

A. I. Nº - 128868.0053/14-1
AUTUADO - FRIGOLAK COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JORGE BOMFIM DE JESUS MELO
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 31/08/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0166-03/15

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. MICROEMPRESA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração comprovada, de acordo com os demonstrativos elaborados pelo autuante. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Rejeitada a preliminar de nulidade. Retificada a multa da infração 02. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/08/2014, refere-se à exigência de R\$152.105,78 de ICMS, acrescido das multas de 75% e 150%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 17.01.01: Falta de recolhimento do ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, nos meses de junho a dezembro de 2010; janeiro a abril, junho, agosto a dezembro de 2011; janeiro a dezembro de 2012. Valor do débito: R\$151.645,11. Multa de 75%.

Infração 02 – 17.03.02: Omissão de saídas de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, com dolo, nos meses de setembro a dezembro de 2011; julho a outubro de 2012. Valor do débito: R\$460,67. Multa de 150%.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 168 a 173, informando que atua no comércio varejista de mercadorias, com predominância de produtos alimentícios, tendo, durante o período fiscalizado, a condição de optante do Simples Nacional, pelo que faz jus ao tratamento mais benéfico que lhe conceda a Lei Complementar 123/06 e regulamentos dela decorrentes.

Quanto às infrações 01 e 02, ressalta que o levantamento fiscal foi efetuado com base nas informações obtidas de Administradoras de Cartões, por meio das quais presumiu-se a omissão de receitas. Lembra que essa presunção é relativa, e não há documentos que demonstrem a ocorrência do fato gerador do ICMS. Cita o art. 155, inciso II da Constituição Federal e o RICMS-BA, e afirma que não está comprovada no levantamento fiscal a efetiva circulação de mercadorias tributadas, mas uma suposta circulação de numerários entre contas.

Diz que, admitindo cogitar a efetiva circulação de mercadorias faturadas no cartão de crédito/débito, o lançamento fiscal não considerou que podem estar embutidos os valores de encargos e parcelas de vendas realizadas em meses anteriores, cujo imposto incidente já fora efetivamente declarado e pago. Ao contrário, o levantamento fiscal limitou-se apenas a verificar

o faturamento por meio de cartão de crédito/débito e presumi-lo como vendas realizadas no mês corrente, sem demonstrar a efetiva circulação da mercadoria nem a data de sua ocorrência.

Reproduz o art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN e afirma que deve o Fisco Estadual, através dos instrumentos que dispõe, verificar e comprovar a concreta circulação da mercadoria para impor ao sujeito passivo a obrigação de recolher o imposto além daquele já declarado no Simples Nacional.

Frisa que não se verifica nos documentos anexados ao Auto de Infração a efetiva ocorrência do fato gerador do ICMS, apenas a presunção de circulação de mercadorias tributadas, o que não gera segurança jurídica ao contribuinte.

Em relação à multa e juros aplicados sobre o valor histórico do Auto de Infração, o defendente alega que o lançamento fiscal deixou de observar na imposição dos juros o teto da Taxa Selic, bem como a sua variação no período, tendo se limitado a aplicar juros em percentuais fixos. Além de não ter observado a variação da Selic, não considerou os termos inicial e final de aplicação dos juros, conforme estabelece o art. 5º, § 3º da Lei 9.430/06, que transcreveu.

Entende que a questão da incidência dos juros aplicados em percentuais distintos ao da Taxa Selic, por si só, impõe a revisão do lançamento tributário, sob pena de nulidade, por não estar em conformidade com a lei.

Finaliza, afirmando que o presente lançamento contém inconsistências que impõem sua improcedência, especialmente no tocante à questão dos juros porque não foi observada a Taxa Selic com as variações do período de incidência. Pede a improcedência do presente Auto de Infração. No caso de entendimento diverso, requer a revisão do lançamento, considerando as razões de defesa apresentadas.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 177/178 dos autos, dizendo que as informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito ou débito não são um indício de vendas e sim um fato comprovado e registrado de uma operação de compra, onde comprova a ocorrência de um fato gerador.

Informa que de acordo com a “RELAÇÃO DE DAES PAGOS” dos anos de 2011 e 2012 não houve qualquer pagamento de imposto nos meses referentes aos mencionados exercícios, conforme fls. 32 a 34, e foram os anos em que a empresa teve o maior movimento de compras e vendas, chegando a ultrapassar o limite do Simples Nacional, passando para o sistema normal de apuração do ICMS, o que constitui uma grande prova de sonegação fiscal.

Também informa que em relação à atualização monetária do débito alegado pelo autuado esta atualização é feita automaticamente pelo sistema da Sefaz, conforme previsto na própria legislação estadual.

Entende que não devem ser acatadas as duas justificativas apresentadas pelo autuado para considerar insubsistentes as infrações. Como demonstram os ANEXOS 01, 02 e 03 dos anos de 2010 e 2011, fls. 18 a 29, deve-se admitir que os extratos de cartão de crédito “TEF” comprovam a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária do ICMS, demonstrando desta maneira a efetiva saída de mercadorias do estabelecimento do autuado que deixou de recolher o ICMS referente ao regime unificado de arrecadação do Simples Nacional infração 01, e omissão de saída de mercadorias tributadas infração 02.

Às fls. 182/185 o defendente apresentou manifestação sobre a informação fiscal, alegando que embora esteja diante de um indício de vendas, não se pode considerar o indício como um fato concreto. Entende que não restou comprovada a efetiva ocorrência do fato gerador do ICMS, pelo que, mantém as razões de impugnação do lançamento.

Ressalta que em relação ao item 2 da impugnação, o autuante nada disse. Informa que nas razões de defesa alegou, com base na legislação federal, que os juros, multa e atualização monetária do

débito deveriam observar os limites estabelecidos na Lei 9.430/96. Reitera todas as alegações apresentadas na impugnação inicial e requer, novamente, a improcedência do presente Auto de Infração.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante às fls. 187/188, dizendo que as informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito ou débito não são um indício de vendas e sim fato comprovado e registrado de uma operação de compra, estando comprovada a ocorrência de um fato gerador do ICMS.

Repete a informação de que na Relação de DAEs pagos dos anos de 2011 e 2012 não consta recolhimento do ICMS nos meses correspondentes aos dois exercícios fiscalizados e foram os anos em que o estabelecimento autuado teve maior movimento de compras e vendas, chegando a ultrapassar o limite do Simples Nacional.

Sobre a atualização monetária, observa que se trata de um procedimento automático do sistema da SEFAZ conforme previsto na legislação estadual. Diz que não devem ser acatadas as justificativas apresentadas pelo autuado para requerer a improcedência dos dois itens do auto de infração. Salienta que os anexos do Auto de Infração, fls. 18 a 29, comprovam a irregularidade apurada e o Relatório TEF figura como fato gerador da obrigação tributária, ficando comprovada a efetiva saída de mercadorias do estabelecimento autuado, que deixou de recolher o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional e omissão de saída de mercadorias tributadas.

Conforme fl. 189 o defendente tomou conhecimento da nova informação fiscal, mas não apresentou qualquer manifestação.

VOTO

Inicialmente, observo que o presente Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência/revisão, indefiro o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. Ademais, o defendente não comprovou a necessidade de realização de diligência, e se trata de fato vinculado à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na posse do autuado, cuja prova poderia ter sido acostada aos autos.

Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi apresentada pelo defendente qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, e por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, o primeiro item do Auto de Infração se refere ao recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menos, nos meses de junho a dezembro de 2010; janeiro a abril, junho, agosto a dezembro de 2011; janeiro a dezembro de 2012.

Este primeiro item do Auto de Infração está relacionado com a infração 02. Em virtude disso, os demonstrativos do item 2º são compartilhados com os do item 1º, e em tal situação os documentos utilizados na elaboração dos demonstrativos do item 2º também se referem a este item da autuação.

No levantamento fiscal, o autuante adicionou às vendas declaradas os valores das omissões constatadas nos respectivos meses, apurando a receita. Foi efetuada a segregação e apuração da omissão de acordo com a proporcionalidade da receitas de mercadorias da substituição tributária, conforme estabelece o § 4º do art. 18 da Lei Complementar 123 de 14/12/2006. Com a nova receita calculada é que foram apurados os débitos constantes nas infrações 01 e 02 deste Auto de Infração, sendo observadas as alíquotas constantes no Anexo 1 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006.

O defendente informou que durante o período fiscalizado, na condição de optante do Simples Nacional, faz jus ao tratamento mais benéfico que lhe conceda a Lei Complementar 123/06 e regulamentos dela decorrentes.

De acordo com o § 4º do art. 18 da referida Lei Complementar 123/2006, o contribuinte deverá considerar destacadamente, para fins de pagamento do imposto: a) as receitas decorrentes da revenda de mercadorias; b) as receitas decorrentes da venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte; c) as receitas decorrentes da prestação de serviços, bem como a de locação de bens móveis; d) as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária; e) as receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou do consórcio previsto na referida Lei Complementar. Portanto, foi efetuada análise dos documentos do autuado, relativos ao Simples Nacional, e nesta espécie de levantamento são considerados no levantamento fiscal os valores que o contribuinte declara na DASN ou recolhe, conforme a coluna F do demonstrativo “ANÁLISE DO ICMS SIMPLES A RECLAMAR” em cada exercício fiscalizado.

Na informação fiscal, o autuante ressaltou que na Relação de DAEs pagos dos anos de 2011 e 2012 (fls. 30/35) não consta recolhimento do ICMS nos meses correspondentes aos dois exercícios fiscalizados e foram os anos em que o estabelecimento autuado teve maior movimento de compras e vendas, chegando a ultrapassar o limite do Simples Nacional.

Vale salientar, que na apuração do montante devido no mês relativo a cada tributo, o contribuinte que apure receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas à substituição tributária e receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, terá direito a redução do valor a ser recolhido na forma do Simples Nacional, conforme estabelece o § 12 do art. 18 da mencionada Lei Complementar 123/06.

Como o defendente não apresentou comprovação das alegações defensivas, mesmo sendo intimado, após as informações fiscais prestadas pelo autuante, conclui pela procedência deste item da autuação fiscal, conforme o levantamento fiscal.

O 2º item do Auto de Infração trata de omissão de saída de mercadoria tributada presumida, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos meses de janeiro a novembro de 2010 e de janeiro a dezembro de 2011.

Foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, e tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96.

O defendente alegou que embora esteja diante de um indício de vendas, não se pode considerar o indício como um fato concreto. Entende que não restou comprovada a efetiva ocorrência do fato gerador do ICMS e que deve o Fisco Estadual, através dos instrumentos que dispõe, verificar e comprovar a concreta circulação da mercadoria para impor ao sujeito passivo a obrigação de recolher o imposto além daquele já declarado no Simples Nacional.

Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, tendo sido entregue ao sujeito passivo (fl. 165 do PAF) o Relatório Diários por Operação TEF, o que possibilitou fazer o confronto dos valores obtidos nas reduções “Z” e notas fiscais de vendas com as informações prestadas pelas

administradoras de cartões de débito/crédito. Ou seja, foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito/débito e o valor informado pelas administradoras, e tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96.

Como à época dos fatos geradores, o autuado estava inscrito no SIMPLES NACIONAL, e foi apurada operação realizada sem documentação fiscal, fica o contribuinte obrigado a recolher o tributo devido em decorrência da prática da infração apurada por meio do levantamento fiscal.

Observo que o Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar 123/2006, que estabelece um tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias.

O defendente também alegou que o lançamento fiscal não considerou que podem estar embutidos os valores de encargos e parcelas de vendas realizadas em meses anteriores, cujo imposto incidente já fora efetivamente declarado e pago.

Não se trata de comparar as vendas realizadas com o montante das operações com cartões de crédito/débito, e sim o confronto entre o total de vendas efetuadas pelo contribuinte de acordo com os documentos fiscais emitidos e os correspondentes valores dos cartões de crédito/débito, fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões.

Trata-se de exigência de imposto que poderia ser elidida pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, cabe ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, não cabendo a este órgão julgador buscar outras provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo. Para elidir a exigência fiscal, o contribuinte poderia ter apresentado demonstrativo dos boletos emitidos pelas vendas realizadas com cartões de débito/crédito e respectivos documentos fiscais, o que possibilitaria a exclusão, no levantamento fiscal, dos valores efetivamente comprovados.

Entendo que está caracterizada a irregularidade apontada no Auto de Infração, sendo devido o imposto apurado nos demonstrativos elaborados pelo autuante, e concluo pela subsistência desta infração.

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, a sua aplicação na infração 01 é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 75%, com base no art. 35 da LC 123/06 combinado com o art. 44, I da Lei 9.430/96 e art. 16, inciso I da Resolução CGSN Nº 30 de 07/02/2008.

Os mencionados dispositivos legais estabelecem que *“o descumprimento de obrigação principal devida no âmbito do Simples Nacional sujeita o infrator às seguintes multas:*

I - 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido (art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)”

De acordo com o § 1º do art. 44 da Lei 9.430/96 e inciso II do art. 16 da Resolução CGSN Nº 30 de 07/02/2008, aplica-se a multa de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido, nos casos previstos nos artigos 71 (sonegação), 72 (fraude) e 73 (conluio) da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964. Neste caso, a legislação estabelece que multa duplicada quando forem identificadas as hipóteses descritas nos referidos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964, quais sejam sonegação, fraude e conluio.

Para se aplicar o mencionado dispositivo legal de forma a duplicar a multa para 150% é necessário estar caracterizado nos autos o dolo, elemento subjetivo que não pode ser presumido, devendo ficar demonstrado e comprovado, e não apenas a inclusão do termo “dolo” na acusação

fiscal. No caso em exame, a autuante, fundamentou a exigência do imposto como omissão de saídas e apenas informou que houve dolo, um dos três ilícitos descritos na Lei 4.502/64 que teria motivado a duplicação da multa exigida.

Assim, considerando as definições referentes à sonegação, fraude e conluio constantes nos arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502, de 30/11/1964, entendo que não houve no presente PAF o registro de fatos que comprovem a existência dos referidos elementos para ensejar a aplicação da multa no percentual de 150%, devendo ser reduzida a referida multa aplicada na infração 02, para 75%.

Relativamente à taxa SELIC, não obstante as alegações defensivas, a mencionada taxa é prevista no inciso II, do § 2º, do art. 102, da Lei nº 3.965/81 (COTEB), não cabendo a este órgão julgador a declaração de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **128868.0053/14-1**, lavrado contra **FRIGOLAK COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$152.105,78**, acrescido da multa de 75%, no art. 35 da LC 123/06; art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA