

PROCESSO	- A. I. Nº 130576.0011/14-7
RECORRENTE	- VIVIANE SANTOS TORRES (CHEIRO DE PÃO)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0158-04/15
ORIGEM	- INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 10/11/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0348-12/15

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. **a)** VENDAS POR INTERMÉDIO DE CARTÕES. REGISTROS EM VALORES INFERIORES AOS FORNECIDOS POR ADMINISTRADORAS. O art. 4º, § 4º, VI da Lei 7.014/1996, salvo prova em contrário, presume a ocorrência de operações ou prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar montantes de operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por instituições financeiras, administradoras de cartões de crédito ou débito, “*shopping centers*”, centros comerciais ou empreendimentos semelhantes. **b)** RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Comprovada a omissão de saídas tributáveis na infração 01, na infração 02 foi exigido o ICMS resultante do reenquadramento das faixas de receita e dos percentuais de recolhimento. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos processuais de Recurso Voluntário contra a Decisão prolatada por meio do Acórdão 4ª JJF nº 0158-04/15, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 23/12/2014 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 8.597,16, sob a acusação do cometimento das 02 (duas) irregularidades abaixo aduzidas.

Infração 01 - Omissão de saídas tributáveis, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões, em valores inferiores aos informados por administradoras. R\$ 8.342,36 e multa de 75%, prevista nos arts. 34 e 35 da Lei Complementar 123/2006 c/c art. 44, I da Lei Federal 9.430/1996.

Infração 02 - Recolhimento a menor do ICMS referente ao Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parcela do imposto, devido a erro na informação das receitas e / ou das alíquotas cabíveis. R\$ 254,82 e multa de 75%, prevista no art. 35 da Lei Complementar 123/2006 c/c art. 44, I da Lei Federal 9.430/1996.

O comprovante de recebimento do Relatório Diário de Operações TEF foi juntado à fl. 154.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 20/08/2015 e decidiu pela Procedência por unanimidade (fls. 290 a 293), nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO

A infração 01 do presente lançamento fiscal trata da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões. A infração 02 diz respeito ao recolhimento a menos de ICMS declarado, referente ao Simples Nacional, implicando em não recolhimento de parte do imposto, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos.

A empresa, quando de sua impugnação, não separa claramente seus argumentos em relação a cada infração. Em assim sendo, abordo as questões da forma como apresentada pelo contribuinte.

Preliminarmente, ressalto que a Lei Estadual nº 7.014/97, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, dispõe que se presume a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar, entre outras, valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por administradoras de cartões de crédito ou débito (art. 4º, § 4º, "b"). Ou seja, a lei estadual presume a falta de emissão de nota fiscal quando das vendas pelo contribuinte de mercadorias tributáveis e, por ser presunção, admite prova em contrário, cabendo ao sujeito passivo o ônus da prova. E o enquadramento de uma empresa no Simples Nacional não a exclui de ser submetida a todos os procedimentos de fiscalização determinados na norma de regência para averiguação, ou mesmo homologação, dos lançamentos realizados e apresentados ao fisco estadual, uma vez que tal auditoria encontra-se expressamente determinada no art. 34, da LC nº 123/06 que assim dispõe: Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.

E aqui faço uma observação, a mesma que fez a fiscal autuante, para não restar dúvida quanto à competência da Secretaria de Fazenda deste Estado em aplicar a auditoria realizada:

Art. 33. A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 desta Lei Complementar é da Secretaria da Receita Federal e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município. (grifo não original).,

No mais, cartão de crédito/débito nada mais é do que uma modalidade de pagamento, ou seja, as declarações de vendas do contribuinte às administradoras de cartão de crédito/débito somente são desta modalidade de pagamento dentre as inúmeras existentes.

Embora as informações fornecidas pelas administradoras não sejam um documento fiscal, elas são o lastro que a lei escolheu e determinou (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7014/96) para que a fiscalização exerça suas funções de controle das receitas públicas. E os valores fornecidos pela administradora de cartão de crédito são relativos à integralidade das operações mensais que a empresa efetuou nesta modalidade de pagamento das suas vendas. Assim, o que ora se apura são vendas decorrentes das transações comerciais (com incidência da hipótese do ICMS) realizadas com pagamentos através de cartões de crédito/débito e não de todos os "valores lançados" pela empresa nas suas PGDAS ou mesmo no seu livro Registro de Saídas, sendo irrelevante, inclusive, se discutir se o total das vendas declaradas pelo contribuinte é superior às vendas informadas pelas administradoras de cartão de débito/ crédito, uma vez que elas devem ser maiores, pois nelas incluídas todas as formas de pagamento existentes em relação às vendas mensais realizadas.

Afora que, por se constituir em uma omissão de saídas, as mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária nela não devem participar, já que o imposto foi pago quando das entradas das mercadorias, estando, assim, suas saídas com fase de tributação encerrada. É por tal motivo que a Instrução Normativa nº 56/2007 (para as empresas que estão fora do Simples Nacional) e a auditoria fiscal aplicada nas empresas do Simples Nacional as exclui quando da apuração do imposto, conforme realizado pelo autuante e constante das fls. 14/24 dos autos.

Para desconstituir a infração a empresa argumenta a inexistência do fato gerador do imposto pois suas vendas declaradas à Receita Federal foram superiores às informações apresentadas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

Este é argumento que não pode dar sustentação para a desconstituição da infração ora em discussão, diante de tudo acima exposto.

A empresa para elidir a ação fiscal deveria ter apresentado demonstrativo, acobertado de notas fiscais, cupons fiscais e boletos de pagamento, onde estivesse provada a inconsistência da autuação.

Diz também o impugnante que aplicou corretamente, para apuração do imposto devido, as alíquotas inerentes a sua faixa de faturamento, não havendo afronta aos arts 26 da Lei Complementar 123/2006.

O Simples Nacional embora seja "uma cesta de tributos", englobando aqueles de competência da esfera federal, estadual e municipal, são eles apurados com base na receita bruta auferida pela empresa (art. 18, da LC nº 126/06) e indicados mensalmente cada um de per si. Sobre cada um deles é aplicado o percentual indicado na norma legal, que se baseia na receita bruta apurada.

Ora existindo omissões de receitas de vendas, fatalmente as informações prestadas pelo impugnante à Receita Federal não são condizentes com as suas reais receitas auferidas. Assim, ao se apurar corretamente o imposto (incluindo as receitas omitidas), é possível que o percentual cabível dentre as previstas no Anexo 1 da LC 123/06, pode ser modificado diante dos valores da receita mensal ora constatada.

Em resumo, todas as omissões detectadas através da auditoria de cartões de crédito e/ou débito devem fazer parte do cálculo da receita mensal do contribuinte para determinação do percentual ("alíquota") a ser

aplicada. Caso assim não se proceda, aquelas receitas omitidas deixam de fazer parte do cálculo do imposto a ser exigido, ou seja, da própria infração ora detectada. Estas omissões estão, claramente, demonstradas nas planilhas elaboradas pelo fisco.

Assim, é equivocado o entendimento da empresa de que não houve desobediência ao quanto disposto no art. 26, da Lei Complementar nº 123/2006.

O contribuinte ainda requer redução da multa aplicada na infração 02 já que não desobedeceu aos arts. 26, 34 e 35 da Lei Complementar (LC) 123/2006. Este é argumento que não se pode dar guarida. Como já visto, houve desobediência aos arts. 26 e 34 da LC 123/2006. E de igual forma ao seu art. 35, pois as suas determinações são: Art. 35. Aplicam-se aos impostos e contribuições devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS.

Não havendo outros argumentos a serem considerados, as infração 01 e 02 são mantidas e meu voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto 7.629/1999 (RPAF-BA/1999), o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 459 a 462, no qual aduz que a Decisão de primeiro grau contraria a legislação e a doutrina pátrias, porquanto fundamentada em presunção sem amparo legal.

Alega ter demonstrado de forma clara e precisa os pagamentos dos valores designados nos extratos do Simples Nacional e que o que se está a verificar traduz verdadeira afronta da Administração Pública à Lei Complementar 123/2006.

Às fls. 460/461, junta quadro demonstrativo, com o intuito de comprovar que declarou e pagou mensalmente quantias superiores às informadas no Relatório Diário de Operações TEF.

No tópico que denomina de “*PREQUESTIONAMENTO*”, suscita ausência de fato gerador e pede redução das multas.

Por fim, conclui requerendo provimento.

Tendo em vista o valor da autuação, não há pronunciamento da PGE/PROFIS.

Na assentada de julgamento, foi proposta diligência pelo i. conselheiro José Antonio Marques Ribeiro, o colegiado decidiu não acolhê-la.

VOTO

Primeiramente, assim como fez a JJF, cumpre deixar claro que é irrelevante a discussão sobre as vendas declaradas pelo recorrente, alegadamente superiores às informadas por administradoras ou instituições financeiras. É natural que aquelas sejam maiores, pois contém todas as formas de pagamento, enquanto o Relatório Diário de Operações TEF - tomado como paradigma para o cotejo, trata apenas das operações de venda em cartões.

Portanto, através da auditoria em análise, restaram comparadas as receitas oriundas de cartões, informadas por administradoras ou instituições financeiras, com aquelas constantes das reduções Z, extraídas dos equipamentos emissores de cupons fiscais. Obviamente, por questão de lógica, como somente se compararam coisas iguais, restaram computadas nas referidas reduções apenas as saídas com pagamentos em cartões.

A proporcionalidade da Instrução Normativa 56/2007 foi observada nos demonstrativos da fiscalização, o que constato, por exemplo, nas colunas E das fls. 14 e 21.

Não acolho as alegações de falta de amparo legal, afronta à Lei Complementar nº 123/2006, ausência de fato gerador ou presunção pessoal, já que o art. 4º, § 4º, VI da Lei nº 7.014/1996, salvo prova em contrário, presume a ocorrência de operações ou prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar montantes de operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por instituições financeiras, administradoras de cartões de crédito ou débito, “*shopping centers*”, centros comerciais ou empreendimentos semelhantes.

Comprovada a omissão de saídas tributáveis na infração 01, na infração 02 foi exigido o ICMS resultante do reenquadramento das faixas de receita e dos percentuais de recolhimento.

Caso o recorrente possua documentos suficientes para elidir a referida presunção legal (art. 4º, § 4º, VI da Lei 7.014/1996), pode, em sede de controle de legalidade, provocar a Procuradoria do Estado.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 130576.0011/14-7, lavrado contra VIVIANE SANTOS TORRES (CHEIRO DE PÃO), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$8.597,18, acrescido da multa de 75%, prevista nos arts. 34/35 da Lei Complementar nº 123/2006 e 44, I da Lei Federal nº 9.430/2996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de outubro de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA – REPR. DA PGE/PROFIS