

A. I. Nº - 211322.0043/11-5
AUTUADO - DIAS COMÉRCIO DE PRODUTOS ÓTICOS LTDA
AUTUANTE - JULIO DAVID NASCIMENTO DE AMORIM
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
INTERNET 13.09.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0194-04/13

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. Infrações comprovadas mesmo após a realização de duas diligências face ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o débito, no valor de R\$40.450,87, em razão de:

1 – Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões. Valor de ICMS exigido de R\$36.438,37

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, no montante de R\$12,50, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor.

O contribuinte ingressa com defesa, fls. 231 a 232, e aduz que a sua contabilidade, em confronto com os extratos do Simples Nacional declarados e os levantamentos do autuante, encontrou significativas diferenças, logo houve flagrante equívoco na ação fiscal. Aponta que os valores de vendas declaradas é superior às vendas com cartão, que representam em média 96% do faturamento da empresa, sendo que a diferença encontrada perfaz R\$31.298,59, distribuída nos meses de agosto, setembro e dezembro de 2007 e de fevereiro a abril de 2008. Requer a reformulação da autuação.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 314 a 317, reformula o presente Auto de Infração, que tem seu valor histórico de R\$442.318,98, em função de ter detectado que algumas das informações no aplicativo AUDIG não foram açambarcadas no universo contido no cálculo das omissões do Auto de Infração.

O PAF foi diligenciado à Infaz de origem, para que o autuado fosse cientificado da informação fiscal, fl.389.

O sujeito passivo em revisão do trabalho efetuado pelo auditor, constatou que o mesmo considerou como saídas tributadas o total registrado no livro Registro de Saídas, resumidas no Livro de Apuração do ICMS, valores coincidentes com os que apurou. Ocorre que dentro do total levantado existem códigos de operações não tributáveis, a exemplo dos CFOPs 5.929, 6.929, 5.949 e 6.949, que são excluídos da base de cálculo, por se tratar de operações em que não foram emitidas notas fiscais, e concomitantemente cupons fiscais, excluídos para não gerar bitributação, isso nos CFOPs 5.929 e 5.949 e 6.949, excluídos por se tratarem de operações de outras saídas, como é o caso de remessa para conserto ou troca, muito comum em sua atividade. Requer a revisão e a reformulação dos cálculos apresentados.

O autuante presta nova informação fiscal, fls. 436 a 438, e traz dispositivos da LC nº 123/2006, face às razões apresentadas pelo defendente, com o conceito de receita bruta, para fins de base de cálculo do Simples Nacional, a obrigatoriedade de emissão de documento fiscal, e os livros

obrigatórios para os contribuintes optantes pelo Simples Nacional. Diante das explicações do contribuinte informa:

- 1 – Para as operações citadas pelo contribuinte (remessa e retorno para conserto), não foi citado pelo contribuinte nem registrado em seus controles internos;
- 2 – Ausência de especificações nas operações em que foram aplicados o CFOP 6.949;
- 3 – Não exigiu o livro Registro de Apuração de ICMS por não ser obrigatório para contribuinte do Simples Nacional.

Desta forma, desguarnecida de provas documentais a peça defensiva, reafirma a ação fiscal.

O PAF foi diligenciado à infaz de origem, para que fossem adotadas as seguintes providências, pelo autuante:

1º) Intime o autuado a apresentar levantamento de todas as vendas mensais de mercadorias, segregando, das operações com tributação normal, as receitas relativas às operações com mercadorias sujeitas a substituição tributária ou com fase de tributação encerrada, inclusive as operações subsequentes relativas aos produtos óticos.

2º) Posteriormente, através da documentação fiscal comprobatória, o preposto fiscal homologue os dados do levantamento apresentado pelo contribuinte e com base nos mesmos refaça o levantamento fiscal, relativo às duas infrações, aplicando a proporcionalidade às mercadorias tributadas, para efeito de apuração do ICMS devido.

3º) Também que sejam verificados os argumentos do defendente com relação aos códigos de operações não tributáveis, a exemplo dos CFOPs 5.929, 6.929, 5.949 e 6.949, e, que ocorreram emissões de notas fiscais e cupom fiscal concomitantemente, e de outras operações de saídas, como no caso de remessa para conserto ou troca.

4º) Pede-se que sejam elaborados novos demonstrativos, inclusive o de débito.

Em resposta, fl.473, e após refazer os levantamentos fiscais, tendo acrescentado as vendas mensais de mercadorias com a devida segregação das operações com tributação normal e as receitas das vendas com mercadorias sujeitas à substituição tributária, não houve alterações nos valores exigidos. Os valores exigidos estão explicitados nos anexos, demonstrativos, planilhas e tabelas que se encontram devidamente encartadas ao presente PAF e encartadas em mídia.

Nova diligência foi requerida, fl. 477, e desta feita, à salvaguarda dos princípios da ampla defesa e do contraditório foi pedido:

1 – Que o auditor fiscal autuante se pronuncie sobre os argumentos do defendente com relação aos códigos de operações não tributáveis, a exemplo dos CFOPs 5.929, 6.929, 5.949 e 6.949, e, que ocorreram emissões de notas fiscais e cupom fiscal concomitantemente, e de outras operações de saídas, como no caso de remessa para conserto ou troca.

2 – Pede-se que o autuante elabore novo demonstrativo de débito, com base nos resultados apurados na diligência anterior.

3 – Com o resultado do novo demonstrativo de débito, necessário que a inspetoria fazendária cientifique o contribuinte do seu resultado, fornecendo-lhe cópia (do novo demonstrativo de débito), e inclusive do pedido de diligencia anterior e do seu resultado, documentos de fls. 441, 451 a 473.

4 – Deve ser reaberto o prazo de defesa de 30 (trinta dias), para que o autuado possa se manifestar.

Em 19 de abril de 2013, o autuante informa fls. 491 a 492, e após explanar o conceito de receita bruta, a obrigatoriedade de de missão de documento fiscal, e dos livros obrigatórios para os contribuintes optantes do Simples Nacional. Transcreve os códigos fiscais de operações suscitados pelo contribuinte.

O contribuinte nas fls. 497 a 499, e aduz que em todo o ano de 2008, somente ocorreu devoluções em 07 notas fiscais sob o código 5.949 e 6.949, o que tem pouca representatividade face às

operações normais inerentes à sua atividade. Diz que o autuante não se inteirou sobre o *modus operandi*, pois por ter laboratório próprio produz produtos sob encomenda, lentes aviadas por oftalmologistas, produtos com garantia, sujeitos a recusa ou devolução caso estejam fora de especificações. Por este motivo, emite nota fiscal de venda a consumidor visto que o cupom fiscal é de pouca confiabilidade, em função da volatilidade do papel, que pode apagar as informações.

Juntou cópias de todas as notas fiscais dos códigos CFOPs 5.949, 6.949 e 5.929 e pede que sejam analisados.

Reafirma que as vendas declaradas são superiores às mencionadas nos cartões de crédito, e pede que seja considerado o valor de R\$31.268,59.

VOTO

Saliento que não cabe a esta JJF apreciar questões de inconstitucionalidade de lei ou de atos normativos, a teor da disciplina do art. 167, I do RPAF/99.

Constato que o Auto de Infração atende a todas as formalidades para a sua validade, obedecidos os requisitos constantes no art. 39 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), inclusive quanto ao recebimento do Relatório Diário de Operações TEF, que se encontra nas fls. 58ª 112 e fls. 176 a 225 do PAF.

No mérito, trata-se de Auto de Infração no qual está sendo exigido 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 de 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; a segunda por ter recolhido a menos ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota a menor, tudo conforme demonstrativos de fls. 08 a 20.

A opção pelo Simples Nacional por parte do contribuinte implica na aceitação de um Regime Especial Unificado de Arrecadação, conforme previsto nos artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 123/06, cuja forma de arrecadação é a prevista no seu art. 18 e §§, na qual o pressuposto básico é a “receita bruta”, quer para determinação da alíquota aplicável, como para a determinação da base de cálculo. Assim sendo, o valor do imposto calculado pelo Simples Nacional não perquire cada saída específica, mas um montante que servirá para o cálculo dos diversos tributos e contribuições envolvidos.

Na primeira infração, por se tratar de uma presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, cabe ao sujeito passivo provar a sua improcedência, conforme determina o dispositivo legal citado, no caso com a demonstração de que ofereceu à tributação os valores informados pelas instituições financeira e administradoras de cartões de crédito e/ou débito, por meio de documentos fiscais que comprovem as vendas com pagamento na modalidade em cartão de crédito ou de débito, a exemplo de Redução “Z” ou notas/cupons fiscais que contenham identidades entre os valores e datas informadas no Relatório Diário de Operações TEF. Nesta hipótese restariam comprovadas a tributação dos valores apontados nesta infração, o que não ocorreu em sua inteireza.

Ademais, ressalto que o descumprimento da obrigação acessória implica em descumprimento de obrigação principal, visto que o art. 113, §3º do CTN assevera que: “*A obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária*”.

O autuante na informação fiscal, destacou que o Auto de Infração foi lavrado com base nas informações prestadas pelo autuado, ou seja, redução Z da ECF.. Assim, os valores informados pelo contribuinte são inseridos no Relatório de Omissão Mensal Cartão (TEF), onde é feito o

cruzamento dos valores e a verificação dos registros do contribuinte para constatar se o mesmo, para cada operação efetuada, estava emitindo um documento fiscal do mesmo valor recebido a crédito ou débito das operadoras de cartões de crédito.

Quanto à alegação de bitributação, a Resolução nº 30/2008 do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) especifica os valores da multa, de forma que o quantum aplicado a título de penalidade encontre respaldo normativo, não havendo, portanto, que se falar em bitributação, consoante art. 16, incisos I e II.

Não obstante esse relato do autuante, o PAF foi convertido em diligência, por duas ocasiões, para dirimir as dúvidas levantadas pelo defendente, acerca do valor do imposto indicado nos demonstrativos e no Auto de Infração, sendo que o autuante na realização das duas diligências e após analisar as razões de defesa do contribuinte, clamou pela procedência do Auto de Infração. Ocorre que após refazer os levantamentos fiscais, tendo acrescentado as vendas mensais de mercadorias com a devida segregação das operações com tributação normal e as receitas das vendas com mercadorias sujeitas à substituição tributária, não houve alterações nos valores exigidos. Os valores exigidos estão explicitados nos anexos, demonstrativos, planilhas e tabelas que se encontram devidamente encartadas ao presente PAF e encartadas em mídia, relativos ao exercício de 2008.

Infração procedente.

Quanto à segunda infração, esta decorreu da inclusão das receitas omitidas, detectadas na infração 1, em razão do somatório dos documentos fiscais emitidos pela empresa, acrescidos dos valores omitidos, apurados por meio dos cartões de crédito/débito, detectando-se novas faixas de Receita Bruta Acumulada e percentuais incidentes sobre a Receita Mensal, apurando o ICMS devido e comparando ao recolhido, ocorrido através do DASN, conforme os demonstrativos adrede mencionados, cujas diferenças mensais a recolher foram segregadas em omissão de saídas através de cartão de crédito, multa de 150%, e de recolhimento a menor, com multa de 75%, consoante demonstrado às folhas 324 a 335, o que confirmou os valores originariamente exigidos.

De ofício reenquadro a multa da infração 1 para o percentual de 75%, consoante prevista no art. 35, da LC nº 123/06, art. 44, I e §1º, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07.

Infração procedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **211322.0043/11-5**, lavrado contra **DIAS COMÉRCIO DE PRODUTOS OTICOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$40.450,87**, acrescido das multas de 75% prevista no art. 35, da LC nº 123/06, art. 44, I e, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2013

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR