

A. I. N° - 210390.0051/13-4
AUTUADO - MOEMA DE OLIVEIRA ALVES DIAS
AUTUANTE - MÁRCIA MIRANDA SILVEIRA SANTOS JUNCAL
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET - 29/05/2014

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0108-03/14

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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/03/2013, refere-se à exigência de R\$38.856,92 de ICMS, acrescido das multas de 75% e 150% 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 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, por meio de advogado com procuraçāo à fl. 98, apresentou impugnação às fls. 89 a 96 do PAF, alegando 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.

Quanto à primeira infração, o defendente 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, chegando, não raras vezes, à marca de 80% a 90% do total das operações de vendas. O defendente 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 autuada, 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. Reafirma que não houve qualquer divergência, apenas e tão somente erro operacional, e alega que tal fato não pode gerar cobrança de ICMS em duplicidade. Diz que não faz sentido o autuado omitir as saídas de mercadorias tributadas, com pagamento em cartão de crédito/débito, se tais saídas são informadas pelas administradoras de cartão para a Receita Federal, passíveis de serem utilizadas pela Fiscalização Estadual. Diz que outro fato que merece ser levado em consideração é o valor médio das mercadorias vendas por dia nos exercícios fiscalizados. Tomando por base o faturamento apontado no Anexo 2 do Auto de Infração, referente ao mês de maio de 2010 e dividindo esse valor pelo valor médio das saídas de refeições chega-se ao montante de 6.740 refeições vendidas no mês. Considerando as peculiaridades do estabelecimento autuado, o defensor alega que para atingir o faturamento apontado no auto de infração seria necessário que tivesse vendido 270 refeições ao dia. Como se trata de um restaurante localizado no Município de Lauro de Freitas, estabelecido em uma rua interna (de pouco fluxo), o defensor alega que não atingiria tal faturamento.

Em relação à infração 02, o autuado 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.

O defensor alega que mantém controle efetivo e eficaz de todas as saídas de mercadorias em seu estabelecimento e escritura regularmente suas vendas. Que não foi demonstrado inequivocamente que houve a saída de mercadorias sem o devido registro, havendo uma suposição de que as informações de venda com cartão não foram devidamente contabilizadas, o que em verdade não ocorreu. Transcreve o art. 112 do CTN e diz que em caso de dúvida quanto a fatos e prática de infrações, a interpretação da legislação tributária deve ser feita favoravelmente ao contribuinte. Diz que a acusação da fiscalização admite prova em contrário, sendo este o entendimento do próprio CONSEF, julgando nulos os lançamentos fiscais quando não há elementos que determinem com segurança o cometimento imputado ao autuado, conforme decisões que citou.

Requer a realização de diligência contábil e fiscal, com o propósito de comprovar todas as alegações defensivas, reputando ser de fundamental importância a realização da referida diligência fiscal, para Auditor Fiscal estranho ao feito analisar as informações constantes nas razões de defesa e os documentos fiscais do autuado, assegurando-se a plena observância aos princípios da verdade material, ampla defesa e do contraditório.

Por fim, o defensor pede a improcedência do presente Auto de Infração, requerendo ainda que a intimação de todos os atos sejam feitas em nome do Advogado do autuado, no endereço indicado nas razões de defesa.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 174/175 dos autos, afirmando que não assiste razão ao autuado, uma vez que a autuação fiscal não foi efetuada com base na presunção, mas sim nos documentos fiscais emitidos pela empresa, conforme demonstrativos elaborados, fls. 45 a 83, conferidos pelo representante da empresa, além das informações prestadas pelas administradoras de cartão. Informa que constatou nas reduções Z, em sua maioria, vendas realizadas em dinheiro e não em cartão de crédito. Neste caso, entende que não houve presunção, mas sim constatação.

Diz que o autuado confirma em sua alegação que houve erro operacional, quando lançou vendas em cartão como dinheiro. Salienta que a atividade de fiscalização é vinculada, e não pode a autuante presumir que houve vendas em cartão de crédito se não estiveram lançadas nos documentos fiscais como a redução Z. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

Às fls. 178/179 esta 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.

VOTO

Inicialmente, 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 devido 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 compreensível, 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 defensor 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 defensor 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 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.

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 1 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 concluir pela subsistência desta infração.

O defensor requereu que a intimação de todos os atos sejam feitas 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210390.0051/13-4**, lavrado contra **MOEMA DE OLIVEIRA ALVES DIAS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total 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, 14 de maio de 2014

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA