

A. I. Nº - 210621.0015/15-9
AUTUADO - GRR MACEDO COMÉRCIO LTDA - ME
AUTUANTE - VALDECLIDES DE ASSIS FERREIRA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04.07.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0077-02/16

EMENTA: ICMS. 1. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Defesa não elidiu valor autuado. Infração mantida. 2. REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES NACIONAL. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU ALÍQUOTA APLICADA A MENOS. NÃO RECOLHIMENTO DE PARTE DO ICMS. Defesa não elidiu valor autuado. Infração mantida. Afastada arguição de nulidade. Rejeitados os pedidos de perícia e diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 09/12/2015, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$22.036,53, em razão de:

INFRAÇÃO 01 – 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\$19.986,05.

INFRAÇÃO 02 – 17.02.01 - Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado 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 alíquota aplicada a menor. Valor histórico R\$2.050,48.

O autuado, folhas 162 a 167, impugnou o lançamento tributário, mediante advogado habilitado nos autos, arguindo nulidade por ausência de indicação da fundamentação legal para a exigência do tributo e aplicação da multa.

Tece comentário sobre procedimento administrativo fiscal, assegurando que omitir ao sujeito passivo a indicação do fundamento legal do tributo cujo pagamento lhe é exigido viola os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, transcrevendo art. 129, § 1º, inciso V, do Código Tributário do Estado da Bahia e art. 39, inciso V, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), pois *“no auto de infração há apenas a indicação de dispositivos regulamentares, dispostos na LC 123/06 e na Lei nº 7.014/96”*, que em seu entendimento não supre a exigência do Código Tributário do Estado da Bahia de que o auto de infração contenha a indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos.

Também assevera que:

Há, porém, a indicação expressa dos art. 18, 21, 26, 34 e 35 da LC 123/06, art. 4º da Lei 7.014/96, assim como, ao art. 44, da Lei nº 9.430/96.

No mérito, alega insubsistência das infrações 01 e 02. Equívoco na base de cálculo utilizada pela agente fiscal para apuração do suposto tributo devido. Ausência de omissão das receitas advindas

dos pagamentos por cartão de crédito e de débito. Valores existentes nas Reduções Z do estabelecimento que comprovam a equivocidade da autuação.

Alega que as receitas brutas mensalmente declaradas pela autuada são superiores aos valores fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito e de débito e pelas instituições financeiras.

Frisa que da simples análise da planilha anexa, é possível visualizar que não haveria como a autuada ter omitido a integralidade da receita advinda dos cartões de crédito e de débito, a exemplo do mês de janeiro/2012, no qual fora declarada pela autuada a receita de R\$56.136,79 e a fiscalização apontou omissão de receita na importância de R\$24.367,46.

Argumenta que caso a apuração da agente fiscal estivesse correta, a autuada deveria ter percebido a receita bruta de R\$80.504,25 no referido mês. No entanto, a partir da análise das Reduções Z, no referido período a autuada obteve a receita de R\$60.786,70, incluindo-se nesse valor tanto as receitas advindas dos cartões de crédito e de débito como das demais formas de pagamento (dinheiro). Assim, ainda que tenha havido omissão de receita, esta foi na importância de R\$4.649,91, valor este que destoa substancialmente da omissão de receita apurada pela agente fiscal.

Ressalta que houveram exercícios nos quais a autuada declarou sua receita bruta em valores superiores àqueles efetivamente apurados através da Redução Z, o que confirma a ausência de omissão – ao menos nos valores integralmente lançados pela fiscal – das receitas advindas dos cartões de crédito e de débito. Nesse caminho, apenas a título exemplificativo, no exercício de 2014, no qual a agente fiscal apurou a omissão de receita no valor total de R\$409.105,73, em verdade, não apenas inexistiu omissão de receita, como também a autuada declarou valor superior àquele efetivamente percebido.

Reconhece a procedência parcial do autuado, porém com a necessidade de correção da base de cálculo.

Ao final, requer seja acolhida a questão preliminar suscitada, ou, ainda, sejam julgadas parcialmente improcedentes as infrações 01 e 02, determinando-se a correção da base de cálculo utilizada para a autuação.

Requer ainda a produção de provas pelos meios permitidos, especialmente a juntada dos documentos anexos e também a realização de diligência e de perícia fiscal.

O preposto fiscal ao prestar a informação fiscal, fls. 189 e 190, ressalta que o presente auto de infração em nada fere ao princípio da fundamentação legal, sendo confeccionado obedecendo as normas Legislativas instituídas e regulamentares da exigência do tributo no Estado da Bahia. Consta da folha 02, que a infração 01, está embasada no artigo 18 e inciso I do art. 26 da Lei Complementar 123/06, § 4º da Lei 7.014/96 e Arts. 34 e 35 da Lei Complementar 123/06; Inciso I do art. 44 da Lei Federal 9.430/96 com redação dada pela Lei Federal 11.488/07. E, na folha 03, que a infração 02 fundamenta nos art. 21, da Lei Complementar 123/06 e no art. 35 da Lei Complementar 123/06; art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96; de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07. Portanto, configura-se o argumento da defesa, apenas como forma de esquivar-se do cumprimento da Obrigação Tributária.

Destaca que a autuação é procedente devido a fidelidade das apurações, cujo batimento foi feito comparando as vendas realizadas com cartões de Crédito e/ou Débito e documentos fiscais apresentados pelo contribuinte, conforme intimação recebida em 23/10/2015 que abrange os períodos de 20/01/2011 a 31/12/2014.

Destaca que em seus documentos exibidos, conforme MFD apresentada cuja cópia encontra-se na mídia eletrônica fls. 154, não foram identificadas Notas Fiscais emitidas entre as datas 01/01/2012 a 31/12/2014. Assim como, as notas fiscais modelo D1, cuja relação consta também em mídia eletrônica à fl. 154 e demonstrativo Y2, fl. 21, não foram identificadas notas Fiscais emitidas nos períodos compreendidos entre 01/01/2012 a 31/12/2012 e 01/01/2014 a 31/12/2014. Portanto, é

totalmente descabida as alegações do autuado pois não há uma comprovação sequer. Em nenhum momento, colaciona em sua peça contestatória documentos fiscais que amparem suas alegações.

Realça que a leitura X, apresentada pela defesa em mídia, fls. 186, referem-se a dados dos períodos de 2009 e 2010.

Ao final, opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Não acolho a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o preposto fiscal expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Observo que o preposto fiscal na lavratura do Auto obedeceu ao disposto no artigo 39, do RPAF/99, eis que, contém todos os elementos esclarecedores da acusação fiscal, tais como a descrição do fato, o enquadramento legal, os valores de cada período, a multa aplicada, além do Anexo do demonstrativo de débito, no qual, consta a tabela de redução de multa, tabela de correção dos acréscimos legais.

Ainda observo que no Auto de Infração contem a indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos e das multas aplicadas. No corpo da peça acusatoria consta à folha 02, que à INFRAÇÃO 01, está embasada no artigo 18 e inciso I do art. 26 da Lei Complementar 123/06, §4º, do art. 4º da Lei 7.014/96 e a multa aplicada no arts. 34 e 35 da Lei Complementar 123/06; Inciso I do art. 44 da Lei Federal 9.430/96 com redação dada pela Lei Federal 11.488/07. E, na folha 03, que à INFRAÇÃO 02 foi fundamenta nos art. 21, da Lei Complementar 123/06 e a multa aplicada no art. 35 da Lei Complementar 123/06; art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96; de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07. Portanto, configura-se o argumento da defesa, apenas como forma de esquivar-se do cumprimento da Obrigação Tributária.

Além disso, constam nos autos e foram entregues o sujeito passivo os demonstrativos das infrações, tais como:

- 1- DEMONSTRATIVO C1- DEMONSTRATIVO DA FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS DEVIDO SOBRE O FATURAMENTO – SIMPLES NACIONAL – OMISSÃO DE RECEITAS TRIBUTADAS;
- 2- DEMONSTRATIVO C2 - DEMONSTRATIVO DA FALTA DE PAGAMENTO OU PAGAMENTO A MENOR DO ICMS DEVIDO SOBRE O FATURAMENTO - SIMPLES NACIONAL;
- 3- DEMONSTRATIVO Z – OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS CONSTATADA A PARTIR DO CONFRONTO ENTRE OS VALORES TOTAIS DIÁRIOS PAGOS ATRAVÉS DE CARTÃO CRÉDITO/DÉBITOS E NOTAS FISCAIS EMITIDAS E
- 4- RELATÓRIO TEF POR OPERAÇÃO DE 01/01/2012 A 31/12/2014.

Consta à folha 22 a Declaração de Recebimento dos demonstrativos acima, firmado pelo sujeito passivo, inclusive o CD-ROM, fl. 154, com os referidos demonstrativos, igualmente foi entregue ao contribuinte, conforme Recibo de Arquivos Eletrônicos à folha 158, além de aposição da assinatura do sujeito passivo no corpo do Auto de Infração à folha 03 dos autos.

Mais, ainda, os demonstrativos das infrações apresentados através de mídia, ao contrário do que argui o defendente, oferecem dados claros que possibilitam o exercício da ampla defesa e do contraditório

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Quanto ao pedido de perícia, formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF/99.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

No mérito, o autuado reconhece parcialmente as infrações imputadas.

Entretanto, alegou o sujeito passivo a existência de equívoco na base de cálculo utilizada para apuração do suposto tributo devido, pois o valor existente nas Reduções Z do estabelecimento, em alguns meses, seria superior ao valor informados pela administradora de cartões.

Ocorre que essa alegação não é capaz de elidir a autuação, uma vez que a jurisprudência consolidada desse Conselho de Fazenda, em seus diversos acórdãos sobre o tema, a exemplo do ACÓRDÃO Nº 0207-11/08, firmou o entendimento de que a comparação somente pode ocorrer entre operações equivalentes, ou seja, as vendas declaradas pelo contribuinte como sendo pagas por cartões de crédito/débito são comparadas com as operações que foram pagas com cartão de débito/crédito informadas pelas administradoras de cartões.

Observe que o levantamento realizado pela autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito e/ou débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão do art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96, a qual considera *ocorrido o fato gerador do ICMS, entre outras hipóteses, a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizando a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.*

Como bem ressaltado na informação fiscal, a leitura X, apresentada pela defesa em mídia, fls. 186, referem-se a dados dos períodos de 2009 e 2010, enquanto os exercícios fiscalizados foram 2012 e 2013.

Em relação ao argumento de que houve erro no registro do meio de pagamento, entendo que cabe ao autuado comprovar que realizou vendas com cartão de créditos/débitos e que registrou como sendo outro meio de pagamento, entretanto, em sua peça defensiva nada apresentou, mesmo tendo recebido o relatório TEF-Diário onde são relacionadas operação a operação. Assim, prevalece a presunção legal de venda de mercadorias tributáveis sem documento fiscal, sendo devido o imposto, prevista no art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 210621.0015/15-9, lavrado contra **GRR**

MACEDO COMÉRCIO LTDA, - ME, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$22.036,53**, acrescido da multa de 75%, prevista no arts. 35, LC 123/06 e 44, I, § 1º 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, 14 de junho de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR