

A. I. Nº - 152240.0026/15-3
AUTUADO - EREMITA SANTOS DE ALMEIDA - EPP
AUTUANTE - ROBERTO FERNANDES GONÇALVES
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 26.02.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0008-04/16

EMENTA: ICMS. REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES NACIONAL. **a)** ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU ALÍQUOTA APLICADA A MENOS. NÃO RECOLHIMENTO DE PARTE DO ICMS. NULIDADE. FALTA DE SEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO E DO MONTANTE DEVIDO. A metodologia que foi empregada na determinação da receita decorrente de operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária torna insegura a determinação da infração e do montante devido. Infração nula, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. **b)** PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIA TRIBUTADA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. O autuado não elide a presunção legal. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/07/15, exige ICMS no valor de R\$25.743,13, 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 janeiro de 2013 a dezembro de 2014. ICMS: R\$21.444,82. 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, sem dolo. Períodos: de janeiro de 2013 a dezembro de 2014. ICMS: R\$4.298,31. Multa de 75%.

O autuado apresenta defesa, fls. 89 a 92, na qual sustenta que a autuação não merece prosperar, conforme relatado a seguir.

Quanto à infração 1, afirma que o autuante, apesar de ter recebido todos os documentos fiscais, relatórios e arquivos magnéticos solicitados na intimação realizada, optou pelo método indireto da proporcionalidade das compras, para diferenciar as vendas normais das com substituição tributária. Diz que, na auditoria, foram desconsiderados os documentos fiscais apresentados, que detalhavam as receitas tributadas e as não tributadas. Aduz que, dessa forma, foi utilizado o critério mais oneroso para o contribuinte, em clara afronta ao disposto no art. 2º, § 2º, do RPAF/99.

Sustenta que, com base no método adotado pela fiscalização, o autuante “*encontrou o percentual das compras de mercadorias tributadas em relação ao total das compras e aplicou esse mesmo percentual sobre o total das vendas mensais do contribuinte para encontrar as vendas tributadas, encontrando assim supostas diferenças em relação aos valores declarados pelo contribuinte ao Simples Nacional, os quais são a representação exata das informações contidas nos documentos fiscais de saídas emitidos pelo contribuinte.*” Diz que o autuante não apresentou qualquer justificativa para que fosse desconsiderada a escrituração fiscal do defendente.

No que tange à infração 2, sustenta que as diferenças apuradas na auditoria fiscal correspondem a vendas realizadas com uma parte do pagamento em cartão e outra em dinheiro.

Menciona que na lista de documentos fiscais utilizados para conciliação dos valores pagos com cartão de crédito possui apenas os valores totais dos cupons, sem a discriminação da parcela em dinheiro e da parcela recebida em cartão, induzindo, assim, a fiscalização a erro.

Apresenta tabela como com operações de saídas que teriam sido pagas parte em cartão e parte em dinheiro, bem como solicita prazo para efetuar a conciliação de todos os meses do período auditado e comprovar que, para todas as vendas realizadas com cartão, há um correspondente cupom fiscal. Acrescenta que as vendas com cartão de crédito correspondem a menos de 50% do seu faturamento.

Ao finalizar, solicita que a infração 1 seja anulada, tendo em vista que o autuante utilizou o método mais gravoso ao contribuinte, ofendendo princípios básicos o processo administrativo fiscal. Quanto à infração 2, requer prazo para a identificação dos cupons fiscais correspondentes aos pagamentos efetuados com cartão e com dinheiro.

Na informação fiscal (fls. 109 e 110), a agente de tributos estaduais designada para tal tarefa, Léa Lúcia Moreira West, explica que uma grande parte dos cupons fiscais foi emitida sem a devida identificação das mercadorias, apenas com a expressão “diversos”, cujo código atribuído fora o mesmo cadastrado para os produtos não tributados.

Afirma que, conforme relatório anexado à folha 15 referente à proporcionalidade aplicada no exercício de 2013, a média de mercadorias da substituição tributária encontrada nas saídas é 99,99%, incompatível com a média das compras no mesmo período, que é de 29,18%. Relativamente ao exercício de 2014 (fls. 25), diz que a média das receitas com substituição tributária é de 99,98%, em total incongruência com o percentual encontrado nas compras (29,15%). Diz que, diante da inconsistência das informações, segregou a receita auferida com base nas compras como parâmetro mais confiável para determinação da receita tributada. Sustenta que as receitas tributadas, apuradas mensalmente no levantamento fiscal, foram maiores que as receitas tributadas declaradas pelo contribuinte e, portanto, ficou configurada a infração de recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$21.444,82, por erro na informação da receita.

Quanto à infração 2, menciona que a auditoria foi realizada mediante o programa AUDIG, de modo que cada venda em cartão informada pela administradora foi vinculada ao cupom fiscal correspondente, por data e valor, isto é, a venda em cartão que não encontrou o cupom fiscal equivalente foi considerada uma venda sem emissão de documento fiscal e, portanto, uma omissão de operação de saída.

VOTO

No Auto de Infração em comento, 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).

Em sua defesa, o autuado requer a nulidade da infração 1, sob o argumento de que a segregação da receita apurada com base nas operações de entradas não possui respaldo legal e afronta o disposto no art. 2º, §2º, do RPAF/99. Sustenta que a segregação das receitas deveria ter sido realizada segundo as operações de saídas.

O exame dos demonstrativos de fls. 15 e 25 evidencia que o autuante apurou a proporção das operações tributáveis tomando por base as compras efetuadas pelo defendente, tendo em vista que as informações constantes nos documentos fiscais de saídas divergiam das lançadas nas DASNs.

Cabe salientar que na infração 1 não se está exigindo imposto com base em presunção legal, mas sim na constatação de que o autuado recolheu a menos ICMS *“devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor”*. Nessa situação, o imposto a ser recolhido deve ser apurado com base nas efetivas operações de saídas realizadas, sendo as receitas decorrentes de operações sujeitas ao regime de substituição tributária segregadas conforme a real situação tributária das mercadorias comercializadas.

Não vislumbro respaldo legal para que se realize a citada segregação das receitas com base nas operações de entradas, como fez o autuante, haja vista que nessa infração estamos tratando da constatação de pagamento a menos do imposto devido - não se trata de presunção, repito. Se não havia, segurança na quantificação da efetiva receita auferida com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, deveria o autuante aplicar outro roteiro de auditoria que permitisse aferir, com segurança, as operações realizadas pelo defendente.

Dessa forma, a metodologia empregada pelo autuante para segregar as receitas decorrentes de operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária não permite que se determine, com segurança, a ocorrência da infração e do valor devido. Assim, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF-BA/99, a infração 1 é nula, devendo a autoridade competente providenciar o refazimento da ação fiscal a salvo de falhas.

Já em relação à infração 2, a qual trata de imposto exigido com base em uma presunção legal, é razoável admitir-se a segregação da receita decorrente de operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária segundo as operações de entradas realizadas pelo contribuinte, uma vez que essas são as únicas informações confiáveis para se determinar a proporcionalidade das operações tributáveis, vez que de acordo com as informações do autuante as reduções “z” e as notas fiscais trazem dados relativos às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária divergentes dos informados nas DASNs.

Desse modo, o critério empregado pelo autuante na determinação do percentual a ser utilizado na segregação das receitas sujeitas ao regime de substituição tributária é válido, não havendo razão para a sua nulidade.

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.

Visando elidir a acusação, o autuado sustenta que as diferenças apuradas pelo autuante correspondem a vendas realizadas com uma parte do pagamento em cartão e outra em dinheiro. Apresenta uma tabela com doze operações que diz terem sido pagas com cartão e com dinheiro.

Essa alegação defensiva não se mostra capaz de desconstituir a presunção que embasa a infração em comento. Os doze exemplos que o autuado cita em sua tabela não comprovam a regular tributação das operações ali relacionadas, especialmente quando as diferenças entre os cupons fiscais e as informações das administradoras de cartão são atribuídas a valores pagos em dinheiro. Para elidir essas operações, o autuado deveria apresentar elementos probantes em que os valores informados pelas administradoras de cartão fossem coincidentes em data e valor com os documentos fiscais apresentados pelo autuado.

O defendente solicita a prorrogação do prazo para comprovar que todas as vendas realizadas com cartão foram submetidas à tributação, porém esse pleito defensivo não merece acolhimento, uma vez que o defendente não traz aos autos nenhum elemento capaz de comprovar a veracidade dessa sua alegação. A tabela que apresenta na defesa não se presta para tanto, pois ali a diferença entre os cupons fiscais e os pagamentos feitos mediante cartão é atribuída a pagamentos efetuados a dinheiro, situação que não há como se comprovar ante a fungibilidade do dinheiro.

Considerando que o autuado não trouxe ao processo qualquer prova ou argumento capaz de elidir essa segunda infração, esses item do lançamento é subsistente.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **152240.0026/15-3**, lavrado contra **EREMITA SANTOS DE ALMEIDA - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.298,31**, 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, 18 de fevereiro de 2016.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA — PRESIDENTE EM EXERCÍCIO / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA