

PROCESSO - A. I. N° 210390.0051/13-4
RECORRENTE - MOEMA DE OLIVEIRA ALVES DIAS (RESTAURANTE D MEG) - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF n° 0108-03/14
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 10.12.2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0364-12/14

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. 2. SIMPLES NACIONAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLIMENTO EFETUADO A MENOS. Infração comprovada, de acordo com o demonstrativo elaborado pelo autuante. Infrações subsistentes. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Retificada a multa da infração 01. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 3ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 14/05/2014 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 18/03/2013, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 38.662,52 (tinta e oito mil seiscentos e sessenta e dois reais e cinquenta e dois centavos) em decorrência do cometimento de 02 (duas) infrações.

Infração 01. – Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos meses de abril a julho, setembro, outubro a dezembro de 2008; janeiro de 2009 a dezembro de 2010; janeiro a agosto e novembro de 2011. Valor do débito: R\$26.805,60. Multa de 150%;

Infração 02. – Recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menos, nos meses de março, abril e setembro de 2008; janeiro de 2009 a dezembro de 2010; janeiro a julho, novembro e dezembro de 2011. Valor do débito: R\$11.856,92. Multa de 75%.

O autuado apresentou impugnação ao Auto de Infração (fls.89/96), alegando que não deixou de recolher o imposto devido sobre a venda de mercadorias, que ocorreu apenas um erro operacional, o qual não tem o condão de gerar a cobrança do imposto em duplicidade. Isto porque, no momento do lançamento das operações seus funcionários declararam como venda à vista o que seria venda à cartão. Requeru ainda diligência a auditor estranho ao feito.

A autuante se manifestou na sua informação fiscal (fls.174/175), em que manteve o Auto de Infração em seu inteiro teor.

Em seguida, a 3ª JJF converteu o PAF em diligência à Infaz de origem (fls.178/179).

Às fls. 178/179 a 3ª JJF encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem para as seguintes providências:

1. A Autuante juntar aos autos o Relatório de Informações Diárias e por Operações – TEF,

referente aos exercícios fiscalizados.

2. A Repartição Fiscal intimar o autuado e fornecer, mediante recibo, os mencionados Relatórios de Informações TEF – Diários, com a indicação do prazo de 30 (trinta) dias para se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.
3. Posteriormente, o PAF ser remetido para a autuante, solicitar ao contribuinte a apresentação dos boletos e respectivos documentos fiscais originais, e fazer o confronto com os demonstrativos que devem ser apresentados pelo defendant, excluindo do levantamento fiscal os valores efetivamente comprovados, aplicando também, a determinação contida na Instrução Normativa 56/2007.
4. Considerando a alegação do autuado de que em muitas vendas efetuadas com pagamento por meio de cartão de crédito/débito, por mero erro de digitação, ao invés de registrá-las como vendas com cartão de débito/crédito, vinha registrando como dinheiro, foi solicitado para ser verificada a efetiva existência de documentação fiscal correspondente à venda efetuada com cartão de crédito ou de débito, tomando como referências as datas e valores iguais.
5. Considerando, ainda, que nas notas fiscais não há campo específico para indicar a forma de pagamento, foi solicitado que fossem considerados os documentos apresentados pelo defendant, correspondentes às vendas efetuadas com cartão de crédito ou de débito, de acordo com as datas e valores.
6. Se efetuados novos cálculos, que a Repartição Fiscal intimasse o autuado, fornecendo-lhe no ato da intimação cópia da nova informação fiscal e dos demonstrativos que fossem elaborados pelo autuante, com a indicação do prazo de dez dias para o defendant se manifestar, querendo

Em atendimento ao solicitado, a autuante informou à fl. 2163 que foram acostados aos autos os Relatórios de Informações Diárias e por Operações – TEF do período fiscalizado, destacando que também já foram anexados em mídia à fl. 85 do PAF.

Conforme Recibos de Arquivos Eletrônicos às fls. 2166/2167, assinado por preposto do autuado, foram fornecidos ao defendant os arquivos Audig, proporcionalidade e os Relatórios TEF relativos aos exercícios de 2008 a 2011, constando à fl. 2165, intimação endereçada ao escritório do advogado do autuado, consignando a entrega de cópias do encaminhamento da diligência e envelope contendo CD com arquivos eletrônicos referentes ao presente Auto de Infração.

Na mencionada intimação foi solicitado ao contribuinte a apresentação de demonstrativo dos boletos emitidos pelas vendas realizadas com cartões de débito/crédito e respectivos documentos fiscais, para possibilitar a exclusão, no levantamento fiscal, dos valores efetivamente comprovados, além de demonstrativo da proporcionalidade das entradas e saídas de mercadorias tributáveis, isentas ou não tributáveis e mercadorias sujeitas à substituição tributária. **Entretanto, as solicitações não foram atendidas pelo autuado.**

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 3^a JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, procedente o Auto de Infração nº 210390.0051/13-4, determinando que o autuado fosse intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$38.662,52, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da LC 123/06; art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

Incialmente, o autuado alegou que a ação fiscal não se pautou pela melhor aplicação do direito ao caso concreto, deixando de levar em consideração circunstâncias que demonstram que as infrações apontadas não podem ser imputadas ao autuado.

Observo que à época dos fatos geradores, o autuado estava inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, na condição de Microempresa, e foi apurada operação realizada sem documentação fiscal, ficando o contribuinte obrigado a recolher o tributo devido em decorrência da prática da infração apurada por meio do levantamento fiscal.

O Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar 123/2006, que estabelece um tratamento diferenciado

e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias.

Como se trata de contribuinte inscrito no Simples Nacional, neste caso, deve-se apurar o imposto devido, mês a mês, utilizando o aplicativo AUDIG, apurando os movimentos de numerários, calculando a Receita Real que deve ser comparada com a receita informada pelo contribuinte no PGDAS.

Neste tipo de Auditoria são emitidos diversos relatórios, inclusive o demonstrativo denominado “ANÁLISE DO ICMS SIMPLES NACIONAL A RECLAMAR. Para determinação da alíquota, deve-se considerar a receita global da empresa, ou seja, a receita omitida adicionada à receita declarada pelo contribuinte, tudo conforme previsto na Lei Complementar 123 de 14/12/2006.

No Auto de Infração contém um campo destinado à imputação, a infração e um campo denominado “descrição dos fatos”, que se destina à especificação das circunstâncias que envolvem os fatos apurados, ou seja, neste campo são prestadas as informações complementares.

No presente Auto de Infração a descrição dos fatos foi efetuada de forma comprehensível, foram indicados, em cada item da autuação, os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência contábil e fiscal, constato que os elementos contidos nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide. Ademais, foi determinada a realização da diligência solicitada e o defendante não apresentou os documentos necessários à revisão requerida.

No mérito, o primeiro item do Auto de Infração se refere omissão de saída de mercadoria tributada presumida, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora, nos meses de abril a julho, setembro, outubro a dezembro de 2008; janeiro de 2009 a dezembro de 2010; janeiro a agosto e novembro de 2011.

Foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, e tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96.

Observo que não se trata de comparar todas as vendas efetuadas com o montante das operações realizadas por meio de cartões de crédito/débito, e sim, o confronto entre o total de vendas efetuadas pelo contribuinte com a modalidade cartão de crédito/débito, de acordo com os documentos fiscais emitidos e os correspondentes valores dos cartões de crédito/débito, fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

O autuado alegou que em decorrência de erro operacional, quase todas as vendas de mercadorias realizadas nos exercícios de 2008 a 2011 constaram na redução “Z” como realizadas com pagamento em dinheiro.

Conforme Recibos de Arquivos Eletrônicos às fls. 2166/2167, assinado por preposto do autuado, em cumprimento à diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, foram fornecidos ao defendantee os arquivos Audig, proporcionalidade e os Relatórios TEF relativos aos exercícios de 2008 a 2011, constando à fl. 2165, intimação endereçada ao escritório do advogado do autuado, consignando a entrega de cópias do encaminhamento da diligência e envelope contendo CD com arquivos eletrônicos referentes ao presente Auto de Infração.

Na mencionada intimação foi solicitado ao contribuinte a apresentação de demonstrativo dos boletos emitidos pelas vendas realizadas com cartões de débito/crédito e respectivos documentos fiscais, para possibilitar a exclusão, no levantamento fiscal, dos valores efetivamente comprovados, além de demonstrativo da proporcionalidade das entradas e saídas de mercadorias tributáveis, isentas ou não tributáveis e mercadorias sujeitas à substituição tributária. Entretanto, as solicitações não foram atendidas pelo autuado.

Como a exigência do imposto foi efetuada por presunção legal, tendo sido entregue ao sujeito passivo o Relatório Diários por Operação TEF, o que possibilitou fazer o confronto dos valores obtidos nas reduções “Z” e notas fiscais de vendas com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito, não foi apresentado pelo defendantee qualquer elemento capaz de elidir a exigência fiscal.

Neste caso, o impugnante deveria exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, não cabendo a este órgão julgador buscar outras provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento. Assim, concluo pela subsistência deste item da autuação fiscal.

Infração 02: recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação

de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menos, nos meses de março, abril e setembro de 2008; janeiro de 2009 a dezembro de 2010; janeiro a julho, novembro e dezembro de 2011.

Este segundo item do Auto de Infração está relacionado com a infração 01. Em virtude disso, os demonstrativos do item 1 são compartilhados com os do item 2, e em tal situação os documentos utilizados na elaboração dos demonstrativos do item 1 também se referem a este item da autuação.

No levantamento fiscal, a autuante adicionou às vendas declaradas os valores das omissões constatadas nos respectivos meses, apurando a receita. Foi efetuada a segregação e apuração da omissão de acordo com a proporcionalidade das receitas de mercadorias da substituição tributária, conforme estabelece o § 4º do art. 18 da Lei Complementar 123 de 14/12/2006. Com a nova receita calculada é que foram apurados os débitos constantes nas infrações 01 e 02 deste Auto de Infração, sendo observadas as alíquotas constantes no Anexo I da mencionada Lei Complementar. Portanto, foi efetuada análise dos documentos do autuado, relativos ao Simples Nacional, sendo considerados no levantamento fiscal os valores declarados na DASN ou recolhido pelo contribuinte, conforme a coluna F do demonstrativo “ANÁLISE DO ICMS SIMPLES A RECLAMAR” em cada exercício fiscalizado.

Entendo que está caracterizada a irregularidade apontada no Auto de Infração, sendo devido o imposto apurado nos demonstrativos elaborados pelo autuante, e concluo pela subsistência desta infração.

O defensor requereu que a intimação de todos os atos seja feita em nome do Advogado do autuado, no endereço indicado nas razões de defesa. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Quanto à multa, a sua aplicação na infração 02 é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 75%, com base no art. 35 da LC 123/06 combinado com o art. 44, I da Lei 9.430/96 e art. 16, inciso I da Resolução CGSN Nº 30 de 07/02/2008.

Os mencionados dispositivos legais estabelecem que “o descumprimento de obrigação principal devida no âmbito do Simples Nacional sujeita o infrator às seguintes multas:

I - 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido (art. 44, I, da [Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996](#), com a Redação dada pela [Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007](#)).

De acordo com o § 1º do art. 44 da Lei 9.430/96 e inciso II do art. 16 da Resolução CGSN Nº 30 de 07/02/2008, aplica-se a multa de 150% (cento e cinqüenta por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido, nos casos previstos nos artigos 71 (sonegação), 72 (fraude) e 73 (conluio) da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964. Neste caso, a legislação estabelece multa duplicada quando forem identificadas as hipóteses descritas nos referidos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964, quais sejam sonegação, fraude e conluio.

Para se aplicar o mencionado dispositivo legal de forma a duplicar a multa para 150% é necessário estar caracterizado nos autos o dolo, elemento subjetivo que não pode ser presumido, devendo ficar demonstrado e comprovado. No caso em exame, a autuante, fundamentou a exigência do imposto como omissão de saídas e não apontou, sequer, qual dos três ilícitos descritos na Lei 4.502/64 que teria motivado a duplicação da multa exigida.

Assim, considerando as definições referentes à sonegação, fraude e conluio constantes nos arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502, de 30/11/1964, entendo que não houve no presente PAF o registro de fatos que comprovem a existência dos referidos elementos para ensejar a aplicação da multa no percentual de 150%, devendo ser reduzida a referida multa aplicada na infração 01, para 75%.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 3ª JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- a) Observou que o PAF estava revestido de todas as formalidades legais, além de não se encontrarem no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art.18, do RPAF/99, para se determinar a nulidade do Auto de Infração;
- b) Considerou desnecessária a realização de diligência à fiscal estranho ao feito, por considerar que todas as provas necessárias para a apreciação do feito encontram-se presentes nos autos. Ademais os autos foram convertidos em diligência e o próprio contribuinte não cumpriu o

quanto solicitado;

- c) Concluiu pela subsistência das infrações 01 e 02, pois caberia ao autuado exibir as provas que sustentem suas alegações, conforme o art. 123 do RPAF/99. Já que não o fez, entendeu que não caberia à Junta buscar outras provas;
- d) Manifestou-se ainda, no sentido de considerar que as intimações devem ser realizadas na forma requerida pelo autuado. Ressaltou, contudo, que se as intimações forem feitas diretamente ao sujeito passivo, não haverá vício no procedimento, conforme art. 108 e 109 do RPAF;
- e) Em relação à multa aplicada, considerou que no presente PAF não fora demonstrado a ocorrência de fatos caracterizados como fraude, sonegação, ou conluio, nos termos dos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502. Sendo assim, reduziu a multa para o patamar de 75%.

Intimado acerca do resultado do julgamento o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 2188/2198) em relação à Decisão da junta, reiterando os seus argumentos defensivos:

- a) Argui que a Decisão recorrida contém vício de nulidade, pois indeferiu o pedido de realização de diligência a auditor estranho ao feito;
- b) Reiterou que não houve omissão de saída de mercadorias tributadas; que o que ocorreu fora erro operacional, decorrente da utilização incorreta do equipamento fiscal, o que acabou por lançar na redução “Z” indiscriminadamente as mercadorias vendidas a cartão e em dinheiro;
- c) Afirma que o imposto já fora recolhido, e que o erro operacional referido no presente Recurso não tem o condão de gerar a cobrança em duplicidade do ICMS;
- d) Declara que se tomado por base o faturamento apontado no anexo 02, e dividir este valor pelo preço médio das refeições, chegaríamos ao montante de 6.740 refeições vendidas no mês, além de afirmar que essa quantidade é incompatível com o porte do estabelecimento;
- e) Alega que ao ser feita a elaboração do Auto de Infração por presunção, o i. Fiscal incorreu em violação ao princípio da legalidade;
- f) Argui que em caso de dúvida quanto a fatos e prática de infrações, a interpretação da legislação tributária deverá ser feita favoravelmente ao contribuinte, conforme o art. 112 do CTN;
- g) Reitera, com base nos princípios da verdade material, do contraditório e da ampla defesa, o pedido de diligência contábil e fiscal a auditor estranho ao feito, para análise dos exercícios de 2008 a 2011, na forma do art.7º, § 2º, do RPAF.

Em Parecer da lavra do Nobre Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, a PGE/PROFIS (fls. 2208/2209) opinou pelo Improvimento do Recurso, alegando que:

- i. O pedido de diligência não deve ser acatado, pois restam colacionados aos autos todos os documentos necessários à verificação da omissão apontada no lançamento;
- ii. O recorrente não trouxe à baila os documentos fiscais com o devido batimento com os boletos emitidos pelas vendas efetuadas com cartões de débito/crédito, bem como ressaltou que a refutação inespecífica não é capaz de elidir o lançamento.
- iii. A infração 02 é consequência matemática da infração 01, em face da agregação de valores omitidos ao faturamento, que implicou em mudança de faixa de tributação.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 3ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 14/05/2014 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 38.662,52 (tinta e oito mil seiscentos e sessenta e dois reais e cinquenta e dois centavos) em decorrência do cometimento de 02 (duas) infrações.

A primeira delas atesta omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões.

Já a segunda, decorre diretamente da omissão de saídas que gerou recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao Simples Nacional, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menos.

Em sede de preliminar o Recorrente alega nulidade da Decisão em razão do indeferimento de diligência para fiscal estranho ao feito, ao passo que renova seu pedido de diligência.

Quanto a este novo pedido de diligência entendo que o mesmo não seja necessário. Isto porque, a diligência requerida já fora deferida, não para fiscal estranho ao feito por se tratar de providência desnecessária no caso concreto já que não houve qualquer negativa de realização das providências requeridas pelo autuante.

Às fls. 178/179 a 3^a JJF encaminhou o presente processo em diligência à INFRAZ de origem, que solicitou ao recorrente a apresentação dos boletos e respectivos documentos fiscais originais.

Ademais, considerando a alegação do Recorrente de que em muitas vendas efetuadas com pagamento por meio de cartão de crédito/débito, por mero erro de digitação, ao invés de registrá-las como vendas com cartão de débito/crédito, vinha registrando como dinheiro, foi solicitado para ser verificada a efetiva existência de documentação fiscal correspondente à venda efetuada com cartão de crédito ou de débito, tomando como referências as datas e valores iguais.

Ocorre que o Recorrente não cumpriu o quanto solicitado, nem no momento da intimação e nem no curso do presente processo administrativo.

Assim, entendendo que já fora possibilitada a realização de diligência fiscal para se apurar a veracidade dos fundamentos aduzidos pelo recorrente e, que a mera negativa do cometimento da infração não elide a legitimidade do lançamento fiscal, indefiro o pedido de diligência formulado.

Outrossim, analisando as peças processuais, constato que na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigo 39, 41 e 42, do RPAF/99, sendo as infrações descritas de forma clara, estando fundamentadas nos demonstrativos e documentos fiscais que as embasam, estando elas determinadas, com segurança, bem como identificado o infrator. Não vislumbro nos autos qualquer vício que inquine o Decisão recorrida ou o lançamento de nulidade e a lide tem transcorrido no âmbito do devido processo legal.

No mérito quanto à primeira infração, o Recorrente alega que a venda de refeições em restaurantes, atividade que desenvolve é, “via de regra”, realizada em grande parte com a utilização de cartão de crédito ou de débito e afirma que não deixou de lançar e recolher o imposto devido sobre todas as mercadorias vendidas, e que houve erro operacional praticado pela empresa na demonstração da base de cálculo do ICMS devido nas saídas de mercadorias tributadas (refeições).

Informa que em decorrência do mencionado erro operacional, quase todas as vendas de mercadorias realizadas nos exercícios de 2008 a 2011 constaram na redução “Z” como realizadas com pagamento em dinheiro. Salienta que, se não tivesse ocorrido o erro operacional apontado, e os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito não constassem na redução “Z” ao incluí-los no faturamento da empresa autuado, quase que dobraria de valor, sendo incompatível com a capacidade comercial da empresa, pois não possuía, à época, estrutura para atender a uma demanda que gerasse tamanho faturamento.

Diz que outro fato que merece ser levado em consideração é o valor médio das mercadorias vendidas por dia nos exercícios fiscalizados e que os valores de faturamento presumidos no presente lançamento fogem à capacidade do recorrente.

Em relação à infração 02, o Recorrente alega que, como se trata do reflexo da primeira infração, no momento em que a mesma for julgada improcedente, desaparece a suposta infração de recolhimento a menos do ICMS, razão pela qual não merece maiores considerações.

Da análise do Recurso verifico que o mesmo consiste em meras repetições dos argumentos defensivos.

De fato, o suposto erro de procedimento indicado pelo Recorrente, segundo o qual os seus funcionários teriam lançado as vendas em cartão de crédito/débito como se fosse em dinheiro é absolutamente factível.

Mas por outro lado, o lançamento fiscal fora realizado através de cruzamento de dados do próprio Recorrente com as operadoras de cartão de crédito, e caso tais dados realmente estejam equivocados caberia ao próprio contribuinte fazer prova disso.

De fato o lançamento realizado em relação à Infração 01 foi feito por presunção, mas uma presunção legal baseada em dados concretos e, poderia ser elidida caso o contribuinte comprovasse o quanto alega.

Em atenção ao princípio da verdade material a JJF converteu o processo em diligência requerendo que o contribuinte promovesse a juntada dos documentos que poderiam coadunar com a sua tese defensiva. Entretanto, nada fez até o presente momento.

Caberia ao Recorrente, mesmo que de forma exemplificativa trazer algum elemento concreto, através de documentos fiscais, valores de cupons de pagamento em cartão de crédito que coincidissem com os valores lançados a título de venda à vista, por exemplo.

Assim, entendo restarem aplicáveis os arts. 140 e 143 do RPAF:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Por falta de prova, não há como prosperarem as alegações defensivas e, em consequência, ficou comprovada a ocorrência de omissões de saídas de mercadorias tributadas. Entretanto, acertada foi a Decisão da JJF de enquadrar a multa aplicável reduzindo-a para 75% uma vez que não restou comprovado que a infração foi cometida com dolo.

Já a segunda infração, decorre diretamente da omissão de saídas que gerou recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao Simples Nacional, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menos, verifico ainda que o recorrente não se insurgiu quanto aos valores imputados.

Assim, diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 210390.0051/13-4, lavrado contra MOEMA DE OLIVEIRA ALVES DIAS (RESTAURANTE D MEG) - ME, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$38.662,52, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da LC 123/06; art. 44, I , da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS