

A. I. N° - 210415.0008/12-0  
AUTUADO - D M C MINIMERCADO LTDA.  
AUTUANTE - ELIETE NOVAIS ALMEIDA  
ORIGEM - INFAC ATACADO  
INTERNET - 06/02/2014

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0018-03/14**

**EMENTA:** ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. MICROEMPRESA. RECOLIMENTO EFETUADO A MENOS. Infração comprovada, de acordo com o demonstrativo elaborado pelo autuante. 2. 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. Rejeitada a preliminar de nulidade. Retificada a multa da infração 02. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 11/09/2012, refere-se à exigência de R\$100.487,16 de ICMS, acrescido das multas de 75% e 150%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: 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 janeiro de 2010 a dezembro de 2011. Valor do débito: R\$38.533,24. Multa de 75%.

Infração 02: 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 janeiro a novembro de 2010; janeiro a dezembro de 2011. Valor do débito: R\$61.933,92. Multa de 150%.

O autuado apresentou impugnação às fls. 647 a 662 do PAF. Inicialmente comenta sobre a tempestividade da defesa, transcrevendo o art. 22, §1º do RPAF/BA, relativamente à contagem do prazo processual. Reproduz as infrações 01 e 02 e pede a nulidade do Auto de Infração, alegando carência de explicações no tocante ao parâmetro utilizado na “Proporção da Substituição Tributária”, nos anos de 2010 e 2011. Salienta que nos mencionados exercícios foram consignados valores percentuais na “proporção Substituição Tributária”, sem que a autuante tivesse informado ao autuado os parâmetros ou como tais valores foram encontrados, o que prejudicou a defesa. Entende que restou comprovado que tal omissão ocasionou o cerceamento do direito de defesa do contribuinte e, consequentemente a nulidade da autuação fiscal, de acordo com a previsão do art. 18, inciso IV do RPAF/BA. Diz que o Auto de Infração pode ser objeto de revisão fiscal, a fim de que seja consertado, e possa, assim, ser levado adiante. Neste sentido, afirma que é condição *sine qua non* para que um Auto de Infração seja objeto de revisão fiscal, que incorreções ou omissões existentes nele sejam eventuais, e que a não-observância de certas exigências, digam respeito àquelas de natureza meramente formais. Que não sendo apenas eventuais as omissões ou incorreções, e não sendo as exigências não observadas de caráter meramente formal, não cabe qualquer tipo de revisão fiscal. É caso de nulidade do Auto de Infração. Assegura que em relação à omissão da informação da origem dos percentuais da

“Proporção da Substituição Tributária”, restou claro que este Auto de Infração possui omissões e incorreções de natureza grave (e não apenas “eventuais”), aproximando-se, sem qualquer dúvida, de exigências de natureza substancial. Entende que não há certeza ou liquidez do crédito reclamado pelo fisco, contrariando o contraditório e a ampla defesa do contribuinte, o que enseja a nulidade de todo o procedimento fiscal, conforme resta sedimentado na jurisprudência deste Conselho, transcrevendo uma ementa de uma decisão pela nulidade de um Auto de Infração, Acórdão nº 2173-12/01 da 2ª CJF. Informa que, ultrapassada a preliminar suscitada, somente por amor à argumentação e na remota hipótese do não acolhimento do referido pleito por parte desta Junta de Julgamento fiscal, passa a expor as questões de mérito.

Esclarece que, ante a íntima relação existente entre as duas infrações apontadas no Auto, as razões da defesa se darão nas mesmas linhas. Enfatiza que, por se tratar de matéria complexa, é imperiosa a necessidade da análise minuciosa da documentação apresentada pela autuante, notadamente no tocante aos valores “a dinheiro” mencionados nas “Reduções Z”, a fim de apurar se efetivamente os valores estão exatos, haja vista que não foram apresentados desta forma.

Afirma que a contestação não exaure todas as matérias de defesa da empresa, ante ao curto lapso temporal para análise dos números, e que necessita de diliação probatória a fim de ser garantido o seu pleno exercício do direito a ampla defesa, assegurado pela Carta Magna, é o que requer.

Alega que a infração 01 deve ser expurgada, porque, a despeito da identificação do suposto o recolhimento a menos do ICMS, o valor apontado pela autuante ultrapassou em muito, o valor real. O defensor salienta que atua no ramo de comércio varejista de alimentos, em São Caetano, bairro popular da capital baiana. A mão de obra utilizada é em sua totalidade de moradores do referido bairro e, infelizmente não é tão capacitada para entender a importância no momento em que registra a venda dos produtos. Diz que apesar das informações prestadas pelo responsável legal da empresa, no que tange à necessidade de informar nos cupons a forma de pagamento real, na maioria das vezes os operadores do caixa, acabam por informar vendas realizadas em cartão, como se fosse a dinheiro.

Informa que apesar de todos os esforços da empresa em registrar todas as suas vendas, o equívoco realizado por seus funcionários gerou reflexos gravíssimos neste Auto de Infração. Diz que o mencionado equívoco prejudica sensivelmente a verdade, já que na forma apresentada no levantamento fiscal, o faturamento da empresa foi duplicado. Alega que a soma das vendas realizadas em cartão informadas pelo Relatório TEF, com as vendas que foram informadas pela empresa como dinheiro incorretamente, prejudica sobremaneira todo o contexto da situação em análise.

O defensor explica que nestas operações era utilizada a maquineta da própria operadora de cartão de crédito por ser mais rápida que o ECF, já que muitas vezes apresentava problemas de comunicação com as operadoras de cartão e só era utilizado para a emissão do cupom fiscal, que nunca deixara de ser emitido. Salienta que diariamente são realizadas centenas de pequenas vendas, que podem gerar algumas distorções nos registros do equipamento emissor de cupom fiscal tais como: a) venda com cartão de crédito e emissão de cupom fiscal como venda em dinheiro; b) emissão de um único cupom fiscal registrando venda a dinheiro, quando na realidade parte da compra foi paga com o cartão e parte em dinheiro; c) emissão de um cupom fiscal com o registro de diversas vendas do mesmo dia.

Reafirma que, ante a falta de experiência de seus funcionários, um dos erros mais comuns cometidos era a realização de vendas com cartão de crédito e emissão de cupom fiscal como venda em dinheiro. Após conclusão do pagamento com o cartão era emitido o cupom fiscal na própria ECF, sem a utilização da função que especifica a venda (por exemplo, a cartão) ficando esta então, equivocadamente, registrada como venda em dinheiro. Assegura que tais informações são facilmente comprovadas, ao se fazer o cotejamento dos boletos de venda a cartão com os cupons fiscais emitidos, vez que ambos os documentos são emitidos no mesmo dia, com os mesmos valores e com uma diferença de tempo que varia entre 1 a 3 minutos, o que é

completamente justificado, vez ser o tempo médio necessário para finalizar a operação no ECF, após o débito na máquina do cartão.

Diz que outro fato recorrente é a emissão de um único cupom fiscal registrando venda a dinheiro, quando na realidade parte da compra foi paga com o cartão e parte em dinheiro. Que essa situação ocorreu quando os seus clientes, sem ter o valor em espécie necessário para concluir a compra, pagaram parte da sua compra com dinheiro e quanto ao restante solicitaram que fosse debitado em seu cartão de crédito. Neste caso, foi emitido um único cupom fiscal de venda a dinheiro, deixando de ser informado que parte daquele pagamento foi debitado no cartão.

Afirma que ficou sobejamente prejudicado, uma vez que não é possível a apresentação do cupom fiscal e do boleto de cartão coincidindo valores, mas apenas data e horário aproximado da emissão. Que tais alegações serão comprovadas oportunamente, haja vista que em face da exigüidade do tempo e da grande quantidade de documentos não foi possível fazer quando da apresentação da defesa.

O defendente enfatiza que jamais adquiriu produtos desacompanhados de documento fiscal, bem como nunca deixou de emitir o documento fiscal, agindo sempre de boa-fé, obedecendo a todas as regras impostas, escriturando corretamente todos os seus livros, sempre dentro da legalidade. Diz que não se pode esquecer que se trata de uma empresa inscrita no Simples Nacional, e não há que se falar em cobrança de imposto, mas, no máximo em aplicação de uma penalidade fixa por descumprimento de obrigação acessória, sem penalidade expressamente prevista, de acordo com o art.42, inciso XXII do RICMS/BA. Na remota hipótese de os julgadores entenderem que houve alguma falha por parte do autuado nas emissões dos cupons fiscais, pede que seja cobrada apenas a multa referente ao descumprimento de obrigação acessória, por entender que restou comprovado a inexistência de prejuízo para o Estado da Bahia,

O autuado ressalta, ainda, que seja observado o fato de que as vendas autuadas já se encontravam incluídas no total do período em vista dos equívocos nas emissões dos cupons fiscais, e caso este Conselho decida pela cobrança, estará punindo um contribuinte que sempre agiu dentro da legalidade observando todas as regras impostas pelo RICMS/BA, e o bom senso não nos traz alternativa, senão o julgamento deste Auto de Infração pela total improcedência.

Sobre a multa exigida, alega que o percentual aplicado entra em frontal colisão com a previsão constante na Constituição Federal, relativamente às limitações quanto à fixação dos valores de tributos com efeito de confisco. Diz que a vedação do confisco no Direito Tributário é matéria pacífica, tanto na doutrina, como na jurisprudência.

Salienta que dentre os princípios que se relacionam de forma mais íntima com a questão das ditas “multas confiscatórias” são o da Capacidade Contributiva e o da Não-Confiscatoriedade, ambos expressos na Carta Magna. Que observar o Princípio da Capacidade Contributiva é assegurar ao contribuinte o “mínimo vital”, impossibilitando que a tributação comprometa seus rendimentos, e prejudique sua subsistência.

Quanto ao Princípio da Não-Confiscatoriedade, diz que ele assegura ao contribuinte a garantia de que o tributo não será de tal forma onerosa, a ponto de gerar efeitos de confisco sobre o seu patrimônio.

Além dos princípios da capacidade contributiva e da não-confiscatoriedade, cita ainda, o princípio da Moralidade Administrativa, dizendo que, segundo ele, a Administração deve adequar a sua conduta ao bem comum, vinculando todos os seus atos e os de seus agentes aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, publicidade, economicidade, motivação do ato e proibição de desvio de finalidade. Requer, ao apelo da equidade, que a multa seja cancelada.

Por fim, o defendente requer seja reconhecida a nulidade da autuação, em face da carência de explicações no tocante ao parâmetro utilizado na “Proporção da Substituição Tributária”, nos anos de 2010 e 2011, com as consequências legais. Na remota hipótese de não ser acolhido o

pleito de anulação do auto de infração, requer seja julgado improcedente em sua totalidade (Infrações 01 e 02), por entender que a autuação fora efetivada de forma equivocada. Requer ainda a produção de todas as provas em direito admitida, especialmente documental e posterior juntada de outros e novos documentos em prova e contraprova.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 666 a 672 dos autos, dizendo que o estabelecimento autuado encontra-se classificado na condição de empresa de pequeno porte, optante do Simples Nacional, desde 26/08/2009, conforme documentos às fls.14/15 do PAF.

Informa que foi efetuado o levantamento fiscal para apuração do ICMS SIMPLES NACIONAL, através do sistema AUDIG (Auditoria Digital), com base na Receita Bruta obtida com as vendas de mercadorias, apresentada pelo contribuinte através da redução “Z”, memória fiscal, livros de entrada e saída e DASN, em confronto com os relatórios TEF (Transferência Eletrônica de Fundos) enviados pelas Administradoras dos Cartões de crédito/débito, além dos dados cadastrais, tais como: arrecadação, notas fiscais eletrônicas emitidas e recebidas.

Esclarece que o autuado tem por atividade econômica principal, o comércio varejista de alimentos, CNAE 4712100. Que apurou a receita bruta total, proveniente das vendas de mercadorias e segregou as vendas efetuadas com substituição tributária. Que não foi possível utilizar a proporcionalidade da substituição tributária baseada na receita bruta mensal porque o contribuinte omitiu essas informações à Receita Federal em todo exercício de 2011, conforme extrato Simples Nacional (fls. 617 a 640). Que restou como prova material para levantamento da segregação da substituição tributária a utilização da redução “Z”.

Afirma que foi informado na descrição dos fatos do auto de infração que a proporcionalidade foi apurada mês a mês, e mais adiante quando diz: “esclarecemos que os levantamentos dos dados foram baseados nas reduções “Z”, leitura da memória fiscal, livro de entrada e livro de saída apresentados pelo contribuinte”.

Quanto ao relatório da proporcionalidade de substituição tributária identificada nas reduções Z e/ ou nas notas fiscais emitidas, anexo 1-B, entende que o título *per si* já é esclarecedor, mas reconhece que este relatório foi entregue em mídia e não em papel como os demais. Por isso, pede que o órgão responsável, CCRED/PAF, entregue cópia em papel, do relatório anexo 1-B (fls. 674 e 675), referente à proporcionalidade da substituição tributária.

Também informa que os demonstrativos, planilhas e relatório das Transferências Eletrônicas de Fundo- TEF foram autenticados, em duas vias, sendo uma cópia entregue ao representante do contribuinte e a outra se encontra anexo à fl. 21. Diz que foi entregue ao preposto do contribuinte Termo de Devolução dos documentos e cópia do Auto de Infração (fl. 13). A identificação dos registros contidos na mídia (CDROM) foi conferida e assinada pela autuante e pelo representante do contribuinte.

Afirma que o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis conforme foi apurado nos levantamentos fiscais (lançamentos das reduções “Z” e dos livros fiscais de entrada e saída), conforme demonstrado no anexo 1 – Apuração da divergência das Vendas com Cartão de Crédito (TEF), fls. 23 e 30, referentes aos exercícios de 2010 e 2011, respectivamente. Diz que os valores correspondentes aos documentos emitidos com venda através de cartão de crédito – Redução Z estão na coluna B (fls. 24 e 31), e a proporção da substituição tributária, coluna E, foi baseada na redução Z, anexo 1 (fls. 23 e 30). Detalhada no anexo 1-B (fls. 703 e 704).

Salienta que, do resultado desse confronto, apurou na coluna DIVERGÊNCIA SEM SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA e DIVERGÊNCIA COM SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, colunas F e G, respectivamente, conforme demonstrado no ANEXO 1 (fls. 23 e 30), o valor que corresponde à receita proveniente das vendas em cartão, sem emissão dos respectivos documentos fiscais, configurando omissão de saídas de mercadorias tributadas.

Para maior clareza elabora um quadro resumo referente à omissão de saída e informa os detalhes dos cálculos efetuados na apuração do ICMS devido, que foi confrontado com o valor do ICMS declarado/recolhido, de forma que, durante o período fiscalizado, o contribuinte acumulou diferenças de ICMS A RECOLHER no montante de: R\$ 32.407,71 no exercício de 2010, de R\$ 68.079,49 no exercício de 2011. ANEXO 3, fls.29 e 36, respectivamente.

No que se refere à Infração 2 informa que o autuado não apresentou os documentos fiscais emitidos, para que esses documentos fossem identificados na omissão apurada e considerados como vendas em cartão com emissão de documento fiscal.

Assegura que a ação fiscal é procedente, e está fundamentada na Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006. Que o procedimento fiscal foi realizado com fundamento na Lei 7.014/96, art. 4º, § 4º, destacando que em matéria semelhante a 4ª Junta de Julgamento Fiscal, proferiu o Acórdão JJF nº 055-04/12, decidindo pela procedência da autuação.

Quanto à reclamação do defendant de que a multa aplicada nos percentuais de 75% e 150% é confiscatória, esclarece que a base legal está no artigo 16 da Resolução 30 do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), transcrevendo parte dos arts. 13 a 16.

Pede que o presente Auto de Infração seja julgado procedente. Juntou o Anexo 1-B – “Proporcionalidade da Substituição Tributária Identificado nas Reduções Z e/ou nas Notas Fiscais Emitidas” dos exercícios de 2010 e 2011 (fls. 674/675).

Consta à fl. 676, Termo de Entrega de Relatório Anexo 1-B, Proporcionalidade da Substituição Tributária (2010 e 2011), constando no mencionado termo assinatura de preposto do autuado.

À fl. 676 do PAF, o autuado foi intimado da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos pela autuante, constando própria intimação assinatura de preposto do autuado, comprovando o recebimento e ciência do prazo para se manifestar. Decorrido o prazo concedido, o defendant não se manifestou.

À fl. 679 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem, solicitando que a autuante ou Auditor Fiscal estranho ao feito designado pela autoridade competente:

1. Intimasse o autuado para apresentar demonstrativo referente aos boletos das operações com cartões de crédito ou de débito e correspondentes Notas Fiscais ou Cupons Fiscais emitidos.
2. Confrontasse o demonstrativo do item anterior com os documentos originais do autuado, fazendo as exclusões em relação aos documentos apresentados pelo defendant, que comprovassem a efetiva existência de documentação fiscal correspondente à venda efetuada com cartão de crédito ou de débito, de acordo com as respectivas datas e valores.
3. Solicitasse ao defendant apresentação de demonstrativo da proporcionalidade das entradas e saídas de mercadorias tributáveis e mercadorias sujeitas à substituição tributária, para efeito da segregação da receita.
4. Considerando que nas notas fiscais não há campo específico para indicar a forma de pagamento, sendo apresentado o demonstrativo do item 1, que fosse realizado o confronto do demonstrativo apresentado com os documentos originais do autuado, fazendo as exclusões em relação aos documentos do defendant, que comprovassem a efetiva existência de documentação fiscal correspondente à venda efetuada com cartão de crédito ou de débito, de acordo com as respectivas datas e valores.
5. Elaborasse novos demonstrativos apurando o débito remanescente.
6. A repartição fiscal intimasse o autuado, fornecendo-lhe no ato da intimação cópias do encaminhamento de diligência, da nova informação fiscal e dos demonstrativos que fossem elaborados, com a indicação do prazo de trinta dias para o defendant se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

O autuado foi intimado na forma solicitada, conforme intimações às fls. 682 a 684 (3 intimações), e a autuante prestou nova informação fiscal à fl. 686, dizendo que o Inspetor da Infaz Atacado encaminhou a diligência à autuante (fl.681) em 08/05/2013. Em dois momentos 13/05/2013 e 28/05/2013 a autuante intimou pessoalmente o defendant, através de seus funcionários Leonardo Oliveira da Silva e Lorena Santiago Fontoura, concedendo-lhe o prazo de 11 (onze) e 12 (doze) dias respectivamente, para cumprimento da mesma (fls.682 e 684).

Informa que em contato por telefone com o contador de prenome Ailton (não cadastrado nos bancos de dados da Sefaz), concedeu uma dilatação de 08 (oito) dias, no prazo (19/06/2013) com o objetivo do atendimento à diligência. Também informa que foi encaminhada, juntamente com a intimação, cópia da diligência, dos demonstrativos e relatórios, conforme recibo à fl.683. Naquele momento esclareceu aos prepostos do contribuinte, acima citados, e ao contador, que o não cumprimento da intimação impossibilitava a exclusão dos lançamentos tributários questionados. Transcorrido o prazo legal constatou que o contribuinte não atendeu à intimação (fl. 683). Desse modo esclarece que a continuidade dos trabalhos ficou prejudicada pelo não atendimento da intimação por parte do contribuinte.

## VOTO

Inicialmente, o autuado alegou que nos exercícios de 2010 e 2011 foram consignados valores percentuais na “proporção da Substituição Tributária”, sem que a autuante tivesse informado ao autuado os parâmetros ou como tais valores foram encontrados, o que prejudicou a defesa. Entende que restou comprovado que tal omissão ocasionou o cerceamento do direito de defesa do contribuinte e, consequentemente a nulidade da autuação fiscal. Diz que não há certeza ou liquidez do crédito reclamado pelo fisco, ensejando a nulidade de todo o procedimento fiscal.

Observo que a Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte optante pelo Simples Nacional deverá considerar a receita destacadamente, por mês e por estabelecimento, para fins de pagamento, conforme o caso, em relação às mercadorias sujeitas à substituição tributária, ou com a tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), ou seja, com relação ao ICMS relativo à antecipação tributária com encerramento de tributação. Por isso, o próprio PGDAS já contém um campo destinado à informação dos valores relativos à revenda de mercadoria, fazendo a distinção quanto às mercadorias da substituição tributária.

Da mesma, forma no roteiro de Auditoria AUDIG também consta um Anexo destinado à proporcionalidade das mercadorias da Substituição Tributária, nas mesmas situações previstas no PGDAS. No levantamento fiscal, a autuante indicou as receitas mensais de mercadorias da substituição tributária e o total da receita apurada, encontrando a proporção das mercadorias da substituição tributária, constituindo-se o referido cálculo numa operação aritmética sem maior dificuldade no seu entendimento.

O autuado recebeu cópias dos Relatórios AUDIG, das planilhas de Redução Z, Relatório TEF diário, conforme recibo à fl. 13 dos autos. Além disso, conforme Termo de Entrega de Relatório à fl. 676, o autuado recebeu cópia do Relatório AUDIG, Anexo 1-B, referente à proporcionalidade da substituição tributária referente aos exercícios fiscalizados.

Rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer 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, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência, o presente processo foi encaminhado por esta Junta de Julgamento Fiscal solicitando que fosse realizada revisão pela autuante, que intimou o autuado para apresentar a documentação comprobatória das alegações defensivas em três oportunidades, mas o defendant não atendeu às intimações, ficando prejudicado o cumprimento da diligência fiscal.

No mérito, o primeiro item do Auto de Infração se refere ao 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 janeiro de 2010 a dezembro de 2011.

Este primeiro item do Auto de Infração está relacionado com a infração 02. Em virtude disso, os demonstrativos do item 2º são compartilhados com os do item 1º, e em tal situação os documentos utilizados na elaboração dos demonstrativos do item 2º 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 da 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 1 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006.

De acordo com o § 4º do art. 18 da referida Lei Complementar 123/2006, o contribuinte deverá considerar destacadamente, para fins de pagamento do imposto: a) as receitas decorrentes da revenda de mercadorias; b) as receitas decorrentes da venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte; c) as receitas decorrentes da prestação de serviços, bem como a de locação de bens móveis; d) as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária; e) as receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou do consórcio previsto na referida 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.

Vale salientar, que na apuração do montante devido no mês relativo a cada tributo, o contribuinte que apure receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas à substituição tributária e receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, terá direito a redução do valor a ser recolhido na forma do Simples Nacional, conforme estabelece o § 12 do art. 18 da mencionada Lei Complementar 123/06.

Como o defensor não apresentou comprovação das alegações defensivas, mesmo sendo intimado, em cumprimento à diligência encaminhada por esta JJJF, concluo pela procedência deste item da autuação fiscal, conforme os demonstrativos elaborados pela autuante.

O 2º item do Auto de Infração trata de 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 de cartões, nos meses de janeiro a novembro de 2010 e de janeiro a dezembro 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.

Trata-se de exigência de imposto 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.

À época dos fatos geradores, o autuado estava inscrito no SIMPLES NACIONAL, na condição de empresa de pequeno porte 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.

Observo que 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.

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

O defensor alegou que diariamente são realizadas centenas de pequenas vendas, que podem gerar algumas distorções nos registros do equipamento emissor de cupom fiscal tais como: a) venda com cartão de crédito e emissão de cupom fiscal como venda em dinheiro; b) emissão de um único cupom fiscal registrando venda a dinheiro, quando na realidade parte da compra foi paga com o cartão e parte em dinheiro; c) emissão de um cupom fiscal com o registro de diversas vendas do mesmo dia.

Considerando as alegações apresentadas pelo autuado, esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem, solicitando que a autuante ou Auditor Fiscal estranho ao feito designado pela autoridade competente:

1. Intimasse o autuado para apresentar demonstrativo referente aos boletos das operações com cartões de crédito ou de débito e correspondentes Notas Fiscais ou Cupons Fiscais emitidos.
2. Confrontasse o demonstrativo do item anterior com os documentos originais do autuado, fazendo as exclusões em relação aos documentos apresentados pelo defensor, que comprovassem a efetiva existência de documentação fiscal correspondente à venda efetuada com cartão de crédito ou de débito, de acordo com as respectivas datas e valores.
3. Solicitasse ao defensor apresentação de demonstrativo da proporcionalidade das entradas e saídas de mercadorias tributáveis e mercadorias sujeitas à substituição tributária, para efeito da segregação da receita.
4. Considerando que nas notas fiscais não há campo específico para indicar a forma de pagamento, sendo apresentado o demonstrativo do item 1, que fosse realizado o confronto do demonstrativo apresentado com os documentos originais do autuado, fazendo as exclusões em relação aos documentos do defensor, que comprovassem a efetiva existência de documentação fiscal correspondente à venda efetuada com cartão de crédito ou de débito, de acordo com as respectivas datas e valores.
5. Elaborasse novos demonstrativos apurando o débito remanescente.

Na informação fiscal à fl. 686, a autuante disse que intimou pessoalmente o defensor, através de seus funcionários Leonardo Oliveira da Silva e Lorena Santiago Fontoura, concedendo-lhe o prazo de 11 (onze) e 12 (doze) dias respectivamente, para cumprimento da mesma (fls.682 e 684). Informou que em contato por telefone com o contador de nome Ailton (não cadastrado nos bancos de dados da Sefaz), concedeu uma dilatação de 08 (oito) dias, no prazo (19/06/2013) com o objetivo do atendimento à diligência. Também informou que esclareceu aos prepostos do contribuinte, acima citados, e ao contador, que o não cumprimento da intimação impossibilitava a exclusão dos lançamentos tributários questionados. Como o defensor não atendeu as intimações, a continuidade dos trabalhos ficou prejudicada.

Trata-se de exigência de imposto que poderia ser elidida pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, cabe ao impugnante 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.

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.

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, a sua aplicação na infração 01 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 N° 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 N° 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 que 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 adequada a referida multa aplicada na infração 02, para 75%.

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

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210415.0008/12-0**, lavrado contra **D M C MINIMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$100.487,16**, acrescido da multa de 75%, 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, 22 de janeiro de 2014

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA