

A. I. Nº - 232417.0002/15-0
AUTUADO - SÉRGIO NOGUEIRA ARAÚJO - ME
AUTUANTE - ROSINEIDE DOS SANTOS ANDRADE SOUZA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - 06.04.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0030-04/16

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA A MENOR. 2. CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infrações não elididas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/06/2015, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$24.381,60 (vinte e quatro mil, trezentos e oitenta e um reais e sessenta centavos), em decorrência das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

Infração 01 - código 17.03.16 – omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de débito ou crédito, em valor inferior ao informado por instituições financeiras e administradoras de cartões. Exige-se o ICMS no valor total de R\$ 20.041,57 (vinte mil, quarenta e um reais e cinquenta e sete centavos) acrescido de multa de 75% (setenta e cinco por cento) prevista no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

Infração 02 - código 17.02.01 – efetuou recolhimento a menor do ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, em função de erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor. Exige-se o ICMS no valor total de R\$4.340,03 (quatro mil, trezentos e quarenta reais e três centavos) acrescido de multa de 75% (setenta e cinco por cento) prevista no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96.

O autuado apresenta defesa, fls. 77 a 83, solicitando, em preliminar, a nulidade do AI, haja vista a exigência fiscal repousar em mera presunção e não restar provado que foram realizadas vendas de mercadorias sem emissão das notas fiscais correspondentes. Alega, ainda, cerceamento de defesa, uma vez que não houve segurança na determinação das bases de cálculo das infrações imputadas.

Observa o autuado que a autuante baseou-se, simplesmente, em planilha que foi elaborada levando em conta apenas as operações em que os valores das notas fiscais emitidas em cada data coincidiam com os valores informados nos relatórios das administradoras de cartões de crédito e débito, deixando de contabilizar a realização de operações de vendas com pagamento misto, ou seja, parte em dinheiro e parte com cartão de crédito ou débito; parte em cartão de crédito, parte em cartão de débito; pagamento total com cartão de crédito ou débito da mesma operadora e, ainda, operações de venda a curto prazo, com emissão imediata da nota fiscal, com pagamento *a posteriore*, através de cartão de crédito ou débito.

Entende o autuado, fl. 79, que “para proceder ao lançamento *ex officio*, deveria a autuante previamente provar a suposta irregularidade de falta de emissão de notas fiscais e destarte o fato gerador da obrigação, sob pena de ser nulificado o procedimento adotado”.

Prossegue afirmando que o ato de imposição de penalidade não foi devidamente motivado, o que impediu o exercício regular do direito de defesa por parte do autuado, o que compromete a validade do presente AI e, conseqüentemente, do lançamento nele constante.

Com base no exposto, entende haver motivo relevante para que se declare nulo o AI e se exima o contribuinte da injusta exigência tributária.

Quanto ao mérito, o autuado reitera os esclarecimentos preliminares acerca da infração 01, reafirmando que a autuante deixou de considerar várias circunstâncias quanto ao pagamento dessas operações, tais como já referido, as vendas a prazo, vendas com cartões de mais de uma instituição, dentre outras. Tais circunstâncias tornam inviável a identificação e o cruzamento de cada pagamento efetuado com cartão de crédito/débito, com a nota, ou notas fiscais correspondentes, o que só é possível com as operações em que há coincidência de valores – operação x pagamento.

O autuado invoca, fl. 05, o inciso VI do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, transcrito a seguir, para justificar o seu entendimento de que são os valores totais declarados pelo contribuinte, inseridos no PGDAS-D – Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório, nos prazos regulamentares, que não podem ser inferiores aos informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito/débito:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

.....

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

.....

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

- a) instituições financeiras;*
- b) administradoras de cartões de crédito ou débito;*
- c) “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante;*

Em seguida, apresenta planilhas, fls. 06 a 08, demonstrando que, em quase todos os meses, as saídas do seu estabelecimento ultrapassaram as informações fornecidas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito/débito. Aduz que nos três exercícios fiscalizados, apenas nos meses de fevereiro/2012, abril e junho/2013 e março/2014, as receitas declaradas pelo defendente foram inferiores às referidas informações, justificado pelo fato de pagamentos efetuados naqueles meses, com cartões de crédito/débito, serem para entrega futura das mercadorias, tendo sido as notas fiscais correspondentes emitidas no mês seguinte, quando da entrega dos produtos.

Entretanto, como não tem meios de identificar as operações que se referem aos pagamentos para entrega futura e como prova irrefutável da sua boa-fé, o autuado aceita reconhecer a cobrança pelas diferenças apontadas nos meses mencionados, pela alíquota incidente de acordo com o enquadramento da receita bruta, após somada a receita reconhecida como omissão, admitindo o pagamento de R\$1.106,54 (um mil, cento e seis reais e cinquenta e quatro centavos), na infração 01, mesmo sabendo que não incorreu em sonegação fiscal.

Com relação a infração 02, entende o autuado que essa é uma consequência da infração 01, pois quando a autuante atribuiu aos valores de vendas com pagamento com cartão de crédito/débito, que não coincidiram com as notas fiscais emitidas, omissão de saídas de mercadorias, automaticamente verificou-se mudanças de faixas de receita bruta para fins de tributação pelo Simples Nacional, prejudicando mais uma vez o autuado, haja vista a majoração da alíquota de incidência do ICMS, bem como dos outros impostos relacionados com o referido sistema.

Acredita que sendo a infração 01, considerada parcialmente improcedente, aplica-se a mesma regra à infração 02, passando essa última a inexistir, por ser resultante da primeira.

Na informação fiscal, fls. 85 a 88, a autuante registra que fora designada a fiscalizar a empresa em questão, quanto aos recolhimentos do ICMS do Simples Nacional, dos exercícios de 2012 a 2014, com roteiro de apuração nas vendas mediante cartões de crédito e/ou débito. Os valores foram apurados, através das notas fiscais de saídas emitidas pela autuado em cada exercício, juntamente com as informações TEF – Transferências Eletrônicas de Fundos, oferecidas pelas administradoras de cartões, bem como com as informações contidas no PGDAS.

De acordo com a autuante, a apuração foi procedida através do Sistema AUDIG – Auditoria Digital, o qual gerou os relatórios, fls. 09 a 31; todos autoexplicativos. Após alimentar o Sistema AUDIG – Auditoria Digital, com as informações de todas as vendas, nota a nota, com as receitas informadas através das PGDAS e com os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito e débito, o sistema se incumba de fazer os batimentos dos referidos valores e assim gerando diversos relatórios, os quais foram entregues ao autuado, como esse atesta à fl. 72.

Dentre os relatórios consta o “Relatório de TEF por Operação”, o qual discrimina se a venda foi efetuada através de cartão de crédito ou débito, o “Relatório de NF Equivalente ao TEF” que informa os valores batidos e os que não foram batidos no cruzamento das informações, o “Relatório de Outros Recebimentos” indicando vendas que não foram através de cartão, dentre outros. O autuado dispõe com clareza de todas as informações necessárias para fazer um levantamento através de seus comprovantes de vendas em cartões – Orpags, mas mesmo assim, alega ser inviável tais identificações.

Entende a autuante que não há motivo para querer nulidade do presente AI, alegando presunção de omissão e cerceamento de defesa, uma vez que os fatos estão comprovados nos respectivos relatórios. O próprio contribuinte alega que não dispõe de pessoal e nem de recurso tecnológico para cotejar as diversas operações de vendas, deixando entender que não existe total controle quanto a emissão de notas fiscais.

Observa a autuante que as planilhas apresentadas pelo autuado na tentativa de contrariar as provas apresentadas pela fiscalização, não servem para elidir a acusação fiscal relativa à infração 01, porque levam em consideração apenas os valores informados pelas administradoras de cartões, confrontando com os valores de receitas, como se todas as receitas decorressem apenas das vendas com cartões, não considerando os valores de vendas feitas em espécie, em cheque ou outro modo diverso, como também não considerou as omissões discutidas. Não havendo alteração na infração 01, a infração 02 permanece inalterada.

Ante as razões expostas, ratificando os fatos e fundamentos nos termos da legislação que regulamenta a matéria, requer a preposta fiscal, que esse Auto de Infração seja totalmente procedente, porque a defesa em nada contraria os fatos e fundamentos contidos no processo.

VOTO

O presente AI foi lavrado em decorrência da constatação de duas infrações. A primeira infração refere-se à exigência do ICMS decorrente da omissão de saída de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões de crédito/débito.

A segunda infração, decorrente da primeira, trata 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, em função de erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor.

Em preliminar, constato que foram observados todos os requisitos que compõem o AI, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF). Constam no presente PAF a identificação do sujeito passivo, a descrição da infração, os dispositivos da legislação tributária infringidos, a tipificação da multa, a base de cálculo do imposto, alíquota e valor do ICMS exigido, permitindo ao impugnante o pleno exercício do seu direito de defesa, não cabendo

alegação de cerceamento de defesa, haja vista que os fatos estão comprovados nos relatórios onde constam observações esclarecendo como os valores foram obtidos.

Com relação a infração 01, concordo, efetivamente, que está fundamentada no inciso VI, do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, conforme até invocado pelo autuado, em sua defesa. Entretanto, o autuado se equivoca quando registra o entendimento que são os valores totais declarados pelo contribuinte, mediante transmissão dos PGDAS-D, nos prazos regulamentares, que não podem ser inferiores aos informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito/débito.

Com efeito, entendo, necessário esclarecer, que os valores que não podem ser inferiores aos informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito são aqueles relativos a declaração de vendas, mediante o uso de cartões de débito ou crédito, informados pelo contribuinte. A diferença entre os valores registrados/informados pelas administradoras de cartões nos Relatórios TEF Diários e os valores declarados/informados pelo contribuinte neste modo de pagamento, é considerada receita omitida, com fundamento no dispositivo da Lei nº 7.014/96 citado anteriormente.

É interessante registrar que para o autuado fazer a correlação entre os valores submetidos à tributação e aqueles registrados nas informações TEFs, se faz necessário a entrega ao mesmo dos Relatórios de Transferência Eletrônica de Fundos (TEF) Diário por Operações. Verifico que mediante CD, conforme documento acostado à fl. 72, foi entregue ao contribuinte cópia desses Relatórios TEF Diários por Operações relativos aos exercícios de 2012, 2013 e 2014. Tais relatórios permitem à defesa fazer correlação entre as transferências eletrônicas e os documentos fiscais correspondentes.

Neste sentido, para elidir o trabalho fiscal, o defendente deveria ter comprovado para cada valor informado pela administradora de cartão, os respectivos documentos fiscais que têm correspondência de data e valor, ou, de forma alternativa, apresentar uma planilha com informações relativas a notas fiscais emitidas sem a informação de pagamento mediante cartão de crédito e/ou débito, cujos valores coincidisse com os informados pela administradora de cartão naquela data, como forma de afastar a presunção. Entretanto, nenhuma prova, neste sentido, foi acostada aos autos.

O autuado apenas limitou-se a registrar, fl. 80, ser inviável a identificação e o cruzamento de cada pagamento efetuado com cartão de crédito/débito, com a nota ou notas fiscais correspondentes. Descreveu as diversas modalidades de pagamento, sem, no entanto, trazer aos autos nenhuma prova documental quanto a efetiva ocorrência da combinação dessas modalidades diversas de pagamento, ou seja, parte com cartão de crédito e/ou débito, parte com cheque e parte com dinheiro, realizadas em determinadas vendas, em um determinado dia, comprovando as suas afirmações.

Observo que os demonstrativos apresentados pelo autuado, fls. 6 a 8, não se prestam para elidir a presunção legal de omissão de saídas, pois confrontam apenas os valores informados pelas administradoras de cartões com os valores de receitas informados no PGDAS-D, como se o contribuinte só realizasse vendas mediante o uso de cartão, deixando de considerar os valores de vendas feitas em espécie, em cheque ou outro modo diverso, conforme registra o autuante. Assim sendo, tendo em vista que o contribuinte não conseguiu comprovar a origem dos valores declarados pela administradora de cartões de crédito ou débito, resta caracterizada a omissão de saída tributada (infração 01).

Por consequência, os valores de receita omitidos (infração 01) acrescidos aos valores da receita declarados nas PGDAS-D pelo autuado, resultaram em nova receita e em novas alíquotas, o que determinou a infração 02. Os valores das novas alíquotas decorreram do reenquadramento do contribuinte em novas faixas de receita de acordo com o Anexo I da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Registro que as receitas adicionais que determinaram o reenquadramento do autuado em novas faixas de receita/novas alíquotas, restaram provadas de forma indireta, por presunção, mediante declaração das empresas administradoras de cartão de crédito, com fundamento no inciso VI, do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Desta forma, resta comprovado erro na informação da receita, que foi declarada a menor, ensejando aplicação de alíquota também a menor, implicando, por conseguinte, em não recolhimento de parte do ICMS devido. Assim, entendo caracterizada a infração 02, conforme apurado pela autuante.

Assim sendo, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232417.0002/15-0**, lavrado contra **SÉRGIO NOGUEIRA ARAÚJO – ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.381,60**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 42, inciso I, da Lei nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2016

ÁLVARO BARRETO VIEIRA– PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO – RELATORA

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO– JULGADORA