

**A. I. Nº** - 211329.0047/12-8  
**AUTUADO** - PEIXOTO PEIXOTO COMÉRCIO LTDA.  
**AUTUANTE** - ALEXINALDO DA SILVA LIMA  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 25/09/2013

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0199-04/13**

**EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DE IMPOSTO. 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 com reenquadramento da multa para o percentual de 75% relativa à multa prevista no art. 16, I, da Res. CGSN 30/2008. 2. ERRO NA DETERMINAÇÃO DAS RECEITAS MENSIS E DAS ALÍQUOTAS APLICÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A base de cálculo do lançamento (resultante da soma entre as vendas 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. Infração caracterizada, cobrando-se a diferença do imposto oportunamente recolhido na DASN. 3. LIVRO CAIXA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. Apontamentos apresentados na ação fiscal não representam livro Caixa na forma legal e o sujeito passivo não comprova sua alegação de tê-los devidamente escriturados. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.**

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado no dia 17/12/2012, exige o montante de R\$14.935,75, sob a acusação do cometimento das seguintes infrações:

Infração 1 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, 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: R\$3.206,60. Período: setembro a dezembro de 2008, janeiro 2009 a dezembro 2011. 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 –Deixou de recolher ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, devido por microempresa e empresa de pequeno porte –Simples Nacional. Valor: R\$9.889,15. Período: setembro a dezembro de 2008, janeiro 2009 a dezembro 2011. Multa de 75%,

prevista no art. 35 da LC 123/2006 c/c art. 44, I da Lei Federal 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07.

Infração 3 – Falta de escrituração do livro Caixa do exercício 2008. Multa de R\$460,00.

Infração 4 – Falta de escrituração do livro Caixa do exercício 2009. Multa de R\$460,00.

Infração 5 – Falta de escrituração do livro Caixa do exercício 2010. Multa de R\$460,00.

Infração 6 – Falta de escrituração do livro Caixa do exercício 2011. Multa de R\$460,00.

Às fls. 1611-1614 o autuado impugna o Auto de Infração. Argui preliminar de nulidade por inexistência de prévia intimação para esclarecimento da origem/causa da falta de recolhimento do imposto em face da existência do princípio do contraditório, mesmo na fase que precede a lavratura do Auto de Infração.

Transcreve as infrações e esclarece situações de fato do cotidiano de uma microempresa que vai além da coincidência de valores e datas nas vendas com cartão de crédito e/ou débito imposta por legislação infraconstitucional que não leva em conta o dinamismo empresarial e o tratamento diferenciado e favorecido para a microempresa, tendo que se submeter às exigências dos seus clientes, de modo a permanecer no competitivo mercado, como: 1. Venda em uma data e pagamento com cartão de crédito em outra futura; 2. Agrupamento de pequenas vendas durante o dia e somente no fim do expediente emite única NF.

Alega que esses seriam justificáveis exemplos para que algumas vendas não coincidam com o cartão de crédito, de modo que o bom senso e a justiça fiscal devem prevalecer até porque os valores das vendas registradas nos livros fiscais e contábeis são superiores às vendas informadas pelas administradoras dos cartões. Nesse sentido, faz quadro comparativo para afirmar que não existe diferença motivadora da exigência fiscal. Portanto, alega que tendo agido de boa fé e emitido todas as NFs das vendas, não deve prevalecer a multa de 150% que entende confiscatória, uma vez que, na pior das hipóteses, seria aplicável a multa de 75%, pois não estão presentes e nem provados os requisitos previstos na Lei 4.502/64 (dolo, fraude e conluio).

Com relação à infração 02, diz que não deixou de recolher ICMS, pois no cálculo do Simples Nacional informava a totalidade das vendas, cabendo ao sistema processar a segregação dos valores e tributos. Ressalta que em alguns períodos, a receita acumulada nos últimos 12 meses foram inferiores ao limite de isenção de R\$144.000,00.

As infrações 03 a 06 não devem prosperar, pois afirma ter escriturado regularmente o livro Caixa, cujas cópias diz anexar. Aduz que não os entregou ao autuante na ação fiscal porque verbalmente lhe solicitou prorrogação do prazo de entrega tendo em vista a encadernação dos mesmos, pois o fiscal se recusou a recebê-los sem assinatura e sem encadernação.

Conclui pedindo a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal (fls. 1646-1658), o autuante salienta que o AI tem lastro na OS 509.478/12 onde se especificam os roteiros da fiscalização. O autuado cientificou o Auto de Infração, recebeu cópia dos papéis de trabalho, Relatório TEF inclusive, bem como CD contendo os arquivos magnéticos da fiscalização.

Diz não haver previsão legal para intimação para esclarecimento antes da lavratura do Auto de Infração, não lhe foi comunicado existência de cupom fiscal, tampouco de ECF nas três vezes que esteve no estabelecimento, conforme intimações de fls. 11, 12 e 13.

Informa que os apontamentos que lhe foram apresentados não correspondem aos livros Caixa e não estavam em conformidade com a legislação a respeito, conforme descreveu no campo “Observações” do Termo de Arrecadação de Livros e Documentos de fl. 13. Ademais, observa que embora o autuado isso informe na Defesa, mesmo nessa oportunidade não aportou os Livros Caixa objeto das multas.

Transcreve os arts. 1º, I, 26 da Lei nº 123/2006, 218 e 223 do RICMS/BA e 34 da Lei nº 7.014/96 para dizer que o Simples Nacional, embora seja um regime diferenciado e favorecido de tributação, não aboliu as obrigações acessórias que especifica nem legitima ilícitos tributários em face da dinâmica do mercado.

Se o microempresário realiza lançamentos fictícios em notas fiscais cujos dados não se sustentam em confronto com as informações do Relatório TEF, aqueles foram emitidos de forma incorreta, o que só faz prova em favor da Fazenda Pública, uma vez que a NF deve corresponder à venda e ser emitida no momento da operação, pois conforme art. 13 da Resolução CGSN de 07/02/2008, constitui infração toda ação ou omissão, voluntária ou não, de ME ou EPP, que importe inobservância das normas do Simples Nacional e o art. 40, §2º da Lei nº 7.014/96 reza que a responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente ou beneficiário, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Sobre o argumento defensivo de vendas maior que o valor informado pelas administradoras, diz que o cotejo é feito entre cada documento fiscal e respectiva informação TEF, ou seja, operação a operação de uma mesma grandeza não importando as vendas cujos pagamentos se deram por outros meios. À título de ilustração apresenta planilha do cotejamento com apurações mensais.

Quanto à multa de 150% diz ser a prevista para o caso, conforme art. 16, II, da Res. CGSN 30/2008, c/c arts. 44, §1º, da Lei 9.430/96 e 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64, que transcreve.

Conclui mantendo a autuação.

## VOTO

Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu os ilícitos tributários, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos (que contemplam inclusive os índices de proporcionalidade, consoante informação do próprio sujeito passivo nas DASNs apresentadas, assim como indicou o embasamento jurídico.

Igualmente, não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação.

O procedimento de fiscalização por ser regido pelo princípio inquisitório, em face de sua própria natureza investigativa, não requer a necessária participação do sujeito passivo. Portanto, não há falar em princípio de contraditório e a autuação prescinde de previa intimação para esclarecimentos de eventuais irregularidades tributárias.

A auditoria foi efetuada através da confrontação entre notas fiscais emitidas pelo autuado, Declarações Anuais e Extratos do Simples Nacional, dados constantes dos sistemas de controle fiscal da Secretaria da Fazenda X informações das administradoras de cartões, que encontram respaldo no art. 4º, § 4º, VI da Lei nº 7.014/96, e com a devida segregação de receitas na forma indicada pelo próprio contribuinte (declarações de fls. 43-90), conforme demonstrativos de fls. 14-41.

(...)

*§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:*

(...)

*VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:*

*a) instituições financeiras;*

*b) administradoras de cartões de crédito ou débito;*

(...)

Desse modo, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada.

No mérito, o defendente cingiu-se a afirmar que suas vendas foram em maior valor que o informado pelas administradoras de cartões e que há circunstâncias mercadológicas que implicam em não coincidência dos documentos fiscais com os respectivos pagamentos via cartões de crédito e/ou débito.

Como acima já visto, para o caso, a auditoria se processa confrontando mesmas grandezas, operação por operação, qual seja, comparativo entre cada documento fiscal X informação das autorizações de pagamento pelas administradoras de cartões, de forma individualizada. Portanto, ter receita geral maior que o valor informado pelas administradoras não serve para elidir omissão de receita apurada dessa forma e que deve ser agregada à receita geral oferecida à tributação pelo contribuinte no Simples Nacional para efeito de recálculo em novo PGDAS, de forma oficiosa, pelo Fisco. Quanto à segunda alegação defensiva de contingências mercadológicas, o processo de adaptação deve ser do contribuinte à legislação tributária e não o inverso, isso para que o Fisco tenha plena possibilidade de exercer sua função institucional, qual seja a homologação precisa do correto cumprimento das obrigações tributárias pelo contribuinte.

Com efeito, a base de tributação (resultante da soma entre as vendas designadas nos documentos fiscais e as diferenças encontradas na auditoria de cartões) foi submetida às alíquotas constantes do Anexo I da Lei Complementar nº 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, nos termos das planilhas de fls. 14 a 41. Tais diferenças, determinadas mensalmente, foram desmembradas por infração, como demonstram os relatórios de fls. 20, 27, 34, e 41 (colunas “*ICMS CARTÃO (150%)*” (infração 1) e “*OMISSÃO DE RECOLHIMENTO / RECOLHIMENTO A MENOR (75%)*” (infração 2)).

O mencionado equívoco na aplicação de alíquotas decorre do uso de percentuais menores do que aqueles especificados no Anexo I da LC 123/2006.

De acordo com o art. 18 desta Lei Complementar, a apuração é feita com base na receita auferida mensalmente, incidindo sobre a mesma, os percentuais do Anexo I e, em havendo, abatendo-se os valores recolhidos, consoante planilhas demonstrativos já citados, e utilizados os percentuais referentes à parcela do ICMS na cesta dos tributos que compõem o Simples Nacional.

A primeira infração decorre da presunção encartada no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, acima transcrito. A única forma de elidi-la seria apresentar documentos fiscais que guardassem correspondência de valores e datas com os registros constantes do Relatório Diário de Operações TEF, entregue ao autuado (fl. 1.608), o que não fez.

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.

Infrações 1 e 2, procedentes.

Como também bem detalhado na informação fiscal e Termo de Arrecadação de Livros e Documentos de fl. 13, dúvida não há sobre o cometimento das demais infrações correspondentes à falta de escrituração do Livro Caixa a que está obrigado o sujeito passivo, cometimento este que, inclusive, resta atestado pelo próprio Impugnante que embora dizendo na Defesa que o faria, não aportou cópia dos livros aos autos.

Infrações 3 a 6, caracterizadas.

Quanto à multa proposta para a infração 1, por não haver sido provado sonegação, fraude ou conluio como reza o dispositivo em que foi enquadrada a infração 01, acolho o correto

argumento defensivo para de ofício reenquadrá-la no percentual de 75%, relativa à multa prevista no art. 16, I, da Res. CGSN 30/2008.

Ante o exposto, 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 **211329.0047/12-8**, lavrado contra **PEIXOTO PEIXOTO COMÉRCIO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.095,75**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da LC 123/2006 c/c art. 44, I e da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória de **R\$1.840,00**, prevista no inciso XV, “a”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

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

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

VALTERCIO SERPA JUNIOR – JULGADOR