

PROCESSO	- A. I. N° 436491.0017/14-7
RECORRENTE	- TADEU GOMES GONÇALVES (ENJOY) - ME
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0211-02/15
ORIGEM	- INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 13/04/2016

1 CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0034-11/16

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. Contribuinte regularmente intimado para reapresentar a defesa, permanece silente. Inexistente na hipótese cerceamento do direito de defesa. Razões de apelo restritas ao pleito de nulidade. Afastadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra a Decisão proferida pela 2ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em referência, lavrado em 19/05/2014, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário no valor histórico de R\$ 39.040,79, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação de regência.

01 – Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 556,71, 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 março, abril e julho de 2012.

02 – Recolhimento a menor do ICMS declarado, nos prazos regulamentares, no valor de R\$ 38.484,08, nos meses de janeiro a novembro de 2012, e janeiro a novembro de 2013, 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.

Após a apresentação da defesa e prestação de informações fiscais, a fase instrutória foi concluída, tendo os autos sido submetidos à apreciação da 2ª JJF que assim decidiu na assentada de julgamento datada de 10/12/2015:

VOTO

Preliminarmente observo que consta na descrição dos fatos do Auto de Infração o seguinte:

“Em data, hora e local acima indicados, encerramos a fiscalização da empresa supracitada, em cumprimento à O.S. acima discriminada, tendo sido apurada (s) as seguinte (s) irregularidade (s): Infração 01 – A empresa não recolheu ou recolheu a menor o ICMS por antecipação parcial referente aos exercícios de 2011 a 2013, conforme demonstrado na planilha anexa “Cálculo do ICMS Antecipação Tributária Parcial. Infração 02 – A empresa não recolheu ou recolheu a menor o ICMS por antecipação tributária total nos exercícios de 2011 a 2013, conforme demonstrado na planilha ‘Demonstrativo de Apuração do ICMS Antecipação Tributária Total 1’ que segue anexo.”

Apesar de constar tais informações na descrição dos fatos, constato que isto não impediu ao sujeito passivo de entender o real fulcro da autuação, tanto que, ao defender-se demonstrou o entendimento de que a acusação fiscal se restringe a exigência de imposto decorrente da diferença entre os valores lançados na escrita fiscal

para os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito, e de diferenças de recolhimentos pelo Simples Nacional.

Portanto, a acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do Auto de Infração, inclusive constando o devido esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem da cada infração apurada, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal.

Ademais, considerando as alegações de que no faturamento da empresa foram colocados valores apresentados no levantamento fiscal que não condizem com o que foi apresentado pela empresa; que foram consignados valores na planilha de apuração do débito dos exercícios de 2012 e 2013 (período fiscalizado) valores de faturamento de Redução Z e Nota Fiscal, porém a empresa só trabalha com Redução Z, e não existem os valores apresentados como Nota Fiscal; e por último que não foram considerados alguns meses cancelamentos nas reduções Z, bem como, considerando que o lançamento tributário está fundamentado na ocorrência de infrações relativas a falta de recolhimento do ICMS em operações realizadas com cartões de crédito/débito e de recolhimento a menor do ICMS pelo regime do Simples Nacional, o processo foi baixado em diligência para que fossem cumpridas as providências constantes no despacho de diligência à fls.52, quais sejam: fosse feita a juntada ao autos dos “Relatório de Informações TEF – Diário”, impressos ou em mídia eletrônica, com especificação das vendas diárias, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administração de cartão, separadamente, correspondente ao período objeto da autuação, e posteriormente, entregues ao autuado para que o mesmo exercesse a ampla defesa e o contraditório, providências essas devidamente cumpridas, conforme comprovam os documentos às fls.56 a 229 e a intimação às fls.234/235.

Portanto, no plano formal, o lançamento tributário encontra-se 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 possibilitou ao sujeito passivo 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 referentes a qualquer tipo de venda, no seu estabelecimento, inclusive as realizadas com pagamento em cartão de crédito ou débito.

Assim, a esta altura processual, não há porque se falar em nulidade do lançamento tendo em vista que foi esclarecida a origem da cada infração, sendo entregues ao sujeito passivo as Planilhas do AUDIG e o Relatório Diário Operações TEF, fls.09 a 23 e fls.56 a 229, documentos suficientes e esclarecedores da origem dos débitos lançados no Auto de Infração, para o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Nestas circunstâncias, não prospera a argüição de não observância de preceitos legais específicos quanto aos fatos geradores das respectivas infrações, cujo vício apontado na peça defensiva foi sanado, não restando 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 nos 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.

Os débitos lançados nas infrações acima citadas foram apurados com base nas planilhas eletrônicas constantes às fls.09 a 23, 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 n° 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 Relatórios 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 sessenta dias, porém, manteve-se silente, ou seja, 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. Ressalto que o silêncio do sujeito passivo após reabertura do prazo de defesa caracteriza aceitação tácita das imputações, nos termos do artigo 140 do RPAF/99.

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.

Constatando, 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 figurais. Portanto, o percentual aplicado passa para 75% (art. 44, I, Lei 9.430/96).

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

Inconformado com os termos da Decisão o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário (fls. 259 263) mediante o qual sustenta a nulidade do lançamento.

Aduz neste sentido que o acórdão de primeira instância parte da premissa de que os relatórios TEF – Diário lhes foram entregues através da intimação de fls. 234 a 235 e que também, na mesma oportunidade, lhe fora devolvido o prazo de 60 dias para a apresentação da defesa, situação fática que não condiz com a realidade.

Afirma o Recorrente que nunca foi intimado pela segunda vez e que nenhum documento lhe fora entregue. Em virtude de tal circunstância lhe foi cerceado o direito à ampla defesa conforme assegurado pelo artigo 5º da Constituição.

Não há na peça recursal quaisquer razões de fato ou de direito relativamente ao mérito das exigências.

Sem opinativo da PGE/PROFIS em face do valor do lançamento.

VOTO

O Recurso é tempestivo pelo que merece ser conhecido. Constatando que as razões de apelo cingem-se ao pedido de reconhecimento da nulidade do lançamento.

Alega o Recorrente que nunca recebeu a intimação de fl. 234, através da qual os membros

integrantes da 2ª JJF determinaram a reabertura do prazo para defesa, bem como a entrega dos relatórios TEF-Diários, diante do que ficou impossibilitado de apresentar defesa contra o Auto de Infração.

Ocorre, todavia, que a intimação de fl. 234 foi entregue ao contribuinte através de SEDEX com AR em seu endereço, na Avenida Tancredo Neves nº 3133, Salvador Shopping, Loja 2103, Caminho das Árvores, no dia 12/05/2015. É o que atesta o documento de fl. 236 que foi assinado pelo Sr. Anderson Palmeira.

Nestes termos, considerando que mesmo regularmente intimado o sujeito passivo permaneceu silente e considerando, ademais, que na peça recursal não constam quaisquer fundamentos de fato ou de direito que visem impugnar o mérito da exigência, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo em todos os seus termos a Decisão proferida pela 2ª JJF que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER ao Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida para julgar PROCEDENTE o Auto de Infração nº 436491.0017/14-7, lavrado contra TADEU GOMES GONÇALVES (ENJOY) - ME, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$39.040,79, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 44, I, c/c o art. 35, LC nº 123/06, 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, 10 de março de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELO NASCIMENTO – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS