

**A. I. Nº** - 210621.0041/12-5  
**AUTUADO** - ELISETE APARECIDA DA SILVA OLIVEIRA  
**AUTUANTE** - VALDECLIDES DE ASSIS FERREIRA  
**ORIGEM** - INFRAZ VAREJO  
**INTERNET** - 01. 11 .2013

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0244-01/13**

**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. Comprovada a omissão da receita, cujo imposto foi exigido mediante o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições – SIMPLES NACIONAL; **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Provado erro na informação da receita e alíquota aplicada a menor. Exigências subsistentes. Rejeitado o pedido de nulidade. Modificado o percentual da multa aplicado na infração 01, que passa para 75% (art. 44, I, Lei 9.430/96), pois não estamos diante de fato que atraia a aplicação da multa qualificada de 150% (art. 44, §1º da Lei nº 9.430/96). Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 17/12/2012, exige ICMS não recolhido, no valor de R\$ 16.776,66, em face à apuração das infrações abaixo consignadas:

1 - Omissão de saída de mercadorias tributadas, presumida por meio de apuração através de levantamento de vendas com pagamentos através de cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora dos cartões. Períodos: abril, julho/dezembro 2008; janeiro/maio; julho/dezembro 2009; janeiro/dezembro 2010 e janeiro/fevereiro 2011. Valor R\$ 12.926,94. Multa de 150%.

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. Períodos: julho, dezembro 2008; janeiro/fevereiro, abril/dezembro 2009; janeiro/dezembro 2010; janeiro/outubro 2011. Valor R\$ 3.849,72. Multa de 75%.

O autuado apresenta impugnação, fl. 442/461, argüi a sua tempestividade, descreve os fatos e fundamentos jurídicos e as infrações. Argumenta que não existe infração e apresenta situações que podem ter levado a fiscalização imaginar a omissão de saídas pela falta de correlação entre o valor da nota e o valor do “ORPAG”. Descreve algumas:

- a) Situação em que o consumidor quer pagar sua compra parte em cartão e parte em dinheiro com a emissão da nota fiscal no valor total das mercadorias;
- b) Situação em que o consumidor quer pagar o total da compra em diversos cartões. Diz que nesse caso, há divergência entre o valor informado pelas operadoras de cartões e o valor da nota fiscal emitida;
- c) Situação em que dois consumidores façam compras no mesmo cartão. Nesse caso, são emitidas mais de uma nota fiscal para um mesmo cartão. Explica que esse evento é

muito comum, quando amigos ou parentes fazem compras individuais, mas decidem, por falta de dinheiro ou limite de seu cartão, utilizar o mesmo cartão.

Afirma que elaborou planilha e por ela pode ser visualizado que não houve omissão de saída. Requer diligência para realização de perícia com vista às tais verificações. Observa que a partir de 2011 não houve mais inconsistências, justamente a partir de quando a empresa iniciou a utilização do Emissor de Cupom Fiscal, equipamento que dá opção de no mesmo cupom fiscal lançar as vendas em cartão e as vendas com dinheiro.

Diz ainda que o faturamento informado pela empresa supera em muito o valor da venda em cartão, elidindo alegações de dolo ou fraude. Por isso não deve prosperar o auto de infração. Aduzindo que a empresa omitiu saídas, concluiu a autoridade fiscal que houve falta de recolhimento de ICMS fruto da elevação de alíquotas do Simples Nacional, em face os novos lançamento dos valores supostamente omitidos, infração que também não deve prosperar.

Alega a falta de proporcionalidade das multas aplicadas, além de seu caráter de confisco. Aduz que a multa de 150% somente deve ser aplicada, na existência de sonegação, omissão doloso, do que não se trata o presente caso. Transcreve a legislação de regência, a doutrina de Luciano Amaro, Helenilson Cunha Pontes, Edmar Andrade Filho; a jurisprudência administrativa (Recurso Voluntário nº 131215), concluindo que, caso não prosperem os argumentos de mérito, deve se aplicado o disposto no art. 44, inciso I, da Lei 9.430/96.

Transcreve diversas decisões dos tribunais administrativos, súmula do Conselho de Contribuintes da União, aduzindo que multas nos percentuais de 60% a 150% ferem de morte o conceito de proporcionalidade ou razoabilidade, observando a ADIN 2010-2 que questionou a elevação de 25% da alíquota providenciaria dos servidores públicos e a posição do STF no reconhecimento da auto-aplicabilidade do princípio da vedação do confisco (art. 150, IV, CF 88).

Acosta aos autos planilha exemplificativa demonstrando a correlação entre os pagamentos com cartões e as notas fiscais, chamando a atenção para os pagamentos parte em dinheiro e parte em cartão de crédito ou débito.

Requer prazo para juntar arquivo confrontando a planilha da autoridade fiscal que teve como base os relatórios enviados pelas administradoras de cartões; juntada de novos documentos; realização de diligências, ressaltando que após o ECF não mais ocorreram as divergências. Pede a improcedência do auto de infração ou a redução da multa.

Apresenta o autuado um adendo à sua defesa, fl. 481/486, juntando planilhas que demonstram os equívocos no demonstrativo fiscal, apurando valores menores no total de vendas através cartões, argüindo que o autuante não levou em consideração as compras realizadas em cartão e dinheiro, o que invalida o auto de infração.

Pede a improcedência dos autos e que seja refeita a apuração com a utilização dos dados da aludida planilha; redução da multa e juntada posterior de documentos.

A Agente de Tributos Estaduais presta Informação Fiscal, fls. 489/491, aduzindo que o sistema de auditoria digital – AUDIG faz o cruzamento das notas fiscais emitidas com informações das vendas disponibilizadas pelas administradoras de cartões, que devem ter correspondência entre o valor da nota e o valor do TEF. Quando isso não ocorre a divergência é considerada omissão.

Salienta que o relatório anexado pelo autuado, fls. 472/476, trata dos mesmos demonstrativos gerados pelo AUDIG, cuja cópia foi entregue ao contribuinte, conforme CD, fl. 435. Diz que as divergências se referem às vendas com cartões, para as quais não foram apresentadas notas fiscais no mesmo valor. Explica que no relatório do autuado, fls. 481/485, o total das vendas apuradas se refere aos valores mensais informados pelas administradoras de cartões. Conclui pela procedência do auto de infração.

Em nova manifestação, fl. 510, o autuado reitera a juntada posterior de documentos, pede que seja diferida a realização de diligência fiscal.

## **VOTO**

Lavrado o presente Auto de Infração para constituir crédito tributário em favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia, tendo em vista o recolhimento a menos do ICMS de empresa inscrita no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, no valor R\$ 3.849,72, em decorrência da constatação, na primeira infração, da 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, no valor de R\$ 12.926,94, tudo em conformidade com os demonstrativos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal.

O pedido de realização de diligência fica indeferido, em face ao disposto no art. 147, I, RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e ainda porque diligência fiscal não se presta a trazer provas aos autos, competência do sujeito passivo e do Fisco. Quanto aos aspectos constitucionais da desproporcionalidade e de confisco no percentual da multa aplicada, farei a sua abordagem ao final desse voto.

No mérito, as razões de defesa, buscam fundamento nas situações práticas em que o consumidor paga parcela de sua compra com a utilização de cartão e parte em dinheiro, em diversos cartões ou vários cartões, quando pagam a mesma compra.

A infração cometida tem enquadramento 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 comprovada 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 o entendimento fiscal.

Pela análise dos termos e peças constantes no processo administrativo fiscal – PAF, verifico que na apuração das divergências entre os valores das operações declarados pelo contribuinte e aqueles informados pelas administradoras dos cartões de crédito e débito, conforme constam no TEF de operações diários, o preposto do Fisco descreveu tais operações, segregou os valores das receitas com os sem substituição tributária, considerando que para a apuração do valor mensal devido por optantes pelo Simples Nacional, as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas à substituição tributária devem ser consideradas destacadamente para fins de pagamento (art. 18, § 4º, IV da LC 123/06). Identificou as alíquotas de ICMS aplicáveis, calculou o valor devido e subtraiu dos valores de ICMS efetivamente recolhidos e apurou o valor do imposto exigido na inicial dos autos. Procedimento similar foi observado para todo o período do levantamento, conforme demonstrativos de fls. 15/42.

Cópia do relatório de Transferência Eletrônica de Fundos - TEF de operações diárias foi entregue ao contribuinte autuado, conforme o recibo, fl. 436, possibilitando o conhecimento de cada operação apontada pelas empresas administradoras dos cartões de crédito e de débito, oferecendo elementos para que pudesse comprovar o pagamento do ICMS relativo às tais operações. Mesmo, na segunda intervenção do autuado, na elaboração de planilhas visando justificar as divergências encontradas, fls. 481/486, não cuidou de acostar as provas de suas alegações, de quaisquer documentos emitidos vinculados aos cartões.

Os argumentos manejados pelo sujeito passivo não se sustentam, tendo em vista que o confronto das receitas que sustentam à aludida presunção (art. 4º, §4º, VI, “b” da Lei nº 7.014/96), deve ser feito entre os valores das operações informados por administradoras de cartões de crédito ou débito e as operações declaradas pelo contribuinte com valores da mesma natureza e forma de pagamento através dos cartões de crédito e débito. O preposto fiscal acabou por ainda entender que as vendas

do contribuinte autuado, suportadas por nota fiscal de venda a consumidor, fls. 44/330, ocorressem como vendas através de cartões, considerando-as, assim, no demonstrativo fiscal, não obstante a ausência dos comprovantes, nesse sentido.

Posto isso, caracterizada a exigência contida na infração 01, no valor de R\$ 12.926,94, restando provadas, a partir do exame dos demonstrativos e documentos anexados, fls. 15/42, as divergências entre os valores informados pelas administradoras dos cartões de crédito e débito, conforme constam no TEF de operações diárias, entregues ao autuado para efeito de conferência e fundamento da defesa e aqueles valores declarados pelo contribuinte.

Em decorrência da omissão de receita detectada na infração 01, o autuado, igualmente, declarou a menor o valor devido mensalmente, na qualidade de empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, nos termos do artigo 18 da Lei Complementar nº 123, que instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL. Resta também caracterizada a infração 02, no valor de R\$ 3.849,72

Com relação à falta de proporcionalidade e o caráter confiscatório da multa argüidos pelo autuado, destaco, antes, que a regra estabelecida pelo art. 167, I do RPAF/99 retira do órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de Lei, decreto ou ato normativo.

No caso concreto, no entanto, o direito assiste ao autuado acerca do percentual de multa consignado na infração 01, tendo em vista que a penalidade de 150%, prevista no art. 44, I e §1º da Lei nº 9.430/96, não está corretamente aplicada. O percentual da multa, no caso em concreto, será de 75%. Deverá ser duplicado, diante da existência de dolo, fraude ou conluio, figuras que não se presumem, conforme estabelece o art. 71 da Lei 4.502/64. Portanto, o percentual corretamente aplicado passa para 75% (art. 44, I, Lei 9.430/96), pois não estamos diante de fato que atraia a aplicação da multa qualificada de 150% (art. 44, §1º da Lei nº 9.430/96).

Ante o exposto, PROCEDENTE é o presente Auto de Infração com modificação da multa aplicada na infração 01 para 75%.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 210621.0041/12-5**, lavrado contra **ELISETE APARECIDA DA SILVA OLIVEIRA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 16.776,66**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da LC nº 123/06, c/c o art. 44, I e § 1º da Lei nº 9.430/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de outubro de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR