

A. I. Nº - 021092.9001/15-0
AUTUADO - AMADEU MACHADO LIMA - EPP (ÁGUA FORTE)
AUTUANTE - JOÃO CARLOS BERNARDES PEREIRA
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08/03/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0040-03/16

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. RECEITA TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **a)** ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA A MENOR. **b)** 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. Infrações não elididas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 11/03/2015, reclama ICMS no valor total de R\$24.352,26, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

INFRAÇÃO 01 - 17.02.01 - Efetuou 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 - Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor. Após conclusão da fiscalização onde levou-se em conta os roteiros sugeridos pela O.S. nº 509250/14, foi constatado a omissão de receita que valores recebidos através de cartão de crédito /débito sem emissão dos documentos fiscais no exercício de 2012 e 2013, sendo que foi feito o confronto com informações prestados pelo contribuinte através de PGDAS nos anos de 2012 e 2013 e pelas MFD do ECF, onde foi constatado a aplicação de alíquota a menor conforme demonstrativos C2 à folha 13, em montante de R\$7.516,20. Multa proposta de 75% sobre o valor do imposto.

INFRAÇÃO 02 - 17.03.16 - 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 cartão de crédito - sem dolo. Valor histórico R\$16.836,06. Após a conclusão de fiscalização onde levou-se em conta os roteiros sugeridos na O.S. nº 509250/14, foi constatado a omissão de receitas através de valores recebidos de Cartão de Crédito/débito sem a emissão dos documentos fiscais correspondentes a esses valores nos exercícios de 2012 e 2013, sendo que foi feito o confronto com informações prestadas pelo contribuinte através das PGDAS dos anos de 2012 e 2013 e pelas MFD do ECF, conforme relatórios em anexo ao processo.

Constam dos autos: Intimação para Apresentação de livros e documentos (folha 07); Ordem de Serviço (folha 80), Demonstrativos de Débito (folhas 10 a 20); CD-ROM (folha 09); ,Cópias do livro de entrada de mercadorias (folhas 22 a 28) copias do livro de Inventário (fls. 29 a 36), Impugnação (folhas 39 a 51); Informação Fiscal (folhas 59 a 63).

O sujeito passivo, através de seu representante legal, em sua defesa às fls. 39 a 51, afirma na preliminar de nulidade que existem dois pólos de interesses antagônicos na relação jurídico-tributária. Do lado da Fazenda Pública, há o interesse de arrecadar o devido para que o Estado

cumpra os seus objetivos. Do lado do contribuinte, muito mais do que o interesse em pagar menos tributo há a necessidade de procurar reduzir custos com vista à obtenção de melhores resultados e, até mesmo, sua sobrevivência econômico-financeira.

Diz que entre os vários princípios que norteiam a incidência e a cobrança de tributos ressalta a importância da legalidade, da verdade material e da segurança jurídica, como pilares irremovíveis em que se assenta o nosso sistema constitucional tributário.

Relata sobre o princípio da legalidade, afirmando que tanto sob o aspecto material como o formal, deve ser respeitado, pois impõe que nenhuma exigência ou aplicação de penalidade tributária poderá ser feita sem que exista lei prévia que lhe dê respaldo, bem assim que o executor da lei, no exercício das suas funções, só poderá agir quando autorizado por lei e dentro dos limites por ela estabelecidos.

Declara que a verdade material decorre e complementa a própria legalidade, pois, a cobrança de tributos somente poderá ocorrer quando efetivamente concretizados no mundo factual todos os elementos previstos na hipótese de incidência abstrata da lei, como necessários à materialização do fato gerador e ao nascimento da obrigação tributária. Desse princípio deriva tanto para a Fazenda Pública (sujeito ativo) como para o contribuinte (sujeito passivo) o dever de cumprir fielmente os desígnios legais no tocante à correta identificação dos elementos que compõem a hipótese e o momento de ocorrência do fato gerador, a partir do qual nasce o dever de pagar o tributo para o contribuinte e para a Fazenda Pública o dever-poder de lançar e cobrar o tributo.

Argumenta que na busca de realizar a segurança jurídica, o exercício do dever-poder de fiscalizar, lançar e arrecadar os créditos tributários deverá reger-se de modo que sejam rigorosamente observados os princípios fixados pela Constituição.

Da mesma forma, são esses mesmos princípios que devem reger a incidência tributária e o dever de pagar tributos para o contribuinte, sob pena de subversão do sistema jurídico e de instalar-se a insegurança na relação Fisco e contribuinte, maculando de ilegalidade qualquer exigência que esteja em desacordo com os mandamentos constitucionais.

Destaca que o lançamento tributário é um ato administrativo de ofício e como tal somente poderá se aperfeiçoar se forem seguidos todos os requisitos essenciais, procedimentos imprescindíveis à sua perfectibilidade, bem assim que o sujeito contra o qual foi procedido o conjunto de atos, tomar a devida e regular ciência dos mesmos. O desrespeito resultará fatalmente na nulidade do ato por cerceamento do direito de defesa e grave violação aos Magnos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Afirma que no sentido de revestir o lançamento tributário de maior certeza e segurança jurídica, em respeito aos princípios da Legalidade, Moralidade, da Eficiência, do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa e da Segurança Jurídica, a própria Administração Tributária, na busca de melhor exercer o controle sobre os atos de seus agentes, cercando-os de maior legitimidade e validade, bem assim dar mais proteção ao contribuinte, maior transparência, ciência e publicidade para o acusado dos seus procedimentos de ofício, criou o instrumento do Mandado de Procedimento de Fiscal - MPF.

Para tanto, por meio da Portaria nº 1.265, de 22 de novembro de 1999, ficou estabelecido que os procedimentos fiscais, relativos aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, deveriam obedecer e somente seriam instaurados mediante ordem específica denominada de Mandado de Procedimento Fiscal MPF.

Portanto, para evitar arbitrariedades, perseguições políticas e demais abusos, é imperioso que todos os entes federativos sigam a União e exijam o MPF (Mandado de Procedimento Fiscal) para iniciar que procedimento fiscal, sob pena de nulidade.

Observa que em nome da legalidade, da moralidade, da eficiência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa é imprescindível que se reconheça que a instauração, a regularidade, a legitimidade e validade do procedimento fiscal estão intrinsecamente ligadas e dependentes da obediência aos termos da legislação que regula o Mandado de Procedimento Fiscal.

Diz que tal afirmação leva à necessária conclusão de que qualquer lançamento tributário executado com base em procedimento fiscal contaminado por vício, igualmente, padece de vício bastante para torná-lo nulo a fim de ser restaurada a ordem jurídica.

Por fim, concluir que esta evidenciada a total falta de fundamento das acusações fiscais, a Impugnante, pede que o auto de infração deve ser declarado nulo.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 59/62) esclarecendo detalhadamente o cometimento das as infração de nº 01 e 02, dizendo que é devida, pois o defendente efetivou o recolhimento a menos do ICMS - Simples Nacional, previsto pelo Art. 18, I, da Lei Complementar nº 123/96 c/c §4º da Lei nº 7.014/96 e Art. 21 ,I, Art. 34 e 35 da Lei complementar nº 123/96 e art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96 com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07, inclusive, não apresentando no período da fiscalização documento de arrecadação comprovante o pagamento do tributo. Todos os cálculos foram feitos através do aplicativo processador, este se trata de um programa da SEFAZ para cálculo destes e de outros tributos gerando demonstrativos e planilhas de fácil entendimento - demonstrativos e planilhas estes, que foram entregues ao contribuinte, folhas nºs 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 e 20, e em mídia digital (*compact disc*) DVD-R às folhas 09, que arquiva todos os relatórios que explicitam os cálculos feitos no procedimento fiscalizatório.

Informa que os relatórios analíticos estão no CD à folha 09, com o registro de todos os lançamentos feitos, lançamentos estes, feitos através do APLICATIVO PROCESSADOR, onde nas planilhas constam; alíquotas, apropriação de crédito tributário entre outras informações necessárias ao processo.

Diz que todos os valores foram apropriados utilizando como base comprobatória arquivo do equipamento ECF - Emissor de Cupom Fiscal em MFD - Memória de Fita, NF-e - Notas Fiscais Eletrônicas, entre outros, informações prestadas pelo contribuinte através arquivo magnético e o arquivo TEF, arquivo este constante no sistema de informações da SEFAZ.

Rebate as razões de defesa, dizendo que o fato gerador que justifica a cobrança do tributo se dá justamente no momento em que é efetuada a transação entre as partes e a mercadoria sai do estabelecimento do contribuinte, sendo que o RICMS estabelece os prazos para recolhimento do tributo desde quando o contribuinte esteja com sua inscrita regular.

Informa que as informações necessárias para alimentar o aplicativo processador, para composição do processo; Notas Fiscais Eletrônicas de entrada e saídas, Arrecadação, DAEs, Código de Receita, Crédito Tributário, Credenciamento, entre outras, para respectivamente efetuar os cálculos do tributo foram obtidas com base no sistema de informação constantes no banco de dados da SEFAZ, fazendo-se o batimento com as informações prestadas pelo contribuinte, através de Livros, NF-e,s de entrada e DAEs de pagamento.

Por fim, diz que as razões e as justificativas estão de acordo com a legislação vigente, motivo pelo qual requer que seja o presente Auto de Infração julgado PROCEDENTE.

Conforme despacho de fl. 67, por proposição deste Relator, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em 03/09/2015, com fulcro no §1º do artigo 18, do RPAF/99, decidiu em converter o processo em diligência à IINFAZ de Origem, para que fosse expedida intimação ao autuado, reabrindo o prazo de defesa por 60 (sessenta) dias, com a entrega (fl. 73), sob recibo, dos demonstrativos de débitos, demonstrativos constantes do Auto de Infração, Relatórios de Informações TEF e dos relatórios informados pelas instituições financeiras e/ou administradores de cartão credito/débito e CD/DVD

contendo todos esses arquivos, para que o sujeito passivo pudesse exercer a ampla defesa e o contraditório. Porém, no prazo estipulado não houve qualquer manifestação do autuado.

VOTO

Os pressupostos de validade do procedimento fiscal foram devidamente observados, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como, indicou o embasamento jurídico.

Portanto, nada existe que possa macular o ato administrativo de nulidade. Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Quanto à alegação de nulidade por ferir aos princípios da legalidade, da verdade material, segurança jurídica, peca o impugnante por não explicitar o seu ponto de vista, deixando de correlacionar a sua alegação com os elementos de prova constantes dos autos. Impede, portanto, que se possa vislumbrar aquilo o quanto alega, caindo no vazio a sua tese, desprovida, que ficou, de substrato probatório.

No mérito, trata-se de Auto de Infração relativo à constatação de duas infrações.

Quanto à infração 01, constato que os demonstrativos de débito elaborados (folhas 13), bem como os Relatórios TEF Diários (CD), 2012 e 2013 (CD à folha 09) acostados ao processo, evidenciam a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, traduzido como o recolhimento a menor de ICMS, em decorrência do ocultamento de parte da sua receita, cuja evidência está legalmente autorizada pelo art. 21º, Inciso I, da Lei Complementar nº 123/06.

O débito lançados nesta infração foram apurados com base nas planilhas eletrônicas constantes nos autos, 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 desta infração, foram constadas a omissão de receita através de Cartão de Crédito/Débito sem emissão dos documentos fiscais correspondentes aos anos 2012 e 2013, sendo feito o confronto com as informações prestadas pelo contribuinte através das PGDAS e pelas MDF do ECF, onde foi aplicada alíquota a menor conforme demonstrativos C2, fls. 13 e relatórios anexos, sendo 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.

Em relação ao item 02, a autuação está fundamentada no Artigo 18º e inciso I do art. 26 da Complementar nº 123/06 e do Art. 4º Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê: “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.

O demonstrativos de débito elaborados (folhas 10 a 12), bem como os Relatórios TEF's 2012 e 2013 (CD à folha 09) acostados ao presente processo pelo autuante, evidenciam, com clareza, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, traduzido como a omissão de saída de mercadoria tributada, em decorrência da presunção legalmente autorizada pelo art. 4º, §4º, inciso VI, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

O conteúdo das informações previstas no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 representa, na verdade, operações de vendas efetuadas pela empresa autuada no período, cujo quantum é objeto de transferência para a conta bancária da impugnante. Daí a exigência de que existam os documentos fiscais correspondentes.

Em processo desta natureza faz-se necessário o fornecimento ao contribuinte dos “Relatório de Informações TEF - Diário”, com especificação das vendas diárias, por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administração de cartão, separadamente, de modo que possa ser efetuado o cotejo entre os valores registrados na escrita fiscal e no equipamento emissor de cupom fiscal com as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Para que fosse elidida de modo válido a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, o autuado deveria ter feito o cotejamento entre o que consta nos “Relatório de Informações TEF - Diário”, com os valores correspondentes às vendas constantes no ECF e/ou nas notas fiscais emitidas, de modo a comprovar que os valores informados pelas operadoras efetivamente foram lançados em sua escrita fiscal, haja vista que nos citados TEF's diários estão especificadas as vendas diárias, por operações, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administradora de cartão, separadamente.

A Infaz de origem atendeu ao pedido da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, conforme intimação e A.R. dos Correios, às fls. 130 a 131, sendo reaberto o prazo de defesa por 60 (sessenta) dias, e entregues cópias dos documentos, porém, no prazo estipulado não houve qualquer manifestação do autuado.

Ante o 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 **021092.9001/15-0**, lavrado contra **AMADEU MACHADO LIMA - EPP (ÁGUA FORTE)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.352,26**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 44, inciso I, c/c art. 35 da Lei Complementar nº 123/06, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2016.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO - JULGADOR