de pagamento está previsto na legislação. Ora, em situação tal, registros corretamente efetuados, não há presunção de omissão porque não haveria diferença entre as grandezas de mesma ordem.

Assim, não há espaço para a interpretação exposta pelo Impugnante neste caso (confrontação entre vendas totais com pagamento por qualquer meio X informações de vendas com pagamento em cartões repassadas ao Fisco pelas Administradoras), exceto provando que todas as suas vendas do período fiscalizado tenham sido pagas por meio de cartões de crédito/débito.

Ademais, a jurisprudência deste Conselho é sedimentada em sentido oposto. Em situações específicas, quando o contribuinte apresenta notas ou cupons fiscais com valores e datas correspondentes àqueles constantes do indigitado Relatório, é admitido o expurgo do imposto correspondente, mas isso não aconteceu no presente caso.

Portanto, a comparação pertinente é entre as informações das administradoras e os valores registrados nos ECF como vendas através de cartão.

A base de cálculo (resultante da soma entre as saídas designadas nos documentos fiscais e as diferenças encontradas na auditoria de cartões) foi submetida às alíquotas constantes do Anexo I da Lei Complementar 123/06.

Uma vez apurado o tributo devido, o mesmo foi confrontado com aquele declarado nos Extratos do Simples Nacional, de forma que, com relação ao período fiscalizado, o contribuinte acumulou diferenças de ICMS a recolher. Tais diferenças, determinadas mensalmente, para este caso, corresponde à infração tipificada no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, cuja base de cálculo está determinada na coluna “H” do demonstrativo “ANÁLISE DO ICMS DO SIMPLES NACIONAL (fl.1406), com o correspondente ICMS discriminado na coluna “I”, desse demonstrativo.

Portanto, de acordo com o art. 18 da LC 123/2006, a apuração é feita com base na receita auferida mensalmente, incidindo sobre a mesma as alíquotas do Anexo I. Neste caso, foram utilizada(s) a(s) alíquota(s) referente(s) à parcela do ICMS no conjunto dos tributos que compõem o Simples Nacional.

De todo modo, sendo relativa, a presunção prevista no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 poderia ser elidida pelo Impugnante mediante provas documentais como, por exemplo, identificação de inconsistências no levantamento fiscal ou irregularidades por indevidas identificações de meio de pagamento em documentos fiscais. Nesse caso, mediante demonstração de que os valores constantes do relatório TEF-Diário, cuja cópia recebeu (recibo fl.1379), tiveram os respectivos documentos fiscais emitidos, ao menos com correspondência de valor e data, carreando aos autos os documentos fiscais que guardassem correspondência de valores e datas com os registros do Relatório TEF-Diário no qual figura, analiticamente, todas as operações de venda cujo pagamento se deu via cartões de crédito e/ou débito.

Cabe, portanto, ao autuado o ônus de elidir a acusação fiscal provando eventual equívoco na apuração da presunção legal acusada. Aliás, é o que lhe indica o art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal quando assegura ao sujeito passivo tributário 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.

Sobre a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, atento que, no presente caso, estamos diante de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil, que assim se expressa:

Art. 334. Não dependem de prova:

...
IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade.

As presunções podem ser absolutas, que não admitem prova em contrário, ou relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário. O fato presumido é tido como verdadeiro até que a ele se opuser a prova em contrário.

A acusação em tela é de presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis em razão de declaração de vendas com pagamentos por cartões de crédito em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito legalmente prevista no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96. Portanto, presunção legal e, para elidi-la, o sujeito passivo haveria que comprovar sua inexistência ou que a receita omitida foi oferecida à

tributação na forma da lei o que no presente caso significa comprovar que as operações correspondentes aos pagamentos via cartões tiveram emitidos os documentos fiscais respectivos e que suas receitas foram consideradas para cálculo do ICMS devido nas DASN's dos respectivos meses de competência.

Portanto, do modo que agiu, o sujeito passivo autuado, deprecou a lei. Preferiu silenciar quanto ao aspecto fático para arguir a nulidade do auto de infração por pretensa transgressão de princípio constitucional tributário. Esta atitude se enquadra no quanto previsto nos arts. 140 e 142 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, uma vez que não apresentando a defesa acompanhada das indispesáveis provas capazes de elidir a acusação fiscal em acordo com o previsto no art. 123 do regulamento citado, os fatos presumidos da omissão acusada não foram contestados e, portanto, na forma prevista nos dispositivos citados, os admito como verídicos, pois o contrário não resulta do conjunto das provas. Ademais, também a recusa em comprovar os fatos controversos com elemento probatório que, se existirem, necessariamente disponha o autuado, importa presunção de veracidade da acusação fiscal.

Deste modo, com a análise restrita aos autos, concluo não haver razão para o inconformismo do Impugnante, pois é pertinente o cotejo levado a efeito pelo preposto fiscal, ficando patente a transgressão, pelo contribuinte, do dever estabelecido no art. 238, § 7º, do RICMS (emissão de documento fiscal, com informação do meio de pagamento, inclusive), em relação à irregularidade de caráter acessória, e o descumprimento da obrigação principal na medida do valor exigido para as infrações. Em vista disso, considerando, inclusive, que o contribuinte objetivamente não protesta quanto aos números do levantamento fiscal ajustado por força da diligência, repiso que o contribuinte exerceu seu direito de ampla defesa sem carrear ao processo prova da não materialidade das infrações e, por consequência, a presunção legal de saídas de mercadorias tributáveis omitidas resta confirmada e o ICMS exigido nas infrações subsiste em face da caracterização das mesmas.

Infração procedente em parte em face do ajuste efetuado na diligência fiscal (R\$ 379,66). Acolho como demonstrativo do débito ajustado, os valores insertos na coluna “I” da planilha de fl. 1.406. A infração 2, código 17.02.1 (que não se refere a presunção), corresponde ao recolhimento de ICMS menor que o devido em face de erro na informação da receita tributável lançada pelo autuado no PGDAS (Programa Gerador da DASN) que calculou os tributos pagos, cuja descrição consta inequívoca e clara no auto de infração, aqui exigido em face de recálculo fiscal do ICMS devido nos respectivos meses de competência do período fiscalizado em face da reapuração da receita tributável efetiva no regime do Simples Nacional, levantada com base nos documentos fiscais emitidos (coluna “C” dos demonstrativos de fls. 1398-1399 e 1405-1406 – ANÁLISE ICMS DO SIMPLES NACIONAL) já segregada da receita decorrente de vendas de mercadorias da ST (coluna “A” desse demonstrativo).

Sobre o valor da nova Receita Tributável pelo Simples Nacional (coluna “C”) se aplicou as alíquotas correspondentes à faixa de faturamento para apurar o ICMS efetivamente devido (coluna “D”), achando-se o verdadeiro ICMS devido (coluna “E”). Deduzindo-se deste valor o imposto que o autuado recolheu pelas DASN's declaradas (coluna “F”) chegou-se à diferença de ICMS lançada neste ato administrativo em apreço. Deste total (coluna E-F-G) deduzindo-se os valores exigidos pela presunção de receita constatada na infração 1, apurou-se o ICMS ainda devido em face do contribuinte ter efetuado um recolhimento menor que o devido nas DASN's que apresentou para os respectivos períodos de competência, cuja base de cálculo dessa diferença corresponde à coluna “J” dos demonstrativos “ANÁLISE ICMS SIMPLES NACIONAL”.

Portanto, essa infração refere-se à “insuficiência de recolhimentos dos tributos do Simples Nacional”, que se acha tipificada no inciso III do art. 14 da Resolução 30 do Comitê Gestor do Simples Nacional, cuja competência para tratar dos aspectos tributários alberga-se na LC 123/06 (art. 2º, I), cujos valores, repito, se acha indicados na coluna “K”, “**Omissão de recolhimento/Recolhimento a menor**”, do demonstrativo ANÁLISE ICMS DO SIMPLES NACIONAL.

Infração procedente em parte em face do ajuste efetuado na diligência fiscal (R\$ 36.302,69). Acolho como demonstrativo do débito ajustado, os valores insertos na coluna “K” da planilha de fl. 1.406. Infração procedente em parte em face do ajuste efetuado na diligência fiscal.

As multas são as previstas na legislação para as infrações cometidas e foram corretamente indicadas no Auto de Infração.

Por se tratar de multa por descumprimento de obrigação tributária principal e por fugir à competência deste órgão administrativo judicante, com fundamento nos arts. 159 e 167 do RPAF deixo de apreciar o pedido de redução ou cancelamento e alegação de caráter de confisco das multas propostas.

Isto posto, acolho os demonstrativos refeitos e autuados às fls. 1391-1406, para declarar a PROCEDÊNCIA PARCIAL deste Auto de Infração com o demonstrativo de débito de fl. 1393.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **210439.0041/11-4**, lavrado contra **J.R.P. CERQUEIRA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$36.682,34**, acrescido das multas de 150% sobre R\$379,65 e 75% sobre R\$36.302,69, previstas no art. 35 da LC 123/2006 c/c art. 44, I, e §1º da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2013.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA