

A. I. Nº - 128868.0049/13-6
AUTUADO - JMD PIZZARIA E RESTAURANTE LTDA. - ME
AUTUANTE - JORGE BOMFIM DE JESUS MELO
ORIGEM - INFAS SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 23.04.2015

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0053-04/15

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Comprovada a omissão da receita, cujo imposto foi exigido mediante o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições SIMPLES NACIONAL; **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Provado erro na informação da receita e alíquota aplicada a menor. Exigências subsistentes. Rejeitado o pedido de nulidade. Modificado o percentual da multa aplicado na infração 2, que passa para 75% (art. 44, I, Lei 9.430/96), pois não estamos diante de fato que atraia a aplicação da multa qualificada de 150% (art. 44, §1º da Lei nº 9.430/96). Indeferida a solicitação de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/11/13, exige ICMS no valor de R\$15.107,21, em razão das seguintes infrações:

1 - Efetuou recolhimento a menos de 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, por erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor. Período: de junho de 2010 a dezembro de 2011. ICMS: R\$3.439,09. Multa de 75%.

2 - Deixou de recolher o ICMS em razão de ter omitido operações de saídas de mercadorias tributáveis, presumidas por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões. Períodos: de junho de 2009 a dezembro de 2011. ICMS: R\$11.668,12. Multa de 150%.

O autuado apresenta defesa, fls. 228 e 229, na qual sustenta que a autuação não merece prosperar, conforme relatado a seguir.

Quanto à infração 1, afirma que não houve erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor e que essa suposta infração deve ter surgido em decorrência da infração 2. Diz que os valores declarados e as alíquotas aplicadas refletiam a veracidade do que a lei o obrigava. Menciona que não reconhece esse item do lançamento.

No que tange à infração 2, diz que em nenhum dos meses apontados pelo autuante houve pagamento em cartão de crédito e/ou débito em valor superior aos valores das suas operações de saídas.

Menciona que, segundo o autuante, no período de 01/06/09 a 31/08/10, não houve nenhuma venda paga com cartão de crédito e/ou débito. Diz que, nesse período, as suas vendas totalizaram R\$400.151,94, e não é possível que nesse montante não tenha nenhuma venda paga com cartão.

Afirma que, no período de 01/09/10 a 31/12/11, o autuante considerou as vendas indicadas nas “reduções z” pagas com cartão de crédito e/ou débito, porém o total de suas vendas (R\$613.619,12) foi superior ao informado pelas administradoras de cartão.

Alega que o autuante não considerou nenhuma venda realizada por meio de nota fiscal e, assim, fica muito difícil os contribuintes provar que as vendas efetuadas com nota fiscal foram pagas com cartão de crédito e/ou débito. Sustenta que um roteiro de fiscalização efetuado desta maneira causa danos irreparáveis aos contribuintes, pois o autuante se limita a fazer um comparativo entre os valores das vendas constantes nas “reduções z” e os informados pelas administradoras de cartão.

Frisa que o seu faturamento não foi inferior ao informado pelas financeiras e administradoras de cartão e, portanto, não há fundamento e nem prova de que houve omissão de vendas tributadas.

Acosta ao processo (fls. 230 a 347) cópia de seu livro Registro de Saídas, com os valores das “vendas com Talão e que não foram contabilizados no Auto de Infração”.

Solicita a realização de diligência para fazer a devida apuração dos fatos e, ao final, requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Na informação fiscal (fls. 350 e 351), o autuante explica que os relatórios TEFs acostados aos autos listam todas as vendas feitas com cartão de crédito e/ou débito, sendo que no Anexo 1 (Apuração da Divergência das Vendas com Cartão de Crédito ou Débito), acostado às fls. 10, 17 e 24, estão discriminados os valores informados pelas administradoras de cartão. Diz que as vendas acobertadas por notas fiscais foram consideradas, conforme se pode observar às fls. 18 e 25.

Afirma que o defendente apenas nega as infrações que lhe foram imputadas, porém, em momento algum, apresenta documentos fiscais comprovando as vendas realizadas pela empresa, confrontando os valores das vendas com os cupons fiscais.

Ao finalizar, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Na sessão de julgamento, decidiu a então 6ª JJF decidiu converter o processo em diligência à INFRAZ Santo Antônio de Jesus, para que o autuante atendesse as seguintes solicitações:

1- intimasse o autuado a apresentar comprovação de que efetuou vendas pagas com cartão relativamente ao período de junho de 2009 a agosto de 2010, e, caso o autuado apresentasse alguma comprovação, que fossem efetuadas as correções pertinentes;

2- se pronunciasse acerca da divergência entre os valores constantes na coluna Receita com emissão de documentos” (fls. 11, 18 e 25) e os totalizados no livro Registro de Saídas de fls. 230 a 347, e, caso necessário, efetuasse as devidas retificações na apuração do imposto;

3- que fosse elaborado um demonstrativo analítico com as operações que compõem os valores lançados na coluna “Receita com emissão de documentos”.

Foi solicitado que o autuado fosse notificado acerca do resultado da diligência, concedendo-lhe o prazo de trinta dias para pronunciamento.

No cumprimento da diligência, o autuado foi intimado (fls. 357 e 358) a apresentar, no prazo de dez dias, comprovação de que tinha efetuado vendas pagas com cartão no período de junho de 2009 a agosto de 2010.

Em resposta a essa intimação, o autuado apresentou o pronunciamento de fls. 360 e 361, no qual ratifica os argumentos trazidos na defesa inicial.

Diz que o roteiro de auditoria fiscal o impressiona, pois esse roteiro não considera que pode ter ocorrido algum erro no sistema do contribuinte, bem como não contempla vendas efetuadas por

meio de notas fiscais emitidas manualmente. Afirma que lhe é penoso comprovar que efetuou vendas pagas com cartão. Aduz que não recebeu os relatórios de vendas das administradoras de cartão. Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado insubsistente.

Após esse pronunciamento do autuado, o processo foi encaminhado ao CONSEF, para julgamento.

Submetido a pauta suplementar, o processo foi convertido em diligência à INFRAZ Santo Antônio, para que a diligência solicitada fosse complementada e, ao final, fosse concedido ao autuado o prazo de trinta dias para pronunciamento.

Em complementação à diligência realizada, o autuante explica que as vendas informadas nos relatórios TEFs, em grande parte, não “batem” com os valores das vendas pagas com cartão e, por essa razão, foram apuradas as divergências que respaldam a autuação.

Cita valores constantes nos demonstrativos de fls. 11, 18 e 25 e, em seguida, afirma que os cálculos para a apuração do ICMS lançado foram feitos com base nas informações transmitidas pelo autuado por meio do PGDAS e DASN, nos exercícios de 2009, 2010 e 2011.

Quanto à divergência entre a coluna “Receita com Emissão de Documento” e o livro Registro de Saída, diz que só de vendas realizadas com cartão de crédito e/ou débito, no mês de setembro de 2009, totalizaram R\$ 38.374,55. Frisa que só nessas operações já existem divergências, sendo as vendas maiores que a emissão de documentos fiscais.

Menciona que as somas referentes a cupons e notas fiscais foram informadas pelo próprio autuado, bem como foram lançadas, mês a mês, conforme determina o programa AUDIG.

Às fls. 371 a 379, o autuante anexou demonstrativos.

O autuado foi notificado acerca da complementação da diligência, sendo-lhe concedido o prazo de dez dias para pronunciamento.

Após apreciação em pauta suplementar, decidiu a 4ª JJF converter o processo em nova diligência à INFRAZ Santo Antônio de Jesus, para que fosse concedido ao autuado o prazo de trinta dias para pronunciamento sobre o resultado da diligência realizada.

Cumprida a diligência, o autuado não se pronunciou.

VOTO

No presente Auto de Infração, o autuado foi acusado de, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, ter recolhido a menos ICMS por erro na informação da receita e/ou alíquota (infração 1) e de ter deixado de recolher o citado imposto estadual em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento das vendas pagas por meio de cartão de crédito/débito (infração 2).

A presunção utilizada pelo autuante para apurar a omissão de operações de saídas de mercadorias com base nas vendas por meio de cartão tem respaldo no artigo 34 da Lei Complementar 123/06, o qual prevê que se aplicam às microempresas e às empresas 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”*.

Ao dispor sobre o momento da ocorrência do fato gerador do ICMS, a Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, no seu artigo 4º, §4º, inciso VI, alíneas “a” e “b”, prevê que, salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar, dentre outras hipóteses, a ocorrência de declaração pelo contribuinte de valores de operações ou prestações inferiores aos informados por instituições financeiras ou administradoras de cartões de crédito ou débito.

Com base nesses dispositivos legais citados acima, fica claro que a presunção utilizada pelo autuante tem amparo expresso na legislação, ficando, porém, ressalvado ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Nos termos do artigo 123 do RPAF/99, foi assegurado ao autuado o direito de fazer a impugnação do lançamento, na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tivesse no prazo regulamentar de trinta (30) dias, contado da intimação acerca do lançamento.

Em sua defesa, o autuado afirma que em nenhum dos meses apontados pela fiscalização declarou vendas em cartão em valor inferior ao informado pelas administradoras de cartão. Diz que não foram consideradas as vendas realizadas por meio de notas fiscais. Questiona a forma como foi realizado o roteiro de auditoria fiscal. Anexa ao processo cópia do seu livro Registro de Saídas, onde estão lançadas as vendas realizadas por meio de notas fiscais.

Essas alegações defensivas não procedem, pois: os demonstrativos elaborados pelo autuante, dos quais o autuado recebeu cópia (ver recibo à fl. 8), atestam a ocorrência de vendas pagas por meio de cartão em valor inferior às informadas pelas administradoras de cartão e instituições financeiras; as notas fiscais que foram lançadas no livro Registro de Saídas foram consideradas pelo autuante, conforme depreende do confronto do demonstrativo de fl. 18 com as fls. 236, 239, 242, 246, etc.

A forma como foi aplicado o roteiro de auditoria fiscal referente às vendas pagas com cartão está correta. A auditoria sumária em comento é realizada mediante o confronto das vendas informadas pelas administradoras de cartão (Relatórios TEFs) com as vendas pagas mediante cartão constantes nas “leituras z”. A constatação da ocorrência de vendas pagas em cartão declaradas pelos contribuintes em valor inferior às informadas pelas administradoras de cartão e/ou instituições financeiras autoriza a presunção legal (art. 4º, 4º, VI, “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96) de realização de operações de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, cabendo aos contribuintes comprovar a improcedência dessa presunção legal.

O fato de a venda total do estabelecimento fiscalizado ser superior à venda informada pelas administradoras de cartão não elide a autuação, pois a comparação dessas vendas somente pode ocorrer entre operações equivalentes, ou seja, as vendas declaradas pelo contribuinte como pagas por cartões em confronto com as vendas informadas pelas administradoras de cartões.

Visando a busca da verdade material, o processo foi convertido em diligência, com a reabertura do prazo de defesa, porém o autuado não apresentou provas capazes de elidir a presunção legal que embasa a presente autuação,

As alegações defensivas, em síntese, constituem meras negativas do cometimento das infrações, uma vez que não foi trazido ao processo qualquer prova, demonstrativo, levantamento ou indicação de erro na auditoria fiscal realizada. Ressalto que, nos termos do artigo 143 do RPAF/99, *a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*.

Considerando que o autuado não trouxe ao processo qualquer prova ou argumento capaz de elidir as infrações, as quais estão devidamente comprovadas pelos demonstrativos e documentos acostados ao processo, as Infrações 1 e 2 subsistem em sua totalidade.

Ressalto que, no entanto, o percentual de multa consignado na infração 2 carece de reparo, pois 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%, uma vez que não restou comprovada a existência de dolo, fraude ou conluio. Portanto, o percentual corretamente aplicado passa para 75% (art. 44, I, Lei 9.430/96), já que não estamos diante de fato que atraia a aplicação da multa qualificada de 150% (art. 44, §1º da Lei nº 9.430/96).

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, modificando, porém, a multa aplicada na infração 2 para 75%.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 128868.0049/13-6, lavrado contra **JMD**

PIZZARIA E RESTAURANTE LTDA. - ME, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.107,21**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da LC nº 123/06, c/c o art. 44, I e § 1º da Lei nº 9.430/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA