

A. I. N° - 232115.0026/15-6
AUTUADO - CARLOS HENRIQUE SOUZA COSTA FILHO - EPP
AUTUANTE - FIRNALVON MIRANDA GUSMÃO
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16.09.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0143-02/16

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS. Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente mantida. Modificado o percentual da multa aplicado na infração 01, que passa para 75% (art. 44, I, Lei 9.430/96), tendo em vista o disposto no art. 71 da Lei 4.502/64, inexistência de prova do dolo. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Comprovada a omissão da receita, cujo imposto foi exigido mediante o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições – SIMPLES NACIONAL, após ajustes procedidos pelo Fisco. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente mantida. Rejeitadas as preliminares. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/12/2015, exige do ICMS no valor histórico de R\$29.179,78 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 - 17.03.02 - Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões - Com dolo. Valor Histórico: R\$7.210,38. Multa de 150%.

INFRAÇÃO 02 - 17-02-01 - Efetuiu 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, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menos. Valor Histórico: R\$21.969,40. Multa de 75%;

O autuado impugnou o lançamento tributário, fls. 26 a 34 dos autos, mediante advogados habilitados nos autos, destacando, preliminarmente, à tempestividade da peça impugnatória.

Aduz que não houve no mundo fático qualquer conduta praticada pela Autuada a ensejar a presunção de omissão de receita a ensejar a presunção prevista no art. 4º, da Lei 7.014/1996, uma vez que a Receita Declarada é bem superior à informada pelas empresas que operam cartões de crédito, inexistindo, portanto, qualquer omissão de saída de mercadoria.

Menciona que todas as operações de vendas da autuada são acompanhadas pela emissão de cupom fiscal, cujas cópias seguem anexo.

Noutro giro, frisa que o sistema utilizado pelo Autuante para cruzar as informações das empresas que operam cartões de crédito com os cupons fiscais emitidos é falho e aponta inconsistência que serão devidamente atestadas, evidenciando, destarte, que não houve omissão de saída de mercadorias tributadas, muito menos omissão de receita a ensejar a alteração da faixa da alíquota utilizada pela Autuada.

Assim, aduz que aliado a defesa de mérito que evidenciará a total improcedência da presente autuação, o lançamento também é nulo pelos argumentos expostos abaixo.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA INFRAÇÃO - INOBSERVÂNCIA DO INCISO IV DO ART. 39 DO RPAF - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA- APLICAÇÃO DOS INCISOS II E IV DO ART. 18 DO RPAF

Salienta que com uma simples análise comparativa entre a descrição das infrações, dos dispositivos supostamente infringidos, da multa aplicada e dos seus demonstrativos de débito, constata-se que não foram preenchidos requisitos formais previstos no RPAF, regras procedimentais que obrigatoriamente deveriam ser cumpridas pelos agentes administrativos, em virtude de suas atividades serem plenamente vinculadas, especificamente no tocante ao inciso IV, do art. 39.

Esclarece que a infração de omissão de saída de mercadoria tributada, importando, seguindo sua linha de raciocínio, em omissão de receita que acarretou na mudança da faixa da alíquota utilizada para pagamento do Simples Nacional, sendo toda fundamentação da autuação é baseada na presunção por meio de levantamento de vendas com pagamento de cartões de crédito ou débito.

Entende que tal raciocínio chega a ser absurdo, pois as receitas declaradas pela autuada é bem superior àquela informada pelas empresas de cartões de crédito/débito, uma vez que grande parte dos pagamentos são feitos em espécie ou através de cheque. Logo, para que se atribua validade à autuação o autuante deveria ter comprovado, nos termos do art. 4º, da Lei 7.014/1996, que os valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte forem inferiores aos informados por instituições financeiras, administradoras de cartões de crédito ou débito e/ou “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante. Do mesmo modo, deveria ter indicado o dispositivo legal previsto da Legislação Estadual que autoriza a aplicação das multas impostas à Autuada.

Assevera que a inobservância das exigências previstas no art. 39 do RPAF, eivou de vício insanável o auto de infração objeto de apreciação, pois um Auto de Infração que desconsidera as exigências legais para se utilizar de uma presunção capaz de ensejar a acusação de omissão de saída de mercadorias tributas, nem indica os o dispositivo legal previsto da Legislação Estadual que autoriza a aplicação das multas impostas à Autuada prejudica o exercício pleno do direito de defesa da Autuada, haja vista que não se identifica, com precisão, as infrações realmente cometidas.

No mérito, alega insubsistência das infrações, inicialmente, esclarecendo em que pese a indicação de duas infrações supostamente cometidas pela Autuada, todo o auto de infração aborda eventual omissão de saída de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartões de crédito/débito. Por presumir que houve omissão de saída, considera que a receita da Autuada é superior àquela indicada. Assim, acrescentou à receita da Autuada àquela supostamente omitida, sendo que o novo valor ensejou a alteração da faixa de recolhimento do Simples Nacional, cobrando, assim, a diferença correlata.

Realça que diferentemente das conclusões do Agente de Tributos responsável pela fiscalização, primeiro aspecto que enseja a improcedência da autuação é o fato de que a presunção foi utilizada de forma ilegal, pois desconsiderou o autuante o art. 4º, da Lei 7.014/1996 que só autoriza a utilização de tal presunção quando os valores das operações ou prestações declarados pelo

contribuinte forem inferiores aos informados por instituições financeiras, administradoras de cartões de crédito ou débito e/ou “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante.

Reitera que a receita declarada pelo contribuinte é superior àquela informada pelas administradoras de cartões de crédito ou débito. Logo, a presunção adotada pelo Autuante é ilegal, pois desamparada de previsão legal.

Ressalta que o Autuante utilizou-se sistema falho e com informações inconsistentes, que ao cruzar com as informações de cada operação individualizada fornecida pelas administradoras de cartões de crédito ou débito não foi capaz de identificar todos os cupons fiscal respectivos. Pela análise da planilha que acompanha a autuação percebe-se que os espaços em banco não correspondem a operações em que não foi emitido o respectivo cupom fiscal, mas sim por divergência do valor faturado pelas administradoras de cartões e a operação lastreada pelo respectivo cupom fiscal.

Salienta que outro aspecto que deve ser levado em conta e evidencia a total fragilidade da presunção de omissão adotada pelo Autuante com base nas planilhas que acompanham a autuação é o fato que em algumas operações o consumidor paga parte em espécie e parte através dos cartões de crédito/débito.

Destaca que outra situação que também não é identificada pelo sistema utilizado pelo Autuante para presumir a omissão ocorre quando o pagamento da operação é feito em mais de um cartão de crédito/débito. Do mesmo modo, o sistema não consegue localizar o cupom fiscal respectivo.

Salienta que eventuais divergências de valores entre o constante no cupom fiscal e o digitado na maquineta dos cartões de débito/crédito também impedem a identificação do respectivo cupom fiscal daquela operação. Como exemplo, cita que o valor de uma venda pode ser R\$100,01, entretanto, ao passar o cartão o Caixa pode arredondar para R\$100,00. Essa operação não será identificada pelo sistema adotado pelo Autuante, o que não significa que o respectivo cupom fiscal deixou de ser emitido.

Diz que eventuais falhas de prepostos da Autuada na emissão de cupons fiscais ou no momento de passar o cartão, indicando que determinado o pagamento será feito em espécie, mas que em verdade foi realizado através de cartão de débito/crédito podem ter ensejado a não identificação do respectivo cupom fiscal daquela operação, o que não significa que cupom fiscal deixou de ser emitido, ele apenas não foi localizado pelo sistema utilizado pelo Autuante.

Assim, como forma de demonstrar a insubsistência da autuação, a Autuada informa que apresenta todos os cupons fiscais não identificados pelo sistema/planilha do Autuante o que evidencia que em todas as operações foi emitido o respectivo cupom fiscal, inexistindo, assim, qualquer omissão de saída de mercadoria tributada e via de consequência, omissão de receita e recolhimento a menor de ICMS declarado e recolhido através do Simples Nacional.

No tocante à infração 02, afirma que como restará comprovado que todas as operações indicadas pelo Autuante como omitidas da tributação, em verdade, foram devidamente informadas, tendo sido emitido o respectivo cupom fiscal e já estão incluídas no montante total das receitas declaradas pela Autuada, base de cálculo para o recolhimento do ICMS através do Simples Nacional, não há que se falar em omissão de receita e recolhimento a menor no ICMS devido.

Ao final, requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, que seja julgado nulo o auto de infração, ou caso ultrapassada tal preliminar suscitada, sejam julgadas as infrações 01 e 02 improcedentes.

Na informação fiscal, fls. 470 a 477, o autuante, inicialmente, reproduz as imputações, resume a defesa e destaca o discurso respeitoso e cortês, dos eminentes Defensores, no trato com o fisco estadual.

Registra ser descabida a afirmativa de que houve equívoco do Autuante na elaboração dos trabalhos de fiscalização, como pretendido pelos Defensores. É certo que a Receita Total

Declarada desta empresa e, no mais das vezes, as receitas totais declaradas pela maioria das empresas que operam com Cartão de Crédito/Débito, poderá se apresentar maior do que os valores informados pelas Administradoras de Cartão de Crédito/Débito, haja vista que existem vários meios de pagamento para as vendas efetuadas (cartão, dinheiro, cheque, carnês, duplicatas, etc). O que se busca, em verdade, no labor fiscal é a ideal correspondência entre os valores expressos nas *comandas* do Cartão de Crédito/Débito e os Cupons Fiscais emitidos, a elas referentes. Tal não aconteceu em muitos casos. Destaca, também, que a metodologia utilizada nesta fiscalização foi a *comparação de valores por operação realizada*. Deste modo, no momento em que o *casamento* dos dados não se dá, ganha ocasião a *presunção de omissão de receitas*, haja vista que do seu espírito deduz-se vendas realizadas sem a devida cobertura do documento fiscal.

Destaca que não houve falhas no Sistema de Fiscalização utilizado na comparação dos dados, nem mesmo do Autuante, ao manuseá-lo. Apresenta exemplo para justificar os resultados apresentados:

*Imagine-se que Fulano adquira da Empresa "X" um produto, cujo preço seja R\$ 200,00 (Duzentos reais); ele efetua o pagamento com Cartões diferentes: R\$ 100,00 (Cem reais) em um e R\$ 100,00 (Cem reais) noutro. Nesta operação, duas comandas de R\$ 100,00 (Cem reais) foram produzidas para acobertar único Cupom Fiscal de R\$ 200,00 (Duzentos reais). No confronto de dados, que ocorre no campo das informações prestadas pelas Administradoras de Cartão, patente está que o Sistema de Fiscalização empregado não encontrará reciprocidade nos valores das operações. Assim, ele aponta como faltantes os documentos fiscais alusivos às duas comandas de R\$ 100,00 (Cem reais), impelindo à presunção de que tais valores pertencem a outros produtos, comercializados sem a devida emissão de Cupom Fiscal, e aquele Cupom Fiscal apresentado pela empresa, no valor de R\$ 200,00 (Duzentos reais) corresponde a venda diversa. Tal incompatibilidade só se dissolve quando da apresentação de documentos/argumentos que lhes alicercem a petição. No caso presente, a Defesa acostou fotocópias de Cupons Fiscais e Notas Fiscais D-1, para fundamentar a impugnação. Quando plausível, o Autuante acolheu a **todos** os elementos de prova apresentados em favor da Autuada, à medida em que a correlação comanda/cupom ou comanda/nota fiscal estivesse legitimamente comprovada. Para ratificar, o Autuante anexa ao Processo Administrativo Fiscal - PAF, as novas **Planilhas do Sistema PRODIFE**.*

Nota que a contestação apresentada invoca o Art. 39, e os incisos e alíneas inerentes, do RPAF, sob hipótese de que tais princípios estão ausentes deste Processo Administrativo Fiscal – PAF, na mesma direção do texto da Defesa, que nega a presença dos requisitos formais à lavratura do Auto de Infração em comento, o Autuante assevera que numa breve incursão às suas páginas primeiras (nºs. 01 a 06), serão notados ali **todos** os fundamentos legais necessários à sua elaboração e manutenção.

Realça que com o advento da **Lei Complementar 123, de 14 de Dezembro de 2006**, que instituiu o **Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte**, todas as empresas que optarem pela adesão ao Simples Nacional estarão, peremptoriamente, sob a égide do regramento deste instituto. Neste diapasão, é expectativa do Autuante que, após a leitura do texto abaixo, os eminentes Contendores sintam-se melhor esclarecidos sobre o tema e vejam dirimidas quaisquer dúvidas que, porventura, ainda lhes restem, quanto aos percentuais das multas aplicadas aos contribuintes vinculados ao Simples Nacional:

(...)

INFRAÇÕES E PENALIDADES

Constitui infração, para os fins de fiscalização do Simples Nacional, toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, da ME ou EPP optante que importe em inobservância das normas do Simples Nacional. Considera-se também ocorrida infração quando constatada:

I - omissão de receitas;

II - diferença de base de cálculo;

III - insuficiência de recolhimento dos tributos do Simples Nacional.

Aplicam-se aos tributos devidos pela ME e pela EPP, inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS.

*As penalidades pelo descumprimento de obrigações acessórias são as estabelecidas na legislação de cada ente federativo, exceto quando expressamente previstas na Resolução CGSN 30/2008. **O descumprimento de obrigação principal devida no âmbito do Simples Nacional sujeita o infrator às seguintes multas** (grifo do Autuante):*

***I - 75%** (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido;*

***II - 150%** (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido, nos casos previstos nos artigos 71 (sonegação), 72 (fraude) e 73 (conluio) da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis;*

***III - 112,50%** (cento e doze e meio por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para prestar esclarecimentos ou para apresentar arquivos ou documentação técnica referentes aos sistemas eletrônicos de processamento de dados utilizados para registrar negócios e atividades econômicas ou financeiras, escriturar livros ou elaborar documentos de natureza contábil ou fiscal;*

***IV - 225%** (duzentos e vinte e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido, nos casos previstos nos artigos 71 (sonegação), 72 (fraude) e 73 (conluio) da Lei nº 4.502, de 1964 e caso se trate ainda de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para prestar esclarecimentos ou para apresentar arquivos ou documentação técnica referentes aos sistemas eletrônicos de processamento de dados utilizados para registrar negócios e atividades econômicas ou financeiras, escriturar livros ou elaborar documentos de natureza contábil ou fiscal, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.*

(...)

f) As eventuais falhas de funcionários da Impugnante, ao indicar que certa forma de pagamento foi efetuada em dinheiro ou Cartão, no momento da emissão do Cupom Fiscal, já foram objeto de mensuração e aquiescência, por parte do Autuante, no instante em que as provas apresentadas lhes lastreavam o pleito. Àquelas vendas de produtos que não ofereceram simetria nas operações, lamentavelmente, não foi possível oferecer-lhes guarida.

Ao final, informa que os novos valores das Infrações tipificadas neste Processo e anexa CD com as Novas Planilhas do Sistema PRODIFE, são:

Infração 01 - 07.03.02 - Valor após correção: R\$ 2.365,48.

Infração 02 - 17.02.01 - Valor após correção: R\$ 21.029,72.

O autuado recebeu cópia da informação fiscal, documentos e mídia, fls. 480 e 481, sendo intimado para se manifestar no prazo legal.

Em nova manifestação defensiva, fls. 484 a 491, o autuado reitera que a Receita Declarada é bem superior à informada pelas empresas que operam cartões de crédito, inexistindo, portanto, qualquer omissão de saída de mercadoria e que todas as operações de vendas da autuada são acompanhadas pela emissão de cupom fiscal, cujas cópias foram juntadas com a defesa.

Realça que as informações fiscais fortalecem a tese de que o sistema utilizado pelo Autuante para cruzar as informações das empresas que operam cartões de crédito com os cupons fiscais emitidos é falho e aponta inconsistência que foram devidamente atestadas, evidenciando, destarte, que não houve omissão de saída de mercadorias tributadas, muito menos omissão de receita a ensejar a alteração da faixa da alíquota utilizada pela Autuada.

Reitera o argumento de nulidade e de improcedência da autuação.

Em nova informação fiscal, 507 e 508, o autuante diz ter respondido às ponderações da defesa, bem como na expectativa de ter oferecido na INFORMAÇÃO FISCAL inicial os esclarecimentos necessários à formação de juízo deste Conselho. Ao final, requer que sejam consideradas as alterações realizadas.

VOTO

O presente Auto de Infração exige ICMS de empresa inscrita no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno

Porte – SIMPLES NACIONAL, em decorrência da constatação de duas infrações. A primeira, omissão de saídas de mercadorias, detectada por meio de levantamento das vendas com pagamento em cartão de crédito/débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, conforme previsto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02, tudo em conformidade com os demonstrativos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal. Na segunda infração, em razão do recolhimento a menos de ICMS, devido a erro na informação da receita e aplicação da alíquota, tudo conforme demonstrativos de Declaração do Simples Nacional e Extratos do Simples Nacional.

Não acolho as preliminares de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante 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.

Além do mais, observo que o autuante na lavratura do Auto de Infração 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.

Além disso, os demonstrativos e levantamento, inclusive o Relatório TEF Informações Diária, o qual especifica operação por operação, constam do CD-ROM, fl.12 dos autos, entregue ao autuado, conforme Termo de Intimação às folhas 15 e 16 dos autos, para a ampla defesa e o contraditório, possibilitando ao impugnante trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários para fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual.

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.

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. Ademais, o próprio autuante realizou uma revisão fiscal, reduzindo o valor autuado e, por sua vez, o sujeito passivo ao se manifestar não apresentou nenhum elemento novo e nem apontou, objetivamente, nenhum erro na revisão realizada na informação fiscal.

No mérito, propriamente dito, a defesa alegou que suas vendas são superiores aos valores informados pelas administradoras de cartões; alegou a existência de vendas com mais de um cartão e erro de seus funcionários ao registrarem suas vendas.

Apresentada a defesa, o fiscal autuante acolheu parcialmente as razões defensivas, reduzindo as supostas omissões de saídas de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira, reduzido à infração 01 de R\$7.210,38 para R\$2.365,48. Em relação à infração 02, do mesmo modo, acolheu parcialmente as razões de defesa para reduzir o valor cobrado de R\$21.969,40 para 21.029,72.

O autuado recebeu cópia da revisão fiscal acima mencionada, sendo intimado para se manifestar. Entretanto, ao se manifestar sobre o resultado da diligência a defesa, basicamente, reproduziu os argumentos anteriores a realização da revisão fiscal.

Caberia a defesa apontar, de forma objetiva, quais operações entende que não foram

consideradas pela fiscalização de forma correta no levantamento fiscal revisado, o que não foi feito na presente lide.

A documentação para comprovar qualquer equívoco na revisão fiscal, encontra-se na posse do contribuinte autuado.

A infração imputada ao sujeito passivo - omissão de saídas de mercadorias tributáveis encontra lastro legal no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96. Trata-se de presunção legal relativa. Portanto, admite prova em contrário do sujeito passivo, ao qual compete o ônus de elidi-la. Ônus do qual, como visto, não se desincumbiu o autuado. Aplicando-se, assim, o disposto nos art. 142 e 143 do RPAF/BA, abaixo reproduzidos:

“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

Ademais, no mesmo sentido, o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, o que não foi atendido pelo sujeito passivo em relação ao resultado da revisão fiscal realizada na informação fiscal.

Quanto ao argumento defensivo de que suas vendas declaradas são superiores aos valores informados pelas administradoras de cartões, não é capaz de elidir a autuação, uma vez que a jurisprudência consolidada desse Conselho de Fazenda, em seus diversos acórdãos sobre o tema, 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. Nas vendas declaradas na DME são informadas as vendas totais do estabelecimento, sem nenhuma identificação de qual foi o meio de pagamento. De igual modo não pode ser comparado os valores informados pelas administradoras com as vendas totais da Redução “Z” e somar as vendas com notas fiscais, sem que o contribuinte comprove quais dessas operações foram pagas com cartão de crédito/débito.

Sobre os argumentos defensivos de erros de funcionários e existência de pagamentos com mais de um cartão ou parte em dinheiro ou cheque, o que foi comprovado pela defesa foi excluído da autuação na revisão fiscal realizada pelo autuante, não tendo o contribuinte apontado, objetivamente, nenhum erro nos novos levantamentos.

Entretanto, constato, 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 figuras. Portanto, o percentual aplicado passa para 75% (art. 44, I, Lei 9.430/96). Neste sentido, o CONSEF já firmou o mesmo entendimento, apenas à título de exemplo, cito os ACÓRDÃO JF nº 0225-04/14, ACÓRDÃO JF nº 0225-04/14 e ACÓRDÃO JF nº 0138-02/15.

Logo, às infrações 01 e 02 restaram parcialmente caracterizadas, conforme demonstrativo constante do CD à folha 478, abaixo reproduzida:

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, cabendo a modificação da multa da infração 01 para 75%.

MÊS/ANO	INFRAÇÃO 01 ICMS DEVIDO	INFRAÇÃO 02 ICMS DEVIDO
DEZ/11	125,37	0,00
JAN/12	20,59	0,00
FEV/12	9,89	10,70
MAR/12	30,76	17,74
ABR/12	96,62	8,85
MAI/12	9,57	26,79
JUN/12	19,48	22,78
JUL/12	4,35	31,86
AGO/12	70,78	171,85
SET/12	51,21	425,38
OUT/12	141,52	798,81
NOV/12	84,47	970,68
DEZ/12	245,05	1.042,22
JAN/13	343,09	1.321,31
FEV/13	26,97	1.182,99
MAR/13	93,09	1.141,39
ABR/13	71,97	1.183,10
MAI/13	110,86	1.152,54
JUN/13	101,39	1.441,80
JUL/13	111,56	1.388,43
AGO/13	78,37	1.841,97
SET/13	149,77	1.654,70
OUT/13	84,07	1.570,30
NOV/13	91,47	1.558,96
DEZ/13	193,21	2.064,57
TOTAL	2.365,48	21.029,72

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232115.0026/15-6**, lavrado contra **CARLOS HENRIQUE SOUZA COSTA FILHO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.395,20**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35, da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 44, I, 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, 02 de setembro de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR