

A. I. Nº - 210402.0004/12-5
AUTUADO - JOSÉ ROBERTO SANTIAGO SOUZA
AUTUANTE - JOSÉ ROBERTO GALRÃO LEAL
ORIGEM - INFAZ BOM JESUS DA LAPA
INTERNET - 11. 07. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0142-01/13

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. a) 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 do período fiscalizado foram apuradas as diferenças identificadas na autuação. Infração subsistente. **b) CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA DE MERCADORIA TRIBUTÁVEL.** 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 caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime quanto ao percentual da multa aplicada e unânime quanto ao mérito.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/12/2012, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$11.740,64, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Efetuou recolhimento a menos 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, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menos, nos meses de janeiro, março a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$3.403,62, acrescido da multa de 75%;
2. Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos meses de janeiro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$8.337,02, acrescido da multa de 150%.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 246 a 251) argumentando que somente foi alegado pela Fiscalização normas internas da Secretaria da Fazenda que só era para computar as notas emitidas com o valor diária igual o que foi passado pela operadora de cartões.

Argumenta que os artigos 4º e 5º, do RICMS, estabelecem que o fato gerador ou ocorrência do fato gerador dar-se-á sempre quando houver circulação de mercadorias ou o início da prestação do

serviço, concretizado com a emissão de notas fiscais e não diz diária, isso é “um afronto ao Código Tributário Nacional, não conseguir enxergar essa modalidade ora obrigatória pela Sefaz.”

Assinala que “a emissão de notas são diárias mais os impostos são calculados mensalmente o que não pode acontecer e que no final do mês o valor apurado for menor do que o enviado pelas operadoras de cartões porque nesse caso ficaria caracterizado o erro ou a falta de emissão, o que não aconteceu com o autor que no final do mês sempre ficou apurado o valor a maior, subtraindo que a diferença foram as vendas em dinheiro ou seja avista”.

Afirma que “não foi encontrado nenhuma diferença entre a informação de NOTAS FISCAIS D-1, E INFORMAÇÕES CARTÕES DE CREDITO E DEBITOS, com o valores pagos e emitidos sempre a maior. Cópia anexa das DASN.”

Invoca o art. 142, do Código Tributário Nacional, para sustentar que não pode ser compelido ao recolhimento do crédito tributário de ICMS constituído por intermédio do Auto de Infração e imposição de multa, em face de sua flagrante ilegalidade. Reporta-se ainda sobre o art. 156, incisos IV e IX, do Código Tributário Nacional, reproduzindo-o, assim como transcreve os arts. 144 e 149 do mesmo CTN.

Sustenta que a Fiscalização ao efetuar o presente lançamento de ofício não atendeu ao disposto no art. 142 do Código Tributário Nacional, já que não foram analisados os fatos geradores, ou seja, a ocorrência do fato impositivo. Cita e transcreve lição de Geraldo Ataliba, nesse sentido.

Conclui requerendo que “a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, seja citada querendo contestar a presente ação, a qual deverá ser julgada totalmente procedente, a fim de que seja anulado o débito correspondente ao ICMS e multa, constituído por intermédio do referido Auto de Infração, em todo período fiscalizado de: 01.01.2008 a 31.12.2010. Informa que no período fiscalizado operou como SIMPLES NACIONAL, cumprindo todas as exigências da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, pagando e declarando todo os valores vendidos conforme ficou provado não omissão de receita. Nos termos do inciso III do artigo 151 do Código Tributário Nacional, a fim de suspender a exigibilidade do crédito tributário. A notificada provará o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos. Termos em que, dando à causa o valor de R\$ 11.740,64 (Onze mil setecentos quarenta reais e sessenta e quatro centavos)”.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 264/265), na qual contesta a argumentação defensiva, registrando que o levantamento fiscal que apurou omissão de saídas de mercadorias tributáveis foi fundamentado no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, que trata do momento da ocorrência do fato gerador do imposto, quando da constatação de vendas declaradas pelo contribuinte em valores menores que as vendas informadas pelas Administradoras de cartões conforme redação que transcreve.

Diz que a partir do confronto entre as notas fiscais de saídas apresentadas pelo contribuinte e as vendas em cartão realizadas por ele e informadas a SEFAZ/BA, pelas Administradoras de cartões, verificou que para a maioria das vendas em cartão não havia nota fiscal correspondente.

Logo, a venda em cartão, informada pela Administradora de cartão, que não encontrou entre as notas fiscais apresentadas pelo contribuinte a nota fiscal que lhe corresponderia em valor e data, foi considerada uma omissão de saída.

Frisa que o cruzamento entre as notas fiscais de saídas apresentadas pelo contribuinte e as vendas em cartão, informadas pelas Administradoras de cartões, foi estabelecido para verificar se para todas as vendas efetuadas com pagamento em cartão houve emissão da nota fiscal para acompanhar a saída da mercadoria.

Salienta que nesse confronto constatou que o valor total das vendas em cartão com emissão de notas fiscais foi inferior ao valor total das vendas em cartão informado pelas Administradoras de cartões, fato que a Lei 7.014/96 autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem

pagamento do imposto, haja vista que a venda efetuada sem a emissão da nota fiscal não foi computada/declarada para apuração do imposto.

Assinala que desse modo, a omissão apurada no levantamento fiscal está relacionada à falta de emissão de nota fiscal nas vendas de mercadorias com pagamento em cartão, cujo valor não foi impugnado pelo autuado na forma prevista na legislação vigente (art. 133 do COTEB - LEI Nº 3.956/81).

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em exame exige ICMS em decorrência de 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 (infração 01) e de falta de recolhimento do imposto constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributadas 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 (infração 02).

Inicialmente, cabe observar que o art. 21, I, da Lei 123/06 estabelece que o contribuinte 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, utilizando como base para determinação da alíquota a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao período de apuração, que incidirá sobre a receita bruta auferida em cada mês de referência e apuração dos tributos, sendo que essa incidência se dá por opção do contribuinte, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irretratável para todo o ano-calendário.

No que tange à infração 01, o autuado deixou de recolher valores referentes ao Simples Nacional, apurados em cotejo das operações declaradas na escrita, documentos e valores informados pelas administradoras dos cartões com as DASN's do período fiscalizado, sendo apuradas as diferenças identificadas no levantamento levado a efeito pela Fiscalização.

Já na infração 02, o demonstrativo elaborado pela autuante relaciona os documentos fiscais que serviram de base à apuração do imposto lançado, indicando todos os dados pertinentes. Esse demonstrativo está baseado no confronto entre documentos fiscais fornecidos pelo próprio contribuinte com dados informados pelas administradoras de cartões e instituições financeiras.

Tendo em vista o resultado desse confronto apurou o autuante a ocorrência de operações de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito e/ou débito. Esse fato, de acordo com o disposto no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, autoriza ao Fisco presumir a ocorrência de operações de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência dessa presunção legal.

No presente caso, verifico que na peça de defesa o autuado apresentou o seu inconformismo quanto às duas infrações, contudo, não identificou qualquer valor ou dados com os quais não concorda.

Em verdade, não trouxe qualquer planilha, demonstrativo, ou outros elementos de prova, nos quais identificasse os erros porventura cometidos pela Fiscalização, capazes de elidir a autuação.

Certamente inobservou as disposições dos artigos 142 e 143 do RPAF/99, no sentido de que a *recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária*, assim como, a *simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*.

Diante do exposto, as infrações 01 e 02 são subsistentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE QUANTO À MULTA DO ITEM 2º

No item 2º deste Auto, noto que foi aplicada a multa de 150%.

Embora o autuado não questione o percentual da multa, é meu dever, como julgador, zelar pela fiel aplicação do direito. Quanto aos aspectos de fato, cabe ao contribuinte impugná-los, se assim quiser. Porém o direito não precisa necessariamente ser alegado, pois o julgador tem o dever de conhecer o direito. A norma jurídica incide independentemente da vontade das partes, independentemente de ser invocada ou não. E sendo o lançamento um ato vinculado, compete ao órgão julgador zelar pela fiel observância da lei.

Na tipificação da multa do item 2º deste Auto, foi indicado o art. 44, I, e § 1º, da Lei federal nº 9.430/96. Ocorre que a multa prevista no inciso I do art. 44 da referida lei é de 75%, e não de 150%, como foi posta no Auto.

O § 1º do art. 44 prevê que o percentual de tal multa (75%) será duplicado (150%) “nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964”. Portanto, a multa não é duplicada “sempre”, mas, apenas, nos casos dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

O art. 71 da Lei nº 4.502/64 cuida de ação ou omissão dolosa (situação em que, com emprego de maquinções ou má-fé, o contribuinte induz a autoridade fazendária a erro, impedindo ou retardando o conhecimento dos fatos).

O art. 72 cuida de fraude (logro, burla, ilusão, falsificação, visando a impedir ou retardar ocorrência do fato gerador, a fim de reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento).

E o art. 73 cuida de conluio (combinação, trama, conspiração entre duas ou mais pessoas).

Nestes autos, *em nenhum momento* se falou em *dolo*, *fraude* ou *conluio*. Na imputação não consta nada nesse sentido. Dolo, fraude e conluio *não se presumem*. Ou o fato doloso, fraudulento ou tramado secretamente é acusado e provado, ou de dolo, fraude e conluio não se trata.

Por conseguinte, no caso em apreço *não se trata de infração qualificada*, e sim de *infração pura e simples*: omissão de saídas de mercadorias presumida por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, conforme foi descrito no Auto.

E se a infração *não é qualificada*, a multa aplicável é a *básica*, de 75%, e não a multa agravada, em dobro, de que cuida o § 1º do art. 44 da Lei federal nº 9.430/96.

Acompanho o voto do nobre Relator, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, porém corrigindo a multa do item 2º para 75%, conforme prevê o art. 44, I, da Lei federal nº 9.430/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto a multa aplicada e unânime quanto ao mérito, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210402.0004/12-5**, lavrado contra **JOSÉ ROBERTO SANTIAGO SOUZA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.740,64**, acrescido das multas de 75% sobre R\$3.403,62 e de 150% sobre R\$8.337,02, previstas nos artigos 35 da Lei Complementar 126/06 e 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, de 27/12/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 15/06/2007, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de junho de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE – MULTA DO ITEM 02

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR