

A. I. N° - 222549.0007/13-8
AUTUADO - LUCIANA RABELO PINHO - EPP
AUTUANTE - RAIMUNDO OLIVEIRA MASCARENHAS
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
INTERNET - 27.11.2014

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0224/02/14

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. RECEITA TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **a)** CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES RESULTANDO EM DIFERENÇA NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. **b)** ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA A MENOR. Infrações não elididas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Modificado o percentual da multa aplicado na infração 01, que passa para 75% (art. 44, I, Lei 9.430/96), tendo em vista o disposto no art. 71 da Lei 4.502/64. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/12/2013, reclama ICMS no valor total de R\$115.816,38, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

- 01 – 17.03.02** - Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$39.291,20, referente a omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, nos meses de janeiro a março, junho, agosto a dezembro de 2010, janeiro a novembro de 2011, fevereiro a dezembro de 2012, conforme demonstrativos e documentos às fls.15 a 487.
- 01 – 17.02.01** - Efetuou recolhimento a menor do ICMS declarado, nos prazos regulamentares, no valor de R\$76.525,18, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2012, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por microempresas e empresa de pequeno porte – Simples Nacional, implicando em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, conforme demonstrativos e documentos às fls.15 a 487.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, em sua defesa administrativa às fls. 551 a 557, pediu a nulidade da autuação, pelos seguintes motivos.

Em preliminar, comenta que a prescrição extingue o direito, pertencente ao credor, da ação de cobrança do crédito tributário, também pelo decurso do prazo de 5 anos, contado da data da sua constituição definitiva à luz dos artigos 174 e 156, V, do CTN, e cita também o artigo 142 do CTN, que trata da competência privativa da autoridade administrativa de constituir o crédito tributário pelo lançamento. Nestes termos, requer a prescrição de toda e qualquer parcela adequada ao que determina o artigo 174 do Código Tributário Nacional.

Ainda em preliminar, requer a anulação do lançamento, com base na premissa de que recebeu notificação fiscal nº 222549.007/13-8 por entregar documentos fiscais, para a verificação de suposto recolhimento a menor do imposto ICMS antecipado, bem como por omissão de receitas

de vendas.

Comenta que determina o artigo 18 da Lei Complementar 123/2006 que o valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I dessa Lei Complementar.

Assim, aduz que verificando o referido anexo, e em conformidade com os recolhimentos efetivados pelo autuado, não deve as diferenças apuradas, haja vista ter pago o recolhimento devido dos mesmos, conforme tabela apresentada no corpo da peça defensiva.

Afirma que nunca deixou de recolher os impostos ora devidos, bem como o fez em conformidade com a legislação vigente.

Discordou da acusação de que não fez na razão das declarações das demais empresas mediante declarações de rendimentos, dizendo que não coaduna com a realidade, pois, nas operações mediante cartão de crédito, as notas determinam quando há ou não parcelamento, e assim, nos casos de parcelamentos os valores apurados não são totais e sim parciais, não incidindo o imposto no total das operações. Frisa que se assim fosse, estaríamos diante de um caso de lesa aos micros empreendedores, pois sem a referida renda estariam a pagar um valor muito superior ao realmente recebido por aquelas administradoras.

Ressalta ainda que, dada a repartição constitucional de competência tributária, sobre a operação de compra e venda mercantil incide o ICMS, destinado ao Estado; ao passo que sobre a operação de financiamento incide o IOF, de competência da União.

Sendo assim, entende que quando entre o alienante e o consumidor houver a intermediação de uma instituição financeira, a qual, por força de contrato previamente firmado, empreste numerário suficiente para que o adquirente quite o preço como se à vista fosse junto ao vendedor, os encargos financeiros decorrentes desse financiamento não comporão a base de cálculo do ICMS, mas remunerarão o capital mutuado, podendo sobre eles incidir o IOF, de competência da União.

Transcreve a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre venda a crédito através de financiamento, citando, inclusive a Súmula 237 do STJ, para mostrar que não há incidência de ICMS nas operações a crédito, (cartões de créditos), onde haja financiamento por instituição

Financeira.

Neste contexto, aponta que há falha latente no auto de infração objeto do PAF, uma vez que, inobservando tal assertiva impõem o recolhimento de um imposto indevido bi-tributando o ora autuado, haja vista que o mesmo já pagou o referido imposto (IOF).

Prosseguindo, aduz que determina o art. 38 da Lei Complementar 123/2006 que o sujeito passivo que deixar de apresentar a Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica a que se refere o art. 25 desta Lei Complementar, no prazo fixado, ou que a apresentar com incorreções ou omissões, será intimado a apresentar declaração original, no caso de não-apresentação, ou a prestar esclarecimentos, nos demais casos, no prazo estipulado pela autoridade fiscal, na forma definida pelo Comitê Gestor.

Argumenta que em momento algum foi intimado a apresentar declaração original retificadora, tendo tão somente imposto as sanções, retirando-lhe um direito, de fazer tal recolhimento, se realmente devido, sem a incidência das altíssimas multas ora vislumbradas no auto de infração ora impugnado.

Observa que não se enquadra nas hipóteses de sonegação, pois inexistente dolo, haja vista que realizou o recolhimento previsto na forma regulamentada pelo Simples Nacional, pautada no seu faturamento, conforme se poderá vislumbrar nos documentos de recolhimento, e que também não cometeu fraude, haja vista a necessidade de uma ação ou omissão dolosa.

Por outro lado, diz que se não bastasse tais entendimentos a nossa Carta Magna (arts. 150, I, 152 e 155, 2º, I, VII e VIII) confere tratamento diferenciado, e ao qual não vem se observando,

inclusive que este é também o entendimento jurisprudencial que transcreve.

Com base nisso, destaca que se assim proceder, estaríamos diante de uma bitributação, pois se pagaria o referido imposto de forma muito superior até ao valor previsto pelo Estado da Bahia, onerando de sobremaneira, as microempresas e empresa de pequeno porte.

Assim, entendendo que por restar claro, que o referido auto de infração além de não ter garantido ao autuado o direito de corrigir eventuais erros e recolher aos cofres estaduais aquilo que devido, bem como, por determinar recolhimento diferencial indevido, e ainda por existir prescrição de alguns valores, requer a sua improcedência.

Conclui requerendo a completa anulação do referido auto de infração com aplicação de valores totais, já incluso multas, em razão da Súmula 237 do STJ que determina "Nas operações com cartão de crédito, os encargos relativos ao financiamento não são considerados no cálculo do ICMS."

Além disso, que no caso de indeferimento da presente impugnação que lhe seja dado o direito ao parcelamento dos valores e as reduções previstas em Lei.

Requer ainda, nesta oportunidade a vinculação dos referidos procuradores, para responder a quaisquer intimações, devendo as mesmas serem enviadas diretamente ao endereço encartado no preâmbulo de sua defesa, por entender ser de direito.

O autuante em sua informação fiscal às fls.562 a 566, não concordou com a alegação defensiva de que recebeu notificação fiscal nº 222549.007/13-8 por entregar documentos fiscais, para a verificação de suposto recolhimento a menor do imposto ICMS antecipado, bem como por omissão de receitas de vendas, esclarecendo que o autuado foi intimado para apresentar a fiscalização os documentos fiscais contido na intimação no período de 01/01/2009 a 31/12/2012, e assim feito. Explica que levantando os dados foram surgindo às pendências, quais sejam: *Verificou-se no Portal do Sistema da SEFAZ – INC (TEF) TRANSFERENCIA ELETRONICA DE FUNDOS, que o contribuinte vendia bastante através de cartão de crédito e/ou débito neste período, e que não estava sendo informado através da redução Z, documento obrigatório para informação das vendas inclusive com cartão de crédito e/ou débito que geram receitas. O ano 2009 está correto. A partir 2010, os valores apresentados pela empresa divergem das informações emitidas pelas operadoras de CARTÃO DE CRÉDITO conforme as fls. de nºs. 15, 27 e 42, dos demonstrativos em que os valores das vendas em cada ano através do cartão de Crédito e/ou Débito é bastante expressivo. Apresentou o quadro abaixo, para mostrar os dados informados contendo os valores de cada ano entre operadoras e empresa.*

	Total informado p/administradoras	Total informado pela empresa
2010 Pags. 15	R\$ 695.912,02	R\$ 77.698,50
2011 Pags. 27	R\$ 759.530,24	R\$ 10.423,59
2012 Pags. 42	R\$ 635.596,35	R\$ 21.167,09.

Chama a atenção que verificando as planilhas nas páginas acima mencionada na primeira coluna encontrou as informações das administradoras de Cartão e logo na segunda coluna encontrou os valores informados pela empresa através da Redução Z, emitida pela máquina registradora conforme Xerox das reduções nas páginas de nºs 00054 a 000487. Frisa que a defesa não pronunciou quanto a omissão nas informações relatadas.

Observa, ainda, que a DASN PGDAS é informada pelo autuado todos os meses, contém a cesta básica dos impostos incidentes do Simples Nacional, e que o Art. 13 da Lei Complementar nº 123 de dezembro de 2006 reza sobre o recolhimento mensal, dos impostos de cada órgão que compõe a cesta mediante documento único de arrecadação dos impostos e contribuições: IRPJ, CSLL, COFINS, PIS/PASEP, CPP, ICMS, IPI e ISS.

Quanto a arguição de prescrição, o autuante sustenta que não houve prescrição de prazo, pois o sujeito passivo foi intimado compreendendo o período de 01/01/2009 a 31/12/2012 sendo lavrado o

auto em dezembro de 2013, e diz que não entendeu como a defesa pede nulidade alegando prescrição e decurso de prazo de cinco anos, por acreditar que não foram observadas as datas do período fiscalizado.

Destaca que a defesa reconheceu a lavratura do auto ao relatar os passos seguidos quando aludiu o Art. 142 citados por ela. Ressalta que está constituído o crédito tributário através do lançamento, sendo verificado o fato gerador da obrigação correspondente, determinado a matéria tributável, foi calculado o montante do tributo devido, identificado o sujeito passivo e aplicado as penalidades cabíveis. Demonstrou não entender o pedido de nulidade ao citar o art. 142, pois foram seguidos os passos pela fiscalização sem contestar nenhum item descrito.

Quanto ao pedido de anulação da notificação fiscal, sob alegação de que não deixou de apresentar notas de venda e recolher o devido imposto nos termos do art.18 da LC nº 123/2006, o autuante esclarece que em nenhum momento o autuado falou da Receita Bruta Mensal que são vendas através do cartão Crédito/Débito, vendas outras como Cupom Fiscal, Nota Fiscal Eletrônica. Destaca que estes são os elementos que compõem a base de cálculo total para determinar o valor do imposto no SIMPLES NACIONAL, e que este imposto é calculado através do PGDAS e recolhido através do DAS até 2011. Lembra que a partir do ano 2012 o programa é PGDAS-D, que calcula e emite o DAS para recolhimento (DAS) Documento de Arrecadação do Simples Nacional).

Sobre a alegação defensiva de que as operações através de cartão de crédito, que as notas determinam quando há ou não parcelamento e nos casos de parcelamento os valores apurados não são totais, e sim parciais, não incidindo o imposto no total das operações, o autuante destaca o alegado pelo autuado, ou seja, que dada a repartição constitucional de competência tributária, sobre a operação de compra e venda mercantil incide o ICMS, destinado ao Estado, ao passo que sobre a operação de financiamento incide o IOF, de competência da União.

Pondera que a defesa não deixou clara a alegação de venda através de cartão de crédito ou débito. Observa que quando for CRÉDITO incide taxas e juros para remunerar o CAPITAL, estimular o financiamento das operadoras e cobrir o risco com a insolvência de alguns clientes, e quando a venda for a DÉBITO o valor é retirado da conta do cliente, não há risco para a operadora. Porém, as vendas através do cartão geram receitas e devem ser oferecido a tributação total.

Prossegue que a defesa não relatou nada sobre a venda através de cartão, deixando mais dúvida com suas explicações, posto que estão fora do contexto aqui discutido, pois a questão está focada nas receitas de vendas da citada empresa por não ser informadas corretamente, por isso teve influência diretamente no cálculo do imposto do SIMPLES NACIONAL e concomitantemente com o valor do ICMS.

Quanto às demais alegações relativas à jurisprudência do STJ, frisa que a defesa não entendeu o assunto exposto no auto de infração, pois sempre está falando de operação financeira e IOF, e que em nenhum momento o auto teve conotação financeira, cuja autuação decorre da apresentação da Receita Bruta Total para oferecer a tributação os valores corretos, aplicando as alíquotas corretas e gerar o imposto devido corretos. Assim o ICMS devido junto ao Simples Nacional tinha o destino certo a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Também considerou um equívoco da defesa quando faz referência aos artigos 25 e 38 da LC nº 123/2006, pois estes falam de Declaração Simplificada de Pessoa Jurídica, que tem de apresentar a SRF com as informações socioeconômicas e fiscais que serão disponibilizadas aos órgãos de fiscalização tributária e previdenciária no prazo e modelo aprovado pelo Comitê Gestor. Observa que em nenhum momento a empresa deixou de apresentar declaração, apenas deixou de somar as receitas diversas para oferecer a tributação: *NFe, cupom fiscal, vendas cartão de Crédito ou Débito...*

Frisa que a defesa reconhece o auto como legítimo, ao solicitar que seja dado o direito de recolher o imposto sem multa, o que entende não ser correto. Diz que não tem base legal conforme o Art. 35 da Lei Complementar 2006 que se aplicam aos impostos e contribuições devidos pela ME e EPP inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício prevista para o imposto de renda, inclusive quando for o caso, ao ICMS.

Quanto a alegação de que não houve sonegação, pois inexistente dolo, e que efetuou o recolhimento mensal previsto na forma regulamentada pelo Simples Nacional conforme documentos de recolhimentos, o autuante sustenta que houve erros por parte do autuado e que para corrigi-los segue as normas da Lei conforme foi observado o Art. 35 Lei Complementar dezembro 2006.

Afirma que não houve descumprimento aos artigos 150, I, 152 e 155, 2º, I, VII, e VIII, 150, I, da CF, pois o que ocorreu não foi aumento de imposto, e sim erro na base de cálculo da apuração do imposto devido, faltando ao autuado observar o que determina a Lei.

Com relação à jurisprudência citada na defesa, o autuante destaca que não está dentro do contexto, fugindo o tema aqui discutido, não cabendo neste instante discutir tal procedimento.

Observa que: *“Continua a defesa pleiteando garantia a autuada o direito de corrigir eventuais erros e recolher aos cofres estaduais aquilo devido bem como, por determinar recolhimento diferencial indevido, bem como por existir prescrição de alguns valores, requer a improcedência do presente auto de infração”*.

Destaca que a defesa confessa o débito, pretende recolhê-lo espontaneamente, ao mesmo tempo em que pede a improcedência do auto de infração, o que na verdade é tudo que não pode ser feito pelos motivos já exposto no decorrer da informação fiscal, diz o autuante.

Assim, dizendo que a defesa não apresentou nenhum fato novo que viesse mudar os valores do auto de infração, manteve os valores inicialmente encontrados e informados.

Ante o acima exposto, com base na documentação apresentada e discordando dos argumentos da defesa, por entender não apresentar fatos novos a que viesse alterar os valores e descaracterizar o auto, pugna pela procedência da autuação.

Conforme despacho de diligência à fl.569, na Pauta Suplementar do dia 16/04/2014, considerando que o “PROTOCOLO DE ENTREGA DE DEMONSTRATIVOS E DOCUMENTOS DA EMPRESA”, às fls. 13 e 14 dos autos, encontra-se sem assinatura, o que não comprova o efetivo recebimento pelo sujeito passivo dos documentos que embasaram as acusações fiscais, inclusive dos Relatórios TEF Diários e por Operações, de forma a possibilitar o direito de ampla defesa do contribuinte, os membros desta 2ª Junta de Julgamento Fiscal, decidiram pelo encaminhamento do PAF em diligência à INFAZ de origem para que o autuante ou preposto designado providenciasse:

- 1) Anexasse aos autos os TEFs diários e por operações;
- 2) Fornecesse, sob recibo, ao contribuinte todos documentos que fundamentam as exações fiscais, inclusive os Relatórios TEF diários e por operações, reabrindo-lhe o prazo de defesa de 30 dias (trinta dias) para que apresentasse suas razões de defesa.

Às fls.571 a 782, foram acostados ao processo os “Relatórios Diários por Operações – TEF”, bem como, Protocolo de Entrega de Demonstrativos e Documentos da Empresa dos referidos TEFs, fl.783, e outro Protocolo de Entrega de Demonstrativos e Documentos da Empresa, fls.784 a 785, referente a entrega dos levantamentos e demonstrativos de apuração do débito.

Conforme despacho de fl.787, o processo foi baixado novamente em diligência à Infaz de origem para que, através de intimação, fosse reaberto o prazo de defesa de 30 (trinta) dias, uma vez que apesar de terem sido entregues anteriormente os TEFs Diários e levantamentos fiscais, não havia sido reaberto o prazo de defesa.

Conforme intimação e AR dos Correios, às fls.789 a 790, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal e dos documentos acostados ao processo, sendo-lhe entregues cópias (fls.562 a

566, 571 a 787), o qual, se manifestou à fl.791, requerendo seja deferida a prorrogação do prazo por mais 15 dias para se manifestar sobre os citados documentos.

VOTO

Preliminarmente, observo que na peça de defesa, o patrono do autuado analisa o artigo 142 do CTN, que trata da competência privativa da autoridade administrativa de constituir o crédito tributário pelo lançamento, deixando a entender que o autuante não teria competência para a lavratura do auto de infração em comento.

A competência legal, no Estado da Bahia, para que agentes de tributos efetuem lançamento tributário, decorreu da aprovação e promulgação da Lei nº 11.470/09 que transferiu a atribuição de lavrar Auto de Infração, antes privativa dos Auditores Fiscais, àquela categoria integrante do grupo fisco, isto a partir de 1º de julho de 2009. Assim dispôs o artigo 1º, parágrafo único, da Lei em referência, dispositivo que abaixo transcrevo para melhor elucidar a questão:

Art. 1º - Os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 107 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, que institui o Código Tributário do Estado da Bahia, passam a vigorar com a seguinte redação:

§ 1º - A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.

§ 2º - Compete aos Auditores Fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

§ 3º - Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Parágrafo único - A aplicação do disposto no caput deste artigo dar-se-á a partir de 1º de julho de 2009.

Logo, neste processo, por se tratar o autuado de contribuinte optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por microempresas e empresa de pequeno porte – Simples Nacional, o autuante na condição de Agente de Tributo Estadual tem competência para lavrar o auto de infração objeto do presente processo administrativo fiscal.

Em preliminar, comenta que a prescrição extingue o direito, pertencente ao credor, da ação de cobrança do crédito tributário, também pelo decurso do prazo de 5 anos, contado da data da sua constituição definitiva à luz dos artigos 174 e 156, V, do CTN

Analisando a arguição de [prescrição] à luz dos artigos 174 e 156, V, do CTN, constato que ele deve está se referindo à decadência dos fatos gerados do período objeto da autuação, para o qual, verifico que não assiste razão ao defendente, senão vejamos.

A discussão reside pois, na possibilidade ou não de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo ao período citado, ante a disposição do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

A controvérsia que se estabelece, por conseguinte, não diz respeito à matéria das exigências naquele período. Instaura-se em questionamento jurídico, quer seja, se houve ou não lançamento válido pelo Fisco, diante da regra de caducidade do direito de o Fisco de constituir o crédito tributário.

Consoante o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, *"o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado"*.

Já o parágrafo único do mesmo artigo reza que "o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento".

Ou seja, o entendimento no âmbito do CONSEF é de que a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o fisco tem 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.

No presente caso, para o crédito tributário objeto do lançamento tributário, vencido no período de janeiro de 2010 a novembro de 2011, considerando-se que o lançamento ocorreu em 26/12/2013, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/2008, findando-se em 31/12/13.

Ainda em preliminar, requer a anulação do lançamento, com base na premissa de que recebeu notificação fiscal nº 222549.007/13-8 por entregar documentos fiscais, para a verificação de suposto recolhimento a menor do imposto ICMS antecipado, bem como por omissão de receitas de vendas.

Sobre esta alegação, verifico se tratar de questão meritória, que será analisada por ocasião do mérito das imputações.

No plano formal, o lançamento tributário foi feito em perfeita obediência às disposições contidas na legislação tributária, não havendo desta forma, inobservância de preceitos legais específicos quanto aos fatos geradores das respectivas infrações como infringidos, o que lhe impossibilitou de exercer o seu direito constitucional da ampla defesa, relativamente as informações constantes no programa de geração de cupom fiscal denominado de SIAF - Sistema Integrado de Administração Financeira e homologado pela SEFAZ, onde ficam armazenados todos os dados referente a qualquer tipo de venda, no seu estabelecimento, inclusive as realizadas com pagamento em cartão de crédito ou débito.

Ademais, cabe ressaltar que o processo foi baixado em diligência a pedido do órgão julgador, conforme despacho de fls.787, sendo reaberto o prazo de defesa por trinta dias, e entregues todos os levantamentos e demonstrativos necessários para que o sujeito passivo exercesse com plenitude a ampla defesa e o contraditório, inclusive os Relatório Diário por Operação (TEF) fornecido pelas administradoras de cartões de crédito e débito.

Assim, a esta altura processual, não há porque se falar em nulidade do lançamento tendo em vista que foram entregues ao sujeito passivo as Planilhas do AUDIG e o Relatório Diário Operações TEF – fls.571 a 782, documentos suficientes e esclarecedores da origem dos débitos lançados no auto de infração, para o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Portanto, não prospera a arguição de não observância de preceitos legais específicos quanto aos fatos geradores das respectivas infrações, não estando comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, trata-se de Auto de Infração relativo à constatação de duas infrações, sendo a primeira relativa à exigência do ICMS decorrente da 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 e administradora de cartões e a segunda infração em função do recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte optantes do Simples Nacional, decorrente de erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor.

Ou seja, no item 01 foi exigido o ICMS sobre a omissão de saída de mercadorias, por presunção legal, apurado por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao informado pelas instituições financeiras e administradoras de cartões.

Já o item 02, faz referência a valores deixados de recolher pelo Regime Especial Unificado de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor.

O débito lançados nas infrações acima citadas foram apurados com base nas planilhas eletrônicas constantes nos autos, cuja receita normal está relacionada, mês a mês, enquanto que as operações com cartão de crédito/débito foram informadas pelas administradoras de cartão de crédito através do Relatório TEF por operação.

No caso dos débitos das infrações em questão, estes foram calculados tomando por base o total da receita declarada na DASN mais a receita omitida em decorrência da diferença entre os TEF Diários informados pelas administradoras para os valores declarados neste modo de pagamento, e posteriormente, obtidos novas faixas de receita para fins de determinação da alíquota cabível para cada período, e determinado os valores devidos após a dedução dos valores comprovadamente recolhidos no período.

Ressalto que, no caso do item 01, a autuação está fundamentada no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê *in verbis*: “O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Desta forma, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Em processos que apura débito com base nas informações das administradoras de cartões de crédito/débito, faz-se necessário a entrega ao autuado dos Relatório Diário por Operações (TEF). Neste processo, o autuado recebeu cópia dos Relatórios TEF Diários por Operações, por determinação do órgão julgador, com a reabertura do prazo de defesa por trinta dias, e em sua manifestação, não apresentou nenhum demonstrativo que pudesse elidir a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, nem que houve erro na apuração da falta de recolhimento e de recolhimentos a menor de valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, limitando-se a solicitar a dilação do prazo por mais quinze dias.

Indefiro o referido pedido ao autuado, pois ele teve tempo suficiente para apresentar documentos visando elidir a autuação, ou seja, a presunção legal de omissão de saídas decorrente da diferença entre as informações das administradoras financeiras para as vendas declaradas na escrita fiscal. Além do mais, entre a data do pedido do autuado – 10/09/2014 - e até a data em que o processo foi considerado instruído para julgamento – 06/11/2014 - decorreram aproximadamente 60 dias, prazo

esse, suficiente para que o autuado comprovasse sua alegação apresentando os documentos para elidir a autuação.

Ante o exposto, considero subsistentes as infrações de que cuidam este processo, tendo em vista que as questões formais suscitadas na defesa não prosperaram, haja vista a legalidade no ato de lançamento pelo autuante, bem como pela comprovada entrega dos documentos e demonstrativos que embasam as infrações, não havendo, assim, qualquer vício nos demonstrativos que instruem a autuação, cujas razões defensivas não foram capazes de elidir os valores lançados no auto de infração.

Constato, de ofício, que na infração 01, foi aplicada a multa de 150%. Embora não tenha havido questionamento da multa por parte do autuado, porém, sendo o lançamento um ato vinculado, na tipificação da multa do citado item, foi indicado o art. 44, I, e § 1º, da Lei federal nº 9.430/96. Ocorre que a penalidade de 150%, prevista no art. 44, I e §1º da Lei nº 9.430/96, não está corretamente aplicada. O percentual da multa, no caso em concreto, será de 75%. O art. 71 da Lei 4.502/64, estabelece que deverá ser duplicado o percentual da multa, na hipótese da existência de dolo, fraude ou conluio. No caso, não há prova nos autos de que tenham ocorridos tais figuras. Portanto, o percentual aplicado passa para 75% (art. 44, I, Lei 9.430/96).

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **222549.0007/13-8**, lavrado contra **LUCIANA RABELO PINHO - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$115.816,38**, acrescido da multa de 75% prevista no artigo 44, inciso I, da Lei Federal nº 9.430/96 com a redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de novembro de 2014.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA – JULGADOR