

A. I. Nº - 232331.0003/13-9
AUTUADO - BOMBOMJA MERCADO PARAÍSO LTDA
AUTUANTE - LEA LUCIA MOREIRA WEST
ORIGEM - INFAZ ATACADO –
INTERNET - 01.10.2014

5ª JUNTA JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº: 0178-05/14

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. ERRO NA DETERMINAÇÃO DAS RECEITAS MENSAIS E DAS ALÍQUOTAS APLICÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado, que a aplicação da substituição tributária no cálculo da DASN foi em valor superior aos efetivamente apurados, que houve omissão de receitas na redução Z, conforme relatórios do processo. No entanto, na diligência os valores recalculados com base na nova média mensal de produtos da substituição tributária. Infração 1 procedente em parte. **2.** CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS COM OS VALORES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. As vendas apontadas no relatório TEF diário, que implicaram na infração 2, poderiam ser elididas mediante comprovação de emissão de cupom fiscal ou notas fiscais de venda a consumidor, em valores e datas iguais às apontadas no relatório, e isto não foi feito na defesa. Na diligência os valores recalculados com base na nova média mensal de produtos da substituição tributária. Infração 2 procedente em parte. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

No auto de infração lavrado em 28/03/2013, foi efetuado lançamento de ICMS no valor total de R\$266.022,15, em razão das seguintes infrações à legislação do ICMS:

01 – Efetuou recolhimento a menos de ICMS declarado referente ao regime especial unificado de arrecadação – SIMPLES NACIONAL, implicando desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, sendo lançado o valor de R\$258.526,33, nos exercícios de 2008 a 2010, acrescido da multa de 75%.

02 – 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, sendo lançado o valor de R\$7.495,71 acrescido da multa de 150%.

A impugnante apresenta defesa à fls. 588/618, onde aduz em preliminar de nulidade, pela discrepância entre o histórico da autuação e dos seus anexos, e ainda entre estes, e artigos do RICMS/97 dados como infringidos. Que houve o errôneo enquadramento legal por parte do agente fiscalizador, ou seja, o procedimento adotado pela Autuante, além de não configurar o art. 21, I da Lei Complementar 123/06, conforme transcrito.

Afirma que no presente caso, o auto de infração é nulo desde seu início por não atender o disposto do RICMS, que trata dos requisitos da lavratura do auto de infração, ato pelo qual se formaliza a exigência do crédito tributário. Isto porque não permite ao contribuinte precisar exatamente a infração cometida, vedando o pleno exercício ao seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Que a autuante considerou no auto de infração “diferenças acumuladas”, no ano de 2008, contudo não há previsão legal para que se adote tal procedimento para tal caso e que não há no auto de infração em tela, nenhum documento que menciona o percentual de 31,26%, ou qualquer tipo de cálculo apresentando tal percentual. De igual modo, não há no lançamento, que ao final foi deduzido do ICMS declarado/recolhido.

Alega que exigir que o ICMS seja calculado com valores superiores ao da mensuração da operação, representa uma verdadeira majoração da carga tributária, sem existência de uma lei para tal finalidade, ou seja, não existe na lei previsão para cobrar ICMS de operações já ocorridas em valores superiores ao efetivamente praticado na operação. Que além disso, o artigo 197, inciso II, do Código Tributário Nacional, determina a intimação prévia e escrita da instituição operadora de cartões de crédito, para prestar informações sobre a movimentação financeira de cada indivíduo, o que não ocorreu no caso em tela.

Aduz que também não autorizou qualquer disponibilização dos dados bancários, sendo de extrema necessidade que ocorresse, haja vista serem informações pessoais. Dessa forma, é o Poder Judiciário o órgão institucionalmente legitimado para resguardar os direitos do contribuinte.

No mérito, diz que se porventura forem ultrapassadas as matérias preliminares acima expostas, torna-se indispensável o exame do presente auto de infração em face da confusão feita pela fiscalização entre a falta de omissão de receitas e a falta de clareza na descrição da infração cometida, que viciou o auto de infração de nulidades, não podendo, assim, prosperar a exigência fiscal.

Alega que a infração 1, se a presunção é de omissão de receita/saída, sem a emissão do documento fiscal, a operação deve ser tributada segundo a regra aplicável aos demais sujeitos passivos, conforme estabelece a alínea "f" do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 2006 e a tributação e a penalidade devem respeitar as regras do Simples Nacional, conforme estabelecido no art. 86 da Resolução CGSN nº 94, de 2011.

Sucedendo que a autuante, ao aplicar o percentual do suposto débito, relativo ao ICMS, aplicou as alíquotas em desacordo com a tabela do anexo I da aludida lei, aplicável no cálculo do Simples Nacional. Que na suposta omissão de receita, ora impugnada, a alíquota a ser aplicada do imposto relativo ao ICMS está configurada na tabela supra mencionada.

Na infração 2, diz que as receitas das vendas dos produtos da substituição tributária, declaradas na DASN, estão maiores que os valores registrados nas reduções Z. Alega que atua no comércio varejista de mercadorias, como pequeno comerciante e sendo certo que, na "Redução Z" que representa o resumo diário das operações ou prestações com a situação tributária e as alíquotas aplicáveis a cada mercadoria, para efeito de escrituração da Autuada, conforme prevê o art. 323 § 3º do RICMS/BA.

Ressalta que independentemente do regime de tributação adotado pela empresa, as mercadorias foram sempre cadastradas corretamente no ECF, de acordo com a sua situação tributária e com as

alíquotas ou carga tributária do ICMS efetivamente aplicada nas operações que realiza e inclusive na venda de produtos sujeitos ao benefício da redução de base de cálculo, assim como, os produtos sujeitos à substituição tributária, para ajustar a tributação efetiva dessas mercadorias comercializadas através de ECF, sendo cadastrada no equipamento a carga tributária que corresponde efetivamente aplicável à operação.

Que dentre os vários produtos que comercializa a Autuada estão cervejas e refrigerantes, que ficam dispensados do oferecimento da tributação do ICMS em razão do mecanismo de retenção e repasse do imposto pelo instituto da substituição tributária. Sendo certo que o regime de substituição tributária encerra o ciclo de tributação, ilógico seria tributar normalmente as operações subsequentes. Note-se claramente, que a Autuante ignorou a realidade do fato gerador já acontecido e passou a constituir em fato presumido totalmente dissociado da verdade, passando a exigir ICMS inexistente.

Que conforme se verifica no ANEXO 1 – APURAÇÃO DA DIVERGÊNCIA DAS VENDAS COM CARTÃO DE CRÉDITO (TEF), confrontando entre a coluna TOTAL INFORMADO PELAS ADMINISTRADORAS (A) e a coluna DOCUMENTOS EMITIDOS COM VENDA DE CARTÃO REDUÇÃO Z (B) constam no ano de 2008 nos meses: janeiro, abril, junho, julho e agosto, valores da redução Z, superiores ao informado pela administradora de crédito e débito. E pergunta onde está como dito no auto - *“Vendas em cartão sem emissão de cupom fiscal.”*?

Aduz que o confronto deveria ser efetuado, mensalmente, entre as informações prestadas pelas administradoras, com os totais declarados (redução Z + e/ou notas fiscais de vendas a consumidor), que ora requer e impõe seja feita a diligência para a apuração, mensalmente. Que prosseguindo, a autuante diz que *“desse modo, aplicamos sobre o valor das saídas a mesma proporção encontrada nas entradas das referidas mercadorias, resultando para o citado mês o percentual de 31,26%, mas não há no Auto de Infração em tela, o percentual demonstrado acima, ou qualquer tipo de cálculo apresentando tal percentual. De igual modo, não há prova no Auto de Infração em tela, que ao final foi deduzido do ICMS declarado/recolhido.”*

Protesta que exigir que o ICMS da Autuada seja calculado com valores superiores ao da mensuração da operação, representa uma verdadeira majoração da carga tributária, sem existência de uma lei para tal finalidade, ou seja, não existe na lei previsão para cobrar ICMS de operações já ocorridas em valores superiores ao efetivamente praticado na operação e que Tal conduta também é proibida pelo art. 97 do Código Tributário Nacional

Quanto às multas e aos valores que incidiram sobre a obrigação principal, conforme demonstram as razões expostas nesta peça, inexistem, visto que o acessório segue o principal. Que em caso de entendimento contrário, mister se faz a elaboração de nova planilha contábil, primando pela observância dos dispositivos legais e conferindo à notificada a mais perfeita justiça. Diante do exposto impugna o referido Auto, pois juridicamente é inválida a exigência contida no mesmo.

Pede seja declarada a nulidade da notificação objeto, e se assim não entendido, seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores auferidos pela Fiscal aos meses relacionados, comprovando as alegações de erro na apuração aqui alocadas, do período constante no Auto de Infração, em confronto com os relatórios emitidos pelas operadoras de cartões de crédito, residente no presente Auto de Infração,

Na informação fiscal, a autuante diz que nas questões arguídas pela defesa enfocam as seguintes situações:

- Falta de clareza do Auto de Infração;
- Segregação da receita dos produtos da Substituição Tributária - bitributação;
- Enquadramento da Infração 01;
- Quebra do sigilo bancário;

Alega que a descrição dos fatos verificados no levantamento fiscal seguiu orientação prevista no art.39, inciso III do RPAF/99, de modo que os fatos foram narrados de forma clara, precisa e sucinta, pois na condição de contribuinte optante pelo Simples Nacional, a apuração mensal do imposto deverá obedecer à regra prevista nos art.18 a 20 da Lei Complementar 123/06.

Que a partir do confronto entre as informações das Reduções Z, fls. 198 a 332, e as informações dos extratos do simples nacional, fls. 128 a 197, comprovou que o contribuinte não declarou tudo que vendeu, conforme trecho transcrito da descrição dos fatos, folha 01 do Auto de Infração, pois as receitas declaradas na Declaração Anual do Simples Nacional – DASN, estão em valores inferiores às receitas apuradas nas Reduções Z, indicando que o contribuinte não declarou tudo que vendeu.

Aduz que o contribuinte declarou somente parte da receita que obteve com as vendas das mercadorias e a título de exemplo, destaca o exercício de 2008 no qual apurou o total de R\$3.148.967,99 de vendas informadas nas Reduções Z, enquanto que na DASN só consta declarado o valor de R\$1.473.042,32. Portanto, o contribuinte deixou de declarar o valor de R\$1.675.925,67 de receita auferida com as vendas de mercadorias.

Que por meio do valor acumulado no GT (Totalizador Geral), informado nas Reduções Z anexadas nas folhas 198 às 332, comprova o montante da receita bruta auferida nos exercícios de 2008, 2009 e 2010 e no levantamento fiscal, foram utilizadas as receitas líquidas, após a exclusão do valor das vendas canceladas.

Para um melhor entendimento do exemplo citado na descrição dos fatos na folha 1, correlaciona em planilha apresentada na informação fiscal, as receitas registradas nas Reduções Z com as receitas informadas nos extratos do simples nacional, para demonstrar que a partir do mês de março/2008 o Contribuinte passou a declarar valores de receitas inferiores aos valores encontrados nas Reduções Z.

Diz que o contribuinte incorreu na infração 1 por ter informado receita menor que a receita que efetivamente auferiu e, conseqüentemente, por ter aplicado alíquota menor que a devida, se tivesse declarado toda a receita que ganhou com as vendas de suas mercadorias.

Explica que a segunda etapa do procedimento fiscal foi realizada para averiguar se o contribuinte vendeu mercadorias com pagamento em cartão de crédito/débito sem emissão de documento fiscal. Essa verificação se deu conforme art.34 da LC 123/06 que prevê a aplicação do método de presunção de omissão de receita estabelecido no § 4º do art. 4º da Lei 7014/96, na auditoria de empresas do Simples Nacional, e através do cruzamento entre as informações das Administradoras de Cartões e as vendas em cartões registradas nas Reduções Z, constatou omissão de saídas nos meses em que as vendas registradas foram inferiores às vendas informadas pelas operadoras de cartões.

Que em se tratando de levantamento fiscal efetuado por presunção legal, a legislação aplicável para apurar o imposto devido sobre a receita omitida pelo Contribuinte está prevista no art.18 a 20 da LC 123/06. Desse modo, a receita omitida foi somada às receitas auferidas com as vendas registradas nas Reduções Z para definição da alíquota incidente com a utilização da tabela do Anexo I da supracitada Lei.

Ainda, o tratamento tributário sugerido pela impugnante prevê a incidência de alíquotas maiores que as estabelecidas para o Simples Nacional, uma vez que, essa regra determina que seja observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas.As divergências encontradas entre as informações das operadoras de cartões e as informações das vendas em cartões registradas nas Reduções Z, suscitaram novas dúvidas.

Que se o Anexo 1, Apuração da Divergência das Vendas com Cartão de Crédito (TEF), fls. 90, informa que nos meses de fevereiro, março, maio, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2008, os valores das vendas em cartão registrados nas Reduções Z foram inferiores aos valores

enviados pelas Administradoras de cartões, logo, presume-se que o contribuinte realizou venda com pagamento em cartão sem emissão do devido cupom fiscal para acobertar a operação de saída da mercadoria.

Aduz que o objetivo da auditoria é identificar o valor das vendas em cartão sem emissão de documento fiscal. No cruzamento dos dados foi constatado divergências nos meses de fevereiro, março, maio, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2008 que apontam para o fato descrito na Infração 2. No presente caso, a verificação foi realizada a partir do cruzamento entre o total mensal das vendas em cartão, registradas nas Reduções Z e o total mensal das vendas informadas pelas Administradoras. O contribuinte não apresentou notas fiscais de vendas ao consumidor para que estas notas fossem associadas às vendas em cartão, informadas pelas Administradoras, através de data e de valor.

Que sem entrar no mérito do que motivou a produção do resultado - valores das vendas em cartão registrados na redução Z superiores aos informados pelas Administradoras - esclarece que o valor considerado pela Autuada, como possível excedente das vendas em cartão, foi contabilizado no total apurado nas Reduções Z (R\$3.148.967,99), afinal, foram vendas apuradas nesses documentos, vendas realizadas com emissão de cupom fiscal.

Alega que as vendas em cartão e as efetuadas em outras formas de pagamento, registradas nas Reduções Z, que não foram declaradas, foram cobradas no montante do valor da infração 1. As vendas em cartão não registradas nas Reduções Z, divergências constatadas nos meses de fevereiro, março, maio, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2008, para cujas operações não foram emitidos os cupons fiscais, foram cobradas na infração 02.

Explica que levantamento fiscal em andamento totalizou a receita do contribuinte, acrescentando às vendas apuradas nas Reduções Z, as vendas com pagamento em cartão não registradas nas Reduções Z. Dessa forma, as novas receitas resultantes do levantamento fiscal foram superiores às receitas constantes nos extratos do Simples Nacional, por isso, alcançaram faixas de receitas maiores e, conseqüentemente, alíquotas maiores da tabela do Anexo I da Lei Complementar 123/06.

Que como se trata de empresa que comercializa também, produtos da substituição tributária, somente após a segregação da receita proveniente das vendas desses produtos é que se determinou a receita que foi submetida às alíquotas do Anexo supracitado e a segregação da receita da substituição tributária se deu conforme descrição transcrita da página 01. Ressalta que mensalmente o contribuinte informou a receita da substituição tributária em valor superior ao efetivamente encontrado na Redução Z. Assim, no mês de janeiro/2008 apurou na redução Z o percentual de 1,03% de receita ST, enquanto que na DASN o percentual declarado é 57,65%.

Que diante da inconsistência dos dados acima, cujos valores não guardam nenhuma correlação e, pelo fato de as receitas da ST apuradas nas Reduções Z dos exercícios fiscalizados não corresponderem a realidade de um mercadinho, passou a adotar a orientação prevista no item 1 da IN 56/07 para excluir da base de cálculo do imposto as receitas provenientes das vendas das mercadorias da substituição tributária, já tributadas. Desse modo, aplicamos sobre o valor das saídas a mesma proporção encontrada nas entradas das referidas mercadorias, resultando para o citado mês o percentual de 31,26%.

Constatou que as receitas da substituição tributária registradas nas Reduções Z, chegam a ser irreais para a atividade de mercadinho exercida pela empresa. Na Redução Z do mês de janeiro/2008, por exemplo, apurou o valor de R\$221.963,81 de receita total. Nesse montante encontrou o valor de R\$2.289,20 de receita proveniente das vendas das mercadorias da substituição tributária, representando apenas 1,03% da referida receita.

Que o resultado apurado está em completo desacordo com a afirmação da Autuada, de que as mercadorias foram cadastradas corretamente no ECF. Conforme relatório às fls.97, demonstra que a proporção das mercadorias da Substituição Tributária encontrada nas Reduções Z não condiz

com a proporção encontrada nas receitas declaradas. Para comprovar o percentual encontrado no mês de janeiro/2008, citado como exemplo, anexa planilha e cópias das Reduções Z, fls.16 a 56.

Diante das inconsistências dos dados apresentados nas Reduções Z(percentual de ST incompatível com a realidade de um mercadinho),e na DASN (o Contribuinte não declarou tudo que vendeu), verificadas em todo o período fiscalizado, optou pela orientação prevista no item 1 da IN nº 56/2007, aplicando a proporção encontrada no Livro Registro de Entradas, fls. 333 a 579, para segregar a receita da substituição tributária.

Que a base de cálculo resultante das informações coletadas nas Reduções Z, pelas razões demonstradas, foi desqualificada para o levantamento do ICMS devido, unicamente pelo fato de conter possíveis valores já tributados, o que acarretaria a bitributação, questionada pela Autuada. Que as informações dos Extratos do Simples Nacional/DASN também foram desqualificadas, vez que, o contribuinte não declarou todas as suas receitas. Portanto, o percentual gerado através desses dados estaria distorcido e por isso, as informações constantes nos Livros Registros de Entradas foram consideradas como parâmetro mais confiável para proceder à segregação da receita da substituição tributária.

Anexa planilha contendo as informações das vendas dos produtos da Substituição Tributária do mês de janeiro/2008 juntamente com as cópias das Reduções Z para demonstrar, por amostragem, que os dados relativos a esses produtos não refletem a realidade mercantil do contribuinte, conforme foi visto anteriormente (fls. 16 a 56 e 97). Anexamos cópias dos Livros Registros de Entradas, cujas informações foram utilizadas como parâmetro mais seguro para fazer a segregação da receita da substituição tributária (fls. 333 a 579), assim como, os demonstrativos que resultaram desse procedimento (fls.97, 105 e 113).

Quanto ao percentual de 31,26% incidente sobre a receita mensal do exercício de 2008, reitera que o critério utilizado para a aplicação do percentual de 31,26% definido para o exercício de 2008, foi devidamente demonstrado através de planilhas e cópias das Reduções Z, acostadas às folhas 16 a 57 e 97, como, também, para os exercícios de 2009 e 2010, folhas 105 e 113, respectivamente.

Na descrição da etapa final do procedimento fiscal, empregou a expressão “diferenças acumuladas” para determinar os valores do ICMS-Simples Nacional resultantes da diferença entre o ICMS devido e o ICMS declarado/recolhido que, acumulados mensalmente totalizaram os valores cobrados nas infrações 01 e 02. Para comprovar que o valor do ICMS recolhido pela autuada foi deduzido do valor do ICMS devido, calculado em função das novas receitas apuradas no levantamento fiscal, indica os relatórios anexados nas folhas 95, 103 e 111, referentes aos exercícios de 2008, 2009 e 2010.

Diz que o procedimento fiscal seguiu metodologia de cálculo prevista na legislação do Simples Nacional, de forma que, a cobrança do imposto em valor superior ao declarado não constitui majoração da carga tributária, e sim, a constatação de que a Autuada informou no PGDAS receita menor que a obtida com as vendas de suas mercadorias, fato tipificado na infração 01, no valor histórico de R\$258.526,44, como também, não emitiu os documentos fiscais do valor apurado no levantamento das operações de vendas com pagamento em cartão, fato tipificado na infração 02, no valor histórico de R\$7.495,71.

Ressalta que a infração de maior valor pecuniário, cometida pela Autuada, está relacionada ao fato de não ter declarado devidamente toda a receita auferida com as vendas de suas mercadorias. Relativo ao enquadramento da Infração 1, o art. 21, I da Lei Complementar 123/06, dispõe que “*os tributos devidos, apurados na forma dos arts. 18 a 20 desta Lei Complementar, deverão ser pagos: 1 - por meio de documento único de arrecadação, instituído pelo Comitê Gestor.*” A regra determina que o contribuinte deverá apurar o ICMS na forma prevista nos art. 18 a 20 da LC 123/06 e fazer o recolhimento através de documento único de arrecadação (DAS).

Assim, a lavratura do Auto de Infração se deu com observância das regras previstas nos art. 38 a 47 do RPAF (Decreto Nº 7.629/99), pois, os fatos constatados no levantamento fiscal foram

descritos de forma clara, precisa e sucinta, em linguagem simples e compreensível, com a tipificação legal e determinação dos valores cobrados por cada infração cometida, seguida dos demonstrativos de cálculo e provas documentais, conforme foi explanado.

Sobre a alegada quebra do sigilo bancário, nesse sentido, a Lei Complementar nº 105/01 foi regulamentada para disciplinar o envio das informações das Administradoras de cartões sem violar o dever de sigilo obrigatório - art. 2º do Decreto 4489/2002. Desse modo, essas informações foram prestadas sem constituir violação do dever de sigilo exigido para as operadoras de cartões, conforme previsão dos incisos V e VI, do §3º, do art.1º, da LC 105/01.

Quanto ao fato argumentado pela Autuada, de que o auto de infração foi lavrado somente com base nos dados enviados pelas Administradoras sem buscar outros elementos, informamos que esses dados foram enviados conforme previsão do art. 2º do Decreto 4489/02, sem apresentar nenhuma ocorrência descrita no § 4º do art. 5º da LC 105/01 que justificasse a requisição de outros documentos.

Alega que a impugnante apresentou defesa sem indicar provas que validassem os seus argumentos, limitando-se a arguir a nulidade do Auto de Infração por ofensa aos princípios constitucionais. Por todo o exposto, não procede o pedido de diligência nem de nulidade do Auto de Infração.

Em pauta suplementar de 24 de janeiro de 2014, o processo foi convertido em diligência à Infaz de origem, para intimar o autuado apresentar no prazo de 10 dias, demonstrativo analítico das saídas tributadas e não tributadas, de forma a se comprovar os valores informados na DASN, como sendo de operações sujeitas à substituição tributária. Que não havendo justificativa por parte do impugnante, aplicar os percentuais de substituição tributária apurado pelas entradas, mensalmente, e não o valor da média para todos os meses. Em seguida, o impugnante deverá ser cientificado da alteração dos valores, entregando-lhe o demonstrativo e reabrindo-se prazo de defesa de 30 dias.

À fl. 656, consta intimação do autuante para apresentação dos documentos fiscais que comprovem as receitas provenientes com produtos da substituição tributária. Às fls. 658/679 foram apresentados novos demonstrativos, a partir do resultado da diligência, que à falta de comprovação do pedido feito, utilizou mensalmente os valores de ST encontrados nas entradas declaradas. Às fls. 682/83, estão os resumos dos demonstrativos de débito extraídos das planilhas alteradas pela diligência e à fl. 685 consta termos de ciência do impugnante, que intimado a se manifestar, silenciou.

VOTO

O impugnante arguiu em preliminar, nulidades que foram bem resumidas na informação fiscal, a quatro aspectos a serem considerados. Falta de clareza do auto de infração, segregação da receita dos produtos da substituição tributária, enquadramento legal das infrações e quebra do sigilo bancário.

A alegada falta de clareza não subsiste, visto que o autuante pormenorizadamente, explicou as infrações cometidas, conforme descrição dos fatos, tanto na infração 1, como na infração 2, quando se constatou que a DASN não considerou integralmente os valores de receitas apuradas na redução Z e das vendas feitas com cartões de débito/crédito, além de atribuir um percentual elevado das vendas com substituição tributária, sem a devida comprovação documental, diminuindo assim, a receita tributável declarada.

O enquadramento da infração remete à Lei complementar 123/06 e à forma de apuração simplificada do imposto estadual. É oportuno citar aqui, que mesmo que o enquadramento fosse totalmente discrepante da descrição dos fatos, isto por si, não se traduz em nulidade, conforme preceitua o art. 19 do RPAF, abaixo transcrito.

Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

As duas infrações estão devidamente claras, a primeira por recolhimento a menos em virtude das omissões constatadas nas reduções Z e a segunda pela omissão constatada nas vendas por meio de cartões de débito/crédito, visto que todos os relatórios, inclusive os da transmissão eletrônica de fundos - TEF, fornecidos pelas Administradoras, foram entregues ao impugnante, conforme recibo de fls. 580.

Por fim, quanto à quebra do sigilo bancário, em virtude dos dados fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito, evidentemente tal informação advinda das administradoras não se trata de quebra de sigilo bancário, da mesma forma como a movimentação da CPMF era fornecida à Receita Federal, independente de autorização do titular da conta. No caso em lide, tal autorização está prevista no art. 35-A, da Lei 7.014/96:

As administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

Assim, eventual inconstitucionalidade do dispositivo não pode ser apreciado no âmbito do julgamento administrativo, conforme disposto no art. 167, I do RPAF. Com relação à segregação de receitas dos produtos incluídos na substituição tributária, quando a exemplo da cerveja, tal imposto já teve tributação encerrada. Assim, é evidente que eventuais vendas não declaradas devem ser levadas em conta, para que não se tribute operações com mercadorias cujo imposto foi integralmente pago por antecipação. Para isto, usa-se o critério da proporcionalidade, de forma a se contemplar nas omissões de receitas, os valores que se referem a estas operações com tributação encerrada.

Foi feito pedido de diligência para efetiva comprovação das saídas com ST, visto que, tomando-se o exemplo do exercício de 2008 havia claro desencontro entre a média declarada na DASN(60,28%) enquanto as receitas da redução Z apontava valores baixos, de 1,03%, 1,08% e até ZERO, sendo adotada a média das entradas em 31,26%. Assim, com o intuito de apurar a verdade material, visto que os valores declarados na DASN não podem ser aceitos de forma unilateral, sem a devida documentação probatória, a autuante pediu na intimação à fl. 656, que fossem apresentadas as devidas comprovações.

À fl. 657, sem as provas apresentadas, diz que procedeu ao levantamento com base nos percentuais mensais, conforme pedido da diligência(anteriormente aplicou a média anual em todos os meses) e que os valores calculados foram encontrados no livro registro de entradas, alterando o lançamento em diversos meses, reduzindo a infração 1 de R\$258.526,44 para R\$256.319,55 e a infração 2 de R\$7.495,71 para R\$4.905,50.

Como o impugnante não se pronunciou sobre o novo cálculo, não contestou a média apresentada nem apontou erro material, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, 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*, e também o Art. 142 – *a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elementoprobatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária*.

Assim, restou comprovada, mediante diligência, que a aplicação da substituição tributária no cálculo da DASN foi em valor superior aos efetivamente apurados, que houve omissão de receitas na redução Z, conforme relatórios do processo, e por fim, a inclusão das receitas advindas das vendas em cartão de crédito em valores superiores às que foram declaradas, gerando uma nova receita, e com isto nova alíquota, que implicou em recolhimento a menos da infração 1 e falta de recolhimento na infração 2. Não procede o argumento de que a autuante se utilizou de alíquota majorada à estabelecida em lei, já que há uma correlação entre receita e alíquota, pois uma vez aumentada a receita, aumenta-se a alíquota e o imposto a recolher.

A infração 2 distingue-se da infração 1, porque na primeira foi lançada receitas efetivamente comprovadas pelas reduções Z e pela não comprovação dos valores de percentuais atribuídos à substituição tributária. A segunda, decorre de presunção legal, estabelecida no art. 4º, parágrafo 4º, inciso VI da Lei 7.014/96, *in verbis*:

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

a) instituições financeiras;

b) administradoras de cartões de crédito ou débito;

Assim, a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. As vendas apontadas no relatório TEF diário, que implicaram na infração 2, poderiam ser elididas mediante comprovação de emissão de cupom fiscal ou notas fiscais de venda a consumidor, em valores e datas iguais às apontadas no relatório, e isto não foi feito na defesa.

Assim, considero superada mediante a diligência, a dúvida que foi estabelecida quanto ao critério de aplicação da proporcionalidade da substituição tributária, cujo demonstrativo está à fl. 658 para o exercício de 2008 e na fl. 665 para o exercício de 2009. Entendo que foi dirimida a questão suscitada na preliminar de nulidade quantos aos lançamentos em que se considerou a proporcionalidade declarada no livro de entrada, sem que houvesse qualquer contestação do contribuinte, que comprovasse os valores atribuídos na DASN.

No entanto foi constatado que alguns dos valores recalculados com base na nova média mensal de produtos da substituição tributária, acabaram ficando maior que o do lançamento original. Por outro lado, na infração os meses de outubro 2008, agosto de 2009 e julho de 2010, tiveram seus valores fracionados em duas partes no demonstrativo de débito, de forma que foram juntados os valores tanto no demonstrativo original como no da diligência e foi admitido o menor valor. Na infração 2, o mesmo sucedeu com o mês de outubro de 2008.

Assim, foi refeito o demonstrativo da diligência, tanto para a infração 1, como para a infração 2, conforme exposto abaixo:

INFRAÇÃO 01

DATA OCORR.	VENCIMENTO	VALOR HISTÓRICO
31/01/2008	15/02/2008	1.794,88
29/02/2008	15/03/2008	1.517,24
31/03/2008	15/04/2008	4.461,76
30/04/2008	15/05/2008	4.361,88
31/05/2008	15/06/2008	5.251,89
30/06/2008	15/07/2008	6.000,31
31/07/2008	15/08/2008	6.550,46
31/08/2008	15/09/2008	4.480,46
30/09/2008	15/10/2008	5.230,39
30/10/2008	15/11/2008	6.960,40
30/11/2008	15/12/2008	6.269,05
31/12/2008	15/01/2009	9.085,03
31/01/2009	15/02/2009	4.573,12
28/02/2009	15/03/2009	4.452,34
31/03/2009	20/04/2009	5.759,44

30/04/2009	20/05/2009	6.166,66
31/05/2009	20/06/2009	7.994,35
30/06/2009	20/07/2009	7.851,94
31/07/2009	20/08/2009	8.330,35
31/08/2009	20/09/2009	8.519,43
30/09/2009	20/10/2009	7.836,94
31/10/2009	20/11/2009	7.706,79
30/11/2009	20/12/2009	8.692,35
31/12/2009	20/01/2010	8.856,93
31/01/2010	20/02/2010	5.820,07
28/02/2010	20/03/2010	7.724,18
31/03/2010	20/04/2010	7.340,98
30/04/2010	20/05/2010	7.773,30
31/05/2010	20/06/2010	7.825,04
30/06/2010	20/07/2010	8.559,44
31/07/2010	20/08/2010	10.639,31
31/08/2010	20/09/2010	11.357,58
30/09/2010	20/10/2010	3.195,09
31/10/2010	20/11/2010	11.048,08
30/11/2010	20/12/2010	9.921,69
31/12/2010	20/01/2010	12.882,37
TOTAL		252.791,52

Infração 1 procedente em parte.

INFRAÇÃO 2

DATA OCORR.	VENCIMENTO	VALOR HISTÓRICO
29/02/2008	15/03/2008	53,39
31/03/2008	15/04/2008	277,85
31/05/2008	15/06/2008	290,19
30/09/2008	15/10/2008	793,55
30/10/2008	15/11/2008	882,40
30/11/2008	15/12/2008	820,40
31/12/2008	15/01/2009	582,63
31/01/2009	15/02/2009	629,90
28/02/2009	15/03/2009	184,46
31/03/2009	20/04/2009	94,76
30/04/2009	20/05/2009	136,84
TOTAL		4.746,37

Infração 2 procedente em parte.

Assim denego o pedido de exclusão das multas, pois são decorrentes do descumprimento de obrigação principal. No entanto, no exercício do controle de legalidade, constato que a multa de 150% na infrações 2 não procede, e inclusive já há jurisprudência deste Conselho, acerca da redução da multa de 150% para 75%, conforme excerto abaixo de ACORDÃO CJF Nº 0420-12/13 5, que confirmou decisão da 1ª JJF:

Derredor dessa matéria, há que se trazer à baila o trecho do voto do e. julgador da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, Dr. José Bezerra Lima Irmão, que norteou a Decisão expressa no Acórdão nº 0139-01/13, como segue:

(...)

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 Federal nº 9.430/96 c/c Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06. 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 acusado 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, deque cuida o § 1º do art. 44 da Lei federal nº 9.430/96”.

Isto posto, NEGOU PROVIMENTO ao apelo recursal, e de ofício corrijo o percentual da multa cominada à infração 2 para o percentual de 75%, conforme prevê o art. 44, I, da Lei Federal nº

9.430/96.

Pelo exposto, reduzo a multa aplicada na infração 2, de 150% para 75% e assim, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **232331.0003/13-9** lavrado contra **BOMBOMJA MERCADO PARAÍSO LTDA-ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$257.537,89**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 LC 123/06; art. 44, I da lei federal 9.430/96 de 27/12/96, com redação dada pela lei 11.488 de 15/06/07, e dos acréscimo legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO- JULGADOR