

A. I. Nº - 210621.0040/12-9
AUTUADO - KIKA CONVENIÊNCIA COMÉRCIO LTDA
AUTUANTE - VALDECLIDES DE ASSIS FERREIRA
ORIGEM - INFAZ VAREJO – DAT METRO
INTERNET - 22.11.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº .0263-04/13

EMENTA: ICMS. 1. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCEIRAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Refeitos os cálculos para adequar a exigência fiscal proporcionalmente às operações tributáveis através do regime normal de apuração. Reduzido o débito. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES. IMPACTO DA PRESUNÇÃO DE SAÍDAS NÃO TRIBUTADAS NO ICMS A RECOLHER. O imposto a recolher sofre acréscimos em decorrência da inclusão, no faturamento, dos novos valores de saída apurados. Refeitos os cálculos para adequar a exigência fiscal proporcionalmente às operações tributáveis. Reduzido o débito. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 17/12/2012, exige crédito de ICMS no valor de R\$44.168,99 em decorrência das seguintes infrações.

INFRAÇÃO 01. 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.

INFRAÇÃO 02. 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, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor

Constam dos autos: TERMO DE INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS (folha 11); TERMO DE ARRECAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS (folha 12); RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS / CUPONS FISCAIS (folhas 18 a 47); DECLARAÇÃO DA KIKA CONVENIÊNCIA COMÉRCIO LTDA (folha 48); LISTA DOS DOCUMENTOS FISCAIS EMITIDOS (folhas 49 a 110); ANEXO 1 – APURAÇÃO DAS DIVERGÊNCIAS (folhas 111 e 132); ANEXO 2 – CÁLCULO DA RECEITA APURADA (folhas 133 e 136); ANEXO 3 – ANÁLISE ICMS DO SIMPLES NACIONAL A RECLAMAR (folhas 137 e 138); Formulários “Extrato do Simples Nacional” (folhas 139 e 236); INTIMAÇÃO PARA PAGAMENTO DO DÉBITO OU APRESENTAÇÃO DE DEFESA, enviado mediante AR (folhas 245

e 246); Impugnação (folhas 248 a 272); informação fiscal (folhas 276 a 481); TERMO DE INTIMAÇÃO PARA MANIFESTAÇÃO ACERCA DA INFORMAÇÃO FISCAL, publicada no DOE de 01/08/2013 (folha 493).

A autuada apresenta impugnação (folhas 248 a 272), na qual se insurge contra o lançamento efetuado pela fiscalização, apresentando as razões a seguir descritas.

Em sede de preliminar, suscita a nulidade do auto, posto que a autuação fora lavrada em 17/12/2012, porém somente sendo intimada em 18/03/2013, via correspondência registrada recebida em 28/03/2013, ou seja, decorridos 3 meses e meio da lavratura, implicando em vencimento dos termos necessários à sustentação da ação fiscal.

Afirma que, quando da recepção da intimação datada de 18/03/2013, recebida em 28/03/2013, constando o Auto de Infração e seus demonstrativos, não recebeu qualquer demonstrativo emitido pelas Administradoras de Cartão de Débito/Crédito, para que fosse confrontado com seu faturamento mensal, sendo que, em todo o período da suposta omissão de saída “tributadas” o faturamento da empresa foi superior ao informado na planilha constante da Infração 01 – 17.03.02, fato que poderá ser verificado através dos extratos obtidos junto ao site da Receita Federal/Simples Nacional (Anexo I) onde constam os faturamentos da empresa no período de 01/2008 a 12/2011.

Informa que a empresa é uma barraca de praia, atuando no ramo de atividade “bar e restaurante”, comercializando a maior parte das mercadorias encontradas sob o regime de substituição tributária, a exemplo de cervejas, refrigerantes, água mineral e outros. No caso em apreço, essa realidade ratifica que a autuação não revela a motivação da omissão no levantamento de tais vendas, que representam quase 60% do total das saídas, o que deve repercutir, em igual percentual, na apuração da base de cálculo.

Apesar de não concordar com a suposta omissão de saídas, alega que o autuante não aplicou a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007, não apresentando justificativas para tal omissão, o que poderia ser verificado através das compras da impugnante. A legislação que regula a espécie determina que, em casos análogos, a fiscalização deve observar se o contribuinte vende mercadorias isentas, não tributadas ou com o ICMS recolhido por substituição tributária, fazendo incidir o imposto somente sobre aquelas regidas pelo regime normal de tributação.

No mérito, relativamente à infração 01, alega que não está claro, no método utilizado, se a base de cálculo constante da planilha ali inserida só coteja a diferença supostamente encontrada ou a soma da receita declarada com a “suposta diferença”.

Alega que a Lei 7.014/96, de forma absurda, elege as “informações prestadas por terceiros” ao condão de suporte para cobrança do imposto, contra aqueles que não são responsáveis pelas mesmas informações. As administradoras de cartões, que comete muitos erros, sendo responsável por fornecer ao Fisco os totais das vendas de milhares de contribuintes, sem que os mesmos tenham qualquer ingerência nas informações passadas, como sendo “verdade absoluta”.

Continua afirmando que os contribuintes, por seu turno, não possuem condições de, em não concordando com os totais informados, fazer a “prova negativa”, sendo obrigação das administradoras, assim, comprovar através de documentos que os valores informados se reportam efetivamente a vendas realizadas por determinado credenciado. Não o fazendo, como acontece no presente caso, já que não existe na Intimação recebida já citada qualquer documento que comprove que os valores informados foram realmente faturados pela Autuada (cópias dos boletos dos cartões etc.), torna-se inteiramente insegura a apuração da infração e a determinação da base de cálculo, gerando, inclusive, cerceamento do direito de defesa, o que impõe vícios insanáveis ao procedimento e, por via conexa, implica na nulidade do lançamento, conforme art. 18, incisos II e IV, “a”, do RPAF.

Conclui asseverando que, os valores informados pelas administradoras, assim, ainda que houvesse prova material da regularidade, estariam englobados totalmente nas vendas declaradas e sobre as quais incidiu a tributação.

Com relação à Infração 02, afirma não poder concordar pelo que segue:

a) Não fica claro se fora oferecido a tributação receita a menor ou se a aplicação da alíquota do Simples Nacional está incorreta;

b) A receita informada pelo autuante é a mesma informada pela empresa (Anexo I), para a aplicação das alíquotas cortejadas na Tabela de Alíquotas e Partilha do Simples Nacional – Comércio, constante do Anexo I da Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006, (Anexo II), podendo ser verificada através da Declaração Anual do Simples Nacional – DASN, onde a definição das alíquotas mensais é feita com base na receita bruta acumulada dos últimos 12 meses.

Ante o exposto, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e revisão, por fiscal estranho ao feito, objetivando confrontar e comprovar as vendas realizadas através de cartões e acobertadas por notas fiscais, pede pela nulidade e improcedência do referido auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal às folhas 276 a 481, aduzindo o que segue.

Quanto à preliminar de nulidade do Auto de Infração alegada pela autuada, afirma que não há qualquer procedência, tendo em vista que o lançamento obedeceu à Legislação Tributária Baiana, inclusive todos os requisitos e formalidades previstas no RPAF/BA (decreto 7.629/99), estando, portanto o procedimento e a autuação fiscal dentro de absoluta legalidade. O auto de Infração atendeu a todas as formalidades para a sua validade, inexistindo qualquer hipótese que leve à nulidade do mesmo. Alega que não houve qualquer óbice ao exercício de direito de defesa, tendo o autuado, inclusive apresentado as suas alegações defensivas.

Salienta que, após verificações fiscais e o confronto entre dados do autuado (valores das receitas, ICMS mensais, inclusive os declarados em extratos mensais de PGDAS, vendas diárias representadas pelas Notas Fiscais emitidas e as informações das vendas prestadas pelas administradoras de cartões de Crédito/Débito- TEF), constataram-se os valores de ICMS, constantes nas Infrações 01 e 02 do Auto de Infração, conforme relatórios de AUDIG às folhas 111 a 138.

Ressalta, também, que as informações prestadas pelas Administradoras de Cartões, que subsidiaram a autuação fiscal registraram com precisão todas as vendas do autuado em seus respectivos cartões de crédito e ou débito no período fiscalizado. Em nenhum momento houve cerceamento do amplo direito de defesa do autuado, uma vez que os relatórios do AUDIG-Sistema de Auditoria Digital, que inclui entre outras informações, as operações com o TEF por operação, dos períodos fiscalizados (2008 a 2011), assim como os TEF diários, foram gravados em mídia eletrônica e entregues ao autuado através de seu procurador e representante legal, Sr. Josevaldo Lima Santos (fls. 15, 16 e 17), conforme recibos anexos às folhas 48 e 238.

Afirma que, igualmente, não assiste razão ao autuado, quando informa que o seu faturamento em todos os meses é superior ao informado nas planilhas, uma vez que a infração 01 trata de 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 de crédito e débito e, o faturamento informado pelo autuado não se refere apenas às vendas com cartão e sim a outras formas de pagamento também.

Afirma, concordar com a autuada quando esta pleiteia que se aplique a proporcionalidade para os produtos sujeitos ao regime de substituição tributária no período fiscalizado. Como o faturamento de mercadorias com substituição tributária não foi informado no PGDAS enviado à Receita Federal (fls 139 a 236), a autuada foi intimada para apresentar os documentos fiscais do

período fiscalizado. Após verificação fiscal, inclusive, entrada de mercadorias disponibilizadas no sistema Sintegra, foi concedida a proporcionalidade tributária aludida pelo autuado, tendo em vista que o mesmo comercializa entre outras, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Assim, com o lançamento de entradas (compras), realizadas nos períodos de 2008 a 2011, foram emitidos novos relatórios pelo sistema AUDIG (fls. 282 a 309), alterando-se, desta forma, os valores constantes da Infração 01 e da Infração 02. Junta a autuante, também, planilhas às folhas 310 a 312.

Quanto às alegações trazidas pela autuada em seus itens de nº 04 e 07 da sua defesa, afirma serem totalmente improcedentes, uma vez que os relatórios inicialmente emitidos pelo sistema AUDIG, às folhas 111 a 138, assim como os novos relatórios às folhas 282 a 309, que sustentam a autuação fiscal, demonstram e explicam com clareza os valores dos ICMS apurados e exigidos nas infrações 01 e 02.

Ante o exposto, requer o encaminhamento da presente Informação Fiscal ao CONSEF para apreciação e deliberação, pugnando pela Procedência Parcial do Auto de Infração lavrado, tendo com valor histórico da Infração 01 o montante de R\$7.103,70, conforme discriminado na coluna “N” do Anexo 3 dos relatórios AUDIG de cada período fiscalizado e, o valor histórico da Infração 02, o montante de R\$10.316,97, conforme discriminado na coluna “P” do Anexo 3 dos relatórios do AUDIG de cada exercício fiscalizado.

Intimada a se manifestar acerca dos novos valores resultantes do refazimento do lançamento, a autuada não se manifestou, conforme se encontra certificado à folha 494 do presente processo.

VOTO

Preliminarmente, quanto ao longo prazo existente entre a lavratura do auto e a subsequente intimação, não vislumbro quaisquer prejuízos à defesa, uma vez que o prazo legal de 30 dias para apresentação da impugnação somente começa a contar a partir do dia seguinte à ciência do autuado, nos termos do art. 123 do RPAF. Ademais, foi a própria autuada que deu ensejo a esse retardo, na medida em que se recusou a assinar o AI e mudou-se sem que tivesse procedido à atualização de seus dados cadastrais. O que levou à necessidade de intimar a pessoa de sua sócia, conforme folha 245.

Quanto ao cerceamento do direito de defesa pelo não recebimento de qualquer demonstrativo da administradora de cartão de crédito, tais alegações conflitam com as provas acostadas ao presente PAF, pela autuante, pois os documentos às folhas 48 e 238 revelam que foram fornecidos documentos e relatórios contendo os dados citados

Ainda em sede de preliminar, constato que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, sendo o imposto, a multa e sua base de cálculo apurados em conformidade com os novos demonstrativos elaborados (folhas 282 a 312), bem como com os novos documentos acostados aos autos (folhas 313 a 379), com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da indicação dos dispositivos da legislação infringidos.

Assim, afasto as preliminares de nulidade suscitadas.

No mérito, quanto à infração 01, três foram os aspectos contraditados pela impugnante, quais sejam, a falta de utilização da proporcionalidade para apuração da base de cálculo do imposto relativo às omissões de saída; a falta de lastro probatório para sustentação dos valores informados pela administradora de cartão de crédito, os quais serviram de ponto de partida para o cálculo do ICMS devido; e, por último, a alegação de que os valores informados já se encontram contemplados no faturamento da impugnante.

Pois bem, quanto à alegação da proporcionalidade, o autuante reconheceu a pertinência da alegação, tendo refeito os demonstrativos com a exclusão daqueles valores atinentes às operações de substituição tributária, apurados proporcionalmente. Tal refazimento deu origem aos novos demonstrativos às folhas 282 a 312. Instada a se manifestar a respeito, a autuada nada opôs. Sendo assim, concluo que não mais questão controvertida particularmente em relação à proporcionalidade.

Quanto à alegação de falta de lastro probatório às informações oriundas das administradoras, é forçoso reconhecer que tal afirmação não condiz com a realidade das provas uma vez que os relatórios do AUDIG- Sistema de Auditoria Digital e os relatórios TEF diários, foram entregues ao autuado através de seu procurador e representante legal, Sr. Josevaldo Lima Santos (fls. 15, 16 e 17), conforme atestam recibos anexos às folhas 48 e 238.

Finalmente, quanto à alegação de que os valores apurados já haviam sido contemplados no faturamento da empresa, incorre em equívoco a autuada ao comparar o seu faturamento total com os valores informados pela administradora de cartão de crédito, uma vez que a omissão de saída de mercadoria tributada foi apurada somente dentre as operações de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, enquanto que o faturamento informado pelo autuado não se refere apenas às vendas com cartão e sim a outras formas de pagamento também.

Assim, entendo que deve ser julgado procedente em parte a infração 01, devendo ser reduzidos os valores originalmente lançados, de R\$30.255,10 para R\$7.103,70, em conformidade com o demonstrativo anexado à folha 310.

Quanto à infração 02, constato que a sua configuração guarda uma relação de dependência com a infração anterior, pois a parcela de receita omitida (e devidamente evidenciada quando dos debates atinentes à infração 01) repercute na apuração dos valores a recolher desta segunda modalidade de ilícito, já que a depender da representatividade de tais quantias, a alíquota aplicável pode vir a sofrer alteração, a exemplo do que já demonstrara o autuante, às folhas 111 a 123.

Por isso, o refazimento dos cálculos, de forma a contemplar a proporcionalidade da base de cálculo, leva, igualmente, à redução dos valores devidos relativamente à infração 02, conforme reconheceu o próprio autuante em sua manifestação já citada páginas atrás.

Em função disso, julgo procedente em parte a infração 02, devendo ser reduzidos os valores originalmente lançados, de R\$13.913,89 para R\$10.316,97, em conformidade com o demonstrativo anexado às folhas 311 e 312.

Na infração 01 deste Auto, noto que foi aplicada a multa de 150%.

Quanto aos aspectos de fato, cabe ao contribuinte impugná-los, se assim quiser. Porém o direito não precisa necessariamente ser alegado, na medida em que o julgador tem o dever de conhecê-lo. Nesse sentido, é possível afirmar que a norma jurídica incide independentemente da vontade das partes, mesmo que não venha a ser invocada. E sendo o lançamento um ato vinculado, compete ao órgão julgador zelar pela fiel observância da lei. Embora o autuado não questione o percentual da multa, é dever do julgador zelar pela fiel aplicação do direito

Na tipificação da multa relativa à infração 01, 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 maquinacões 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 atribuído ao contribuinte 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 apuração através de Notas Fiscais de entrada em confronto com a escrituração do Registro de Entradas, 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.

Com tal fundamento, reduzo, de ofício, a multa proposta para a infração 01, corrigindo o seu percentual de 150% para 75%, conforme prevê o art. 44, I, da Lei federal nº 9.430/96.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente auto de infração, conforme o demonstrativo a seguir:

INFRAÇÃO	RESULTADO	V. LANÇADO	V. JULGADO	MULTA
01	PARC. PROCEDENTE	R\$ 30.255,10	R\$ 7.103,70	75%
02	PARC. PROCEDENTE	R\$ 13.913,89	R\$ 10.316,97	75%
TOTAL		R\$ 44.168,99	R\$ 17.420,67	

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 **210621.0040/12-9**, lavrado contra **KIKA CONVENIÊNCIA COMÉRCIO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$17.420,67**, acrescido da multa de 75%, prevista no art.35 da Lei Complementar 123/06; Art. 44, I da Lei Federal nº9.430/96; de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 711.488 de 15/06/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO – JULGADOR