

A. I. N° - 123735.0002/13-1
AUTUADO - M A LEAL COSTA (ALTERNATIVA) - ME
AUTUANTE - DALVACI PEREIRA MELO BARROS
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 27/10/2016

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0173-01/16

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS TRIBUTÁVEIS. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO REGISTRADA EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO P/ ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. Apurada a omissão da receita por presunção legal, empresa inscrita no Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições – SIMPLES NACIONAL, cabível a exigência do ICMS relativo aos valores omitidos e a respectiva parcela do ICMS mensal devido pelos optantes do regime estabelecido na LC 123/06. O autuado apresentou apenas relação de notas fiscais de venda a o consumidor e o preposto do Fisco aproveitou as operações coincidentes em expressão de valor e data da emissão. Infração caracterizada. 2. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA. ALÍQUOTAS A MENOR. RECOLHIMENTO A MENOS. Comprovada a omissão da receita, cujo imposto foi exigido mediante as regras do Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições – SIMPLES NACIONAL. Exigência subsistente. Aplicação de penalidades conforme Lei Federal nº 9.430/96 reduz de 150% para 75%. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 20/03/2013, exige ICMS no valor histórico de R\$25.984,81 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - 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. Valor R\$18.755,78. Multa de 150%. Art. 34 e 35, da LC nº 123/06 e 44, I, da Lei nº 9.430/96 com redação dada pela Lei nº 11.488/07;

INFRAÇÃO 2 - 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. Valor R\$7.229,03. Multa de 75% - Art. 35, da LC nº 123/06 e 44, I, da Lei nº 9.430/96, redação dada pela Lei nº 11.488/07.

Em sua defesa (fls. 43/50), através do seu representante e titular, o empresário Marcus Antonio Leal Costa (RG nº 2334982-49, SSP/BA e CPF nº 250.223.696-91), o autuado descreve, inicialmente, as imputações, aduzindo a tempestividade das suas alegações, que se trata de uma microempresa que realiza vendas em pequena escala de mercadorias, procedendo diariamente à emissão de Notas Fiscais de Venda a Consumidor, por não ser usuária de equipamento ECF.

Observa que sua clientela opta, invariavelmente, por pagamentos com cartões de crédito/débito, haja vista que a Autuada, não dispõe de planos alternativos de crédito. Nesse sentido, as operações de vendas pagas com cartões de crédito/débito são diariamente objeto de emissão das respectivas notas fiscais. Em virtude dessa clientela ser predominante de baixo e médio poder

aquisitivo, com freqüência, ocorrem pagamentos de uma mesma compra, com uma pequena parcela em dinheiro ou, com mais de um cartões do próprio adquirente ou até de familiares e amigos que o acompanhem.

Dessa forma, é comum nas operações diárias, os valores das Notas Fiscais, não coincidirem exatamente com os valores dos pagamentos correspondentes, haja vista a ocorrência de mais de um pagamento pela mesma Nota Fiscal. Exemplifica, numa compra com Nota Fiscal no valor de R\$350,00, o cliente faz dois pagamentos com cartões diferentes, um no valor de R\$200,00 e outro no valor de R\$150,00.

Diz que a preposta da Fiscalização Estadual laborou em equivoco, ao proceder levantamento das operações lastreadas com notas fiscais, ao confrontá-las com as informações prestadas pelas administradoras de cartões, que operam com a autuada. Por se tratar em muitos casos, de vendas de valores reduzidos, em algumas datas, a autuada procedeu à emissão conjunta de notas fiscais, relativas a mais de uma operação do dia, conforme poder-se-á comprovar com exame da documentação anexa, no caso, fotocopias das referidas NFVC. No entanto, na nota fiscal consta a discriminação de valores de cada compra.

Pugna pela nulidade da autuação, considerando que a peça fiscal em exame não contém elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator, haja vista que os dados que compõem as planilhas elaboradas pela preposta do Fisco, inegavelmente, excluíram a maior parte dos valores constantes das NFVC emitidas nos exercícios em questão, conforme atestam as fotocopias de NFVC anexas à presente impugnação e as planilhas demonstrativas anuais com discriminação diária das operações com emissão de notas fiscais e, respectivos pagamentos com cartões, juntadas pela defesa.

Alega que não há na peça fiscal e seus anexos, qualquer justificativa para exclusão da maior parte das NFVC emitidas, o que torna impraticável, identificar o critério adotado pela autuante, para determinar a base de calculo apurada, bem como a respectiva alíquota aplicável. Diz que as planilhas fiscais são insubstinentes e inadequadas para embasar as exigências pretendidas.

Argumenta a impossibilidade de identificar no Processo a seqüência de procedimentos, os critérios de calculo e, respetivo embasamento legal. As planilhas elaboradas pela autuante, intituladas “*Apuração da Divergência das Vendas com Cartão de Credito (TEF)*”, relativas aos exercícios de 2008 a 2011, apresentam um grau de complexidade e sobreposição de cálculos, que as torna ininteligíveis ao entendimento mediano das pessoas. Não havendo no Processo, uma descrição clara, objetiva e segura dos procedimentos adotados, fica prejudicado o contraditório e exercício de ampla defesa.

Diz que analisando as exigências contidas nas Infrações 1 e 2, a partir do emaranhado de cálculos das planilhas, anexadas pela autuante, fica patente a ocorrência de bi-tributação, haja vista que, em tese, a “Infração 1” aponta exigências de imposto e multas relativas a supostas omissões de vendas. Na “Infração 2”, a base de calculo já tributada na primeira infração, volta a ser computada para efeito do cálculo de supostas divergências de recolhimento, num somatório de receitas totais apuradas, não justificadas pela autuante.

Requer seja decretada a nulidade das citadas infrações, seus termos e anexos.

Alega que é também improcedente a autuação por ausência de embasamento legal, citando a doutrina de Jose Eduardo Soares de Melo, aduzindo que a autuante, ao excluir de seus cálculos, a maioria das NFVC emitidas pela Autuada, sem qualquer justificativa plausível, inegavelmente, extravassou sua competência, ao “criar” uma suposta situação de “*omissão de receitas*”, não comprovada de fato, e determiná-la, arbitrariamente, como tendente a embasar a exigência de tributo. Diz que o procedimento contrária, inclusive, a disposição legal que disciplina a matéria (art. 4º, §4º e incisos VI e VII, da Lei nº 7014/96).

Aduz que o exame das planilhas anexas à defesa demonstrará que os valores mensais de Notas Fiscais emitidas (Receitas Declaradas), superam em muito os valores equivocadamente

apontados pela Autuante, nas “colunas C”, de suas planilhas anuais intituladas: “*Apuração da Divergência das Vendas com Cartão de Credito (TEF)*”. Queixa-se ainda que não foi intimado para comprovar a legalidade de suas operações, não lhe sendo franqueada a oportunidade para produzir prova em contrario, contestando os levantamentos equivocadamente elaborados pela autuante, como determina a legislação. Conclui que também por isso é nula a exigência por cerceamento do direito de ampla defesa.

Pede o reconhecimento da improcedência das exigências por absoluta ausência de provas materiais e/ou documentais. Diz que dos exames das peças processuais, planilhas, TEF diários, “*Demonstrativo Resumo Mensal de Diferenças Apuradas, entre Valores de Pagamentos com Cartões de Credito/Debito Informados pelas Administradoras e, os Valores Totais Mensais de Notas Fiscais Emitidas Relativas a Operações Pagas com Cartões*”, respectivas notas fiscais emitidas pelo contribuinte (exercícios de 2008 a 2011), demonstram os equívocos praticados pela fiscalização, na determinação de bases de calculo mensais, tanto relativamente à Infração 1, quanto relativamente à infração 2, apurada a partir de dados transportados da primeira.

Conseqüentemente, não podem prosperar as exigências contidas no presente Auto de Infração, lastreadas em demonstrativos que não espelham a realidade dos fatos, conforme comprovam as planilhas juntadas pela defesa e as fotocopias de notas fiscais emitidas, que, obviamente, não foram consideradas em sua totalidade pela autuada. Ressalva a necessidade de revisar as planilhas fiscais, anotando-se que o sistema de calculo dos impostos devidos pelas empresas inscritas no Simples Nacional, leva em consideração os valores acumulados de receitas nos doze meses anteriores, inclusive, para efeito de determinação da alíquota aplicável.

Aduz que tais planilhas se mostram totalmente imprestáveis para embasar exigências de impostos e multas, haja vista, a utilização de valores de base de calculo em supostas omissões de receitas, distorcidos da realidade concreta, que, pelo sistema em questão, repercutem no calculo acumulado de débitos dos meses subseqüentes, tanto na Infração 1 quanto na Infração 2.

Pede a improcedência das infrações; revisão do feito por fiscal estranho ao feito; elaboração de novas planilhas demonstrativas com a correção das divergências apontadas pela defesa. Diz que exames mais detalhados comprovará a insubsistência dos valores das diferenças apontadas pela Autuante, entre os pagamentos informados pelas administradoras e, as Notas Fiscais respectivas emitidas pela empresa.

Protesta o autuado contra a “*mera presunção*” que embasa a autuação; requer a produção pelo fisco de provas concretas acerca das alegações contidas nas infrações apontadas; pede o cancelamento das multas.

A preposta do Fisco presta Informação Fiscal (fls. 1.112/1.118 - volume IV), arguindo que os autos estão devidamente instruídos, não existindo omissões, obscuridades ou contradições, passíveis de nulidade. Acusa o autuado de fazer meras alegações, sem apresentar provas, porquanto o auto de infração preenche todos os requisitos previstos na legislação pertinente, inclusive, em nada contraria o disposto no art. 18, do Regulamento do Processo Administrativo fiscal (RPAF/BA).

Diz que o autuado apresentou apenas fotocópias de notas fiscais, sem autenticação e sem a devida apresentação dos originais para serem conferidos, considerando ainda que tais documentos são insuficientes para elidir a autuação, posto que, tendo o sujeito passivo recebido as planilhas de apuração do débito, suas razões defensivas não elidem a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Aduz que o autuado não trouxe ao processo as provas necessárias e indispensáveis à sua defesa.

Os demonstrativos e planilhas AUDIG foram elaborados a partir dos dados constantes dos arquivos da SEFAZ (INC - Arrecadação, dentre outros) e dos apurados através de levantamentos das vendas (Receitas) obtidas nos documentos fiscais (Notas Fiscais de Saídas e/ou Cupom Fiscal) emitidos e fornecidos pela autuada, conforme arquivos em planilhas devidamente juntados em mídia ao presente processo (fls. 40), sendo fornecida uma cópia a autuada, bem como, dos dados constantes da Receita Federal do Brasil (DASN-PGDAS – Simples Nacional), fls.

40, informados pela própria impugnante àquela Instituição Federal.

Diz ainda que o referido crédito tributário foi objeto de informações das administradoras dos cartões de crédito e de débito; que foram consideradas todas as vendas efetuadas pela autuada com pagamento à vista e em cartão de crédito/débito, notadamente as constantes das notas fiscais de vendas a consumidor fornecidas pela impugnante.

Explica que as planilhas apresentadas pela impugnante (fls. 58/191) não elide a autuação, haja vista que se trata de meros relatórios informativos sem qualquer fundamentação legal; diz que não fez a juntada dos respectivos boletos TEF (ORPAGS - com o número da autorização do pagamento por cartão, constante nos Relatórios TEF), como forma de comprovar que as vendas foram realizadas por este meio.

Por outro lado, lembra, que o débito lançado foi apurado com base nas planilhas eletrônicas e cópias de informações constantes nas DASN (fls. 11 a 38); a receita foi identificada através do Extrato do Simples Nacional, mês a mês, e as operações com cartão de crédito/débito foram informadas pelas administradoras de cartão de crédito através do Relatório TEF por operação. Portanto, os débitos das infrações, em questão, estão devidamente demonstrados através das citadas planilhas, dentro do que prescreve a legislação que regulamenta a matéria enfocada.

Pede a procedência do Auto de Infração.

Em face aos óbices apresentados para a apreciação da lide, o órgão julgador converte o Processo Administrativo Fiscal - PAF em diligência (fls. 1.122/1.123 - volume IV) a fim de intimar o sujeito passivo para apresentar comprovantes da emissão de documentos fiscais relacionados aos valores informados pelas administradoras de cartões, que estejam vinculados em valores e datas àqueles informados pelas instituições financeiras e constantes do relatório TEF diário, observando que apenas a planilha de fls. 58/191 não contribui para elidir a presunção fiscal (1); intimar o contribuinte para fazer provas da emissão do respectivo documento fiscal das operações de vendas realizadas com recebimento de parcela com cartões de créditos e parcela com dinheiro (2). A preposta do Fisco deve ainda entregar ao sujeito passivo demonstrativo retratando a origem dos valores que sustentam a exigência, "*documentos emitidos com venda através de cartão - CF e NF*".

O sujeito passivo, após descrever os termos da intimação, posiciona-se no sentido de que, na defesa, já tinha anexado os elementos suficientes para contrapor às exigências contidas nos autos, comprovando os equívocos nos cálculos e demonstrativos elaborados pela autuante.

Diz ainda que, para não pairar dúvidas quanto à consistência de seus argumentos de defesa, anexa aos autos os seguintes documentos:

1. Relativamente à comprovação da emissão de documentos fiscais, relacionados aos valores informados pelas administradoras dos cartões, a Autuada já anexou à Defesa inicial:
 - a) Um CD contendo arquivos de texto da defesa e seus anexos, planilhas demonstrativas. Constando ainda que o Auditor Edgar Ferreira Pessoa Pereira, enviou e-mail ao escritório de contabilidade, informando que o CD se encontrava "quebrado". Ressalta que o mesmo foi entregue no protocolo da INFRAZ/Itabuna, em perfeitas condições e, se houve quebra, esta ocorreu na tramitação do PAF;
 - b) anexa um novo CD, com os mesmos arquivos gravados e as novas planilhas elaboradas;
 - c) anexou ainda fotocopias de NFVC, Serie D, emitidas pelo contribuinte, diariamente, nos exercícios de 2.008 a 2.011, relativas a operações pagas com cartões de crédito/debito;
 - d) ressalta que a NFVC, não contem espaço e nem há obrigação de explicitar a forma de pagamento;
 - e) elabora planilhas comparativas entre os valores diários de operações TEF informadas por administradoras dos cartões e respectivas notas fiscais emitidas diariamente pelo

contribuinte (exercícios de 2.008 a 2.011). Planilhas gravadas no CD anexo, além das cópias impressas, também anexadas;

- f) Ressalta que nessas planilhas, reproduz os relatórios TEF diários e uma coluna identifica as NFVC diárias correspondentes.
2. Relativamente ao solicitado no item “2” da Intimação, esclarece:
- que se encontra inscrita no Regime do SIMPLES e não está obrigada a proceder escrituração contábil normal;
 - Nas planilhas anexas constam, diariamente, a identificação das notas fiscais pagas com cartões de crédito/debito e as diferenças que correspondem a pagamentos de outra forma, geralmente, em dinheiro.
3. Relativamente ao Item “3” ressalta que na defesa inicial já juntou o relatório TEF diário, com respectivas NFVC,s correspondentes a cada operação.

Diz ainda que a fiscalização ao excluir dos cálculos a maioria das NFVC emitidas pela autuada, sem qualquer justificativa plausível, extravasou sua competência ao “criar” suposta situação de “*omissão de receitas*”, não comprovada de fato, determinando-a arbitrariamente, tendente a embasar exigência de tributo. Diz ainda que o procedimento contraria disposição legal que disciplina a matéria, o Art. 4º, §4º e incisos VI e VII, da Lei nº 7014/96, considerando que o exame das planilhas anexas à defesa demonstrarão que os valores mensais de notas fiscais emitidas (receitas declaradas), superam em muito os valores equivocadamente apontados pela autuante, nas “Colunas C”, das suas planilhas intituladas “*Apuração da Divergência das Vendas com Cartão de Credito (TEF)*”.

Diz ainda que a fiscalização não comprova a intimação, no curso da ação fiscal, para que apresente provas da legalidade de suas operações, não lhe sendo franqueada oportunidade para produzir prova em contrario, contestando os levantamentos fiscais equivocadamente elaborados, como determina a legislação. Requer a nulidade da exigência por cerceamento do seu direito à ampla defesa.

Diz também que são discrepantes os valores entre os demonstrativos da defesa e aqueles que instruem o Processo, carreados e elaborados equivocadamente pela fiscal.

Pede a improcedência das infrações, por absoluta falta de provas concretas, revisão do feito por fiscal estranho ao feito para dirimir as duvidas suscitadas e elaboração pelo preposto fiscal revisor de novos demonstrativos, com eliminação e correção das divergências apontadas pela defesa. Descreve a documentação anexadas aos autos, na mídia CD.

Em atendimento à diligência (fl. 1345), a autuante informa que o contribuinte foi regularmente intimado (fl. 1.127), apresentando manifestação e documentos (fls. 1.129/1345). No que tange à infração 1, diz que o contribuinte não fez nenhuma prova; com relação à infração 2, a afirmação do autuado é que não está obrigado a escriturar o livro caixa.

Por fim, diz que o defensor cria em sua defesa situações hipotéticas de relações comerciais pouco prováveis de acontecer, nos dias de hoje, tentando confundir os membros da JJJ. Requer a procedência total do presente Auto de Infração.

VOTO

Cuidam os autos do lançamento de ofício, em face às infrações descritas e narradas na inicial. O contribuinte é optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresa e Empresa de Pequeno Porte - Simples Nacional, nos termos da Lei Complementar nº 123, de 14.12.2006.

Preliminarmente, não acato o pedido de nulidade da autuação suscitado pelo sujeito passivo, uma vez que o Fisco não violou quaisquer direitos do contribuinte. O Auto de infração contém os

elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator; na existência de lacunas, o processo foi convertido em diligência fiscal, objetivando a busca da verdade material, princípio caro ao direito tributário, entregando ao autuado documentos necessários ao pleno exercício de sua defesa, intimando-o a participar ativamente das discussões processuais e integralizando o devido processo legal. Não houve, igualmente, qualquer problema na forma de intimação do sujeito passivo, que pode vir aos autos, apresentar a sua defesa da forma que melhor lhe aprrove.

Os procedimentos adotados para a apuração da regularidade das vendas com a utilização dos cartões de crédito ou de débito encontram-se descritos nas planilhas elaboradas pela fiscalização e resumidos no demonstrativo intitulado “*Apuração da Divergência das Vendas com Cartão de Credito (TEF)*”, entregues ao autuado, juntamente com o TEF diário - transferência eletrônica de dados, permitindo apresentar suas razões com as prova de que dispunha e entendeu suficiente na defesa de sua tese. Tratando-se de uma presunção legal e, na existência da aparente complexidade na sua apuração, conforme alegou o próprio sujeito passivo, o órgão julgador designou a busca das provas complementares, através da diligência fiscal, a fim de trazer aos autos, os documentos faltantes, cupons fiscais, notas fiscais e demais comprovantes das transações realizadas com pagamento mediante a utilização de cartões de crédito e débito, objetivando garantir a verdade material e elidir a presunção tributária. Não há falar, portanto, prejuízo ao contraditório ou exercício de ampla defesa. As questões de cunho substancial e material serão avaliadas no momento seguinte. Contrariamente à afirmação do sujeito passivo, não houve, em absoluto, cerceamento ao direito de ampla defesa, agressão aos direitos do contribuinte ou nulidade na autuação.

No mérito, o lançamento de ofício constituiu o crédito tributário, uma vez que a fiscalização do Estado da Bahia apurou que o sujeito passivo incidiu na presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas, considerando que o autuado ofereceu à tributação valores menores que os informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito, por meio de documentos fiscais que comprovem as vendas com pagamento na modalidade em cartão de crédito ou de débito.

É a própria lei do ICMS do Estado da Bahia (Lei nº 7.014/96, art. 35-A) a determinar que as administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares, dispositivo acrescentado pela Lei nº 9.837, de 19/12/05, DOE de 20/12/05, efeitos a partir de 01/01/06.

A infração apontada encontra amparo nas disposições contidas no art. 4º, §4º, VI, “b” da Lei nº 7.014/96, a seguir descrito:

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;*

Em se tratando de exigência de imposto por presunção legal, o dispositivo que a autoriza pressupõe que, a diferença apurada pelo fisco não esteja comprovada e, em sendo uma presunção relativa, assim identificada por admitir prova em contrário, cabe ao contribuinte trazer aos autos as provas de que os fatos não ocorreram conforme é o entendimento fiscal e a materialidade que afirme a presunção.

No caso em tela, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, consideradas as saídas ocorridas

através de ECF e com a 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.

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 lhe oportunize efetuar o cotejo entre os valores registrados na sua escrita fiscal, em equipamentos emissor de cupom fiscal - ECF, nas notas fiscais, com as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Consta no PAF o demonstrativo da Auditoria de Vendas com Cartão, que deu suporte a exigência (fls. 11 a 38 - volume 1). O autuado recebeu o relatório TEF diário de forma que pode reproduzir e contestar os valores reclamados (fls. 43 - volume 1 / fls. 1.110 - volume IV), oportunizando a apresentação das provas de que dispunha em favor das suas teses sobre os variados problemas que ocorrem, nas operações cujo pagamentos ocorrem através dos cartões, sejam de crédito ou de débito: vendas recebidas com cartões, registradas como “*dinheiro*”; operações quitadas com *mais de um cartão*, operações de venda com *parte em cartão e parte em espécie*, diferenças englobadas ou pela *emissão conjunta* de várias notas fiscais, relacionadas a *mais de uma operação no mesmo dia*; recebimento de pagamento com cartão em valores maiores que os da compra com o fornecimento de troco ao adquirente, entre outros.

É cediço que o cartão de crédito (e de débito) é uma forma de pagamento eletrônico muito utilizado no mercado, caracterizado como um serviço de intermediação que permite ao consumidor, pessoa física ou jurídica, adquirir bens e serviços em estabelecimentos comerciais previamente credenciados pelo prestador do serviço de intermediação, chamado genericamente de “*administradora de cartão de crédito*”

A utilização maciça do cartão de crédito e débito como forma de pagamento eletrônico, nas compras no mercado varejista e mesmo atacadista (como no caso em concreto), além de permitir o parcelamento das compras sem maiores burocracia para o cliente, a seu tempo, o comerciante vê no cartão de crédito uma forma de alavancar suas vendas e até mesmo com vantagem econômica, pois a venda a prazo atrai a clientela sem gerar custos com a montagem de uma estrutura de crédito para aprovação e consultas diversas, além de quase anular o risco da inadimplência.

Por outro lado, os eventos de receitas, as vendas com cartão de crédito devem ser registradas na contabilidade, nos controles internos, na escrita fiscal, de forma que o estabelecimento que efetuar vendas mediante cartão de crédito e de débito deverá observar todas as nuances dessas operações e requer alguns procedimentos e cuidados especiais.

Nesse sentido, a ação fiscal que gerou o presente Auto de Infração não desabonou do cotejo entre os valores indicados no relatório TEF e os valores registrados nos documentos fiscais, efetivamente comprovados pelo autuado. Em face a atividade do autuado, comércio varejista de vestiário e acessórios, não foram detectadas operações de vendas sujeitas à substituição tributária, isentas, a fim da aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007.

As operações lastreadas com as notas fiscais de venda ao consumidor - NFVC apresentadas pelo autuado, cujos valores coincidiam na sua expressão e datas com os valores informados pelas instituições administradoras de cartões de crédito e de débito, foram excluídos da exigência pelo preposto fiscal, independente de existir ou não indicação que tais documentos se referiam às operações indicados no relatório TEF operações diárias. Não foram, por óbvio, acatados, os documentos (NFVC) que não tinha vínculo de valor e data com os valores informados pelas administradoras dos cartões.

As operações conjuntas, conjugadas, mistas, tipo cartão + dinheiro; dois ou mais cartões, cartão a

com valor maior, entre outras, apesar de sua real existência, no mundo real dos fatos e dos negócios, deveriam estar devidamente comprovadas pelo autuado, através de outros documentos, relatórios internos, comprovantes dos boletos de cartões, de forma a evidenciar consistentemente o vínculo entre determinados valores constantes do relatório TEF e o documento fiscal exibido. Disso, não cuidou o autuado, mesmo após a designação de diligência fiscal com esse fito.

O processo administrativo tributário tem o objetivo de proteger a verdade material, garantir que os conflitos entre a Administração e o Administrado tenham soluções com total imparcialidade, garantindo ao particular que os atos praticados pela Administração serão revisados e poderão ser ratificados, dependendo das provas acostadas nos autos. Nesse sentido, a diligência fiscal foi designada para oportunizar ao contribuinte juntar as autos as provas da emissão dos documentos fiscais para as operações informadas pelas instituição do cartões de crédito e débito.

Os valores declarados pelo autuado que servem ao confronto válido com os valores apontados pelas administradoras dos cartões, de certo, que são as receitas declaradas, cujo recebimento pelo autuado tenha ocorrido através de cartões de crédito e de débito. Dessa forma, não se pode acatar a assertiva da defesa de que os valores mensais de notas fiscais emitidas (receitas declaradas), superam em muito os valores apontados pela fiscalização, conforme seu relatório de fls. 58/191.

Não conta também em favor do autuado, a sua alegação de que, inscrito no Regime do SIMPLES, não está obrigado a proceder escrituração contábil normal ou mesmo que emitiu NFVC por não ser usuário de equipamento ECF. Poderia utilizar, em lhe sendo favorável, informações da sua contabilidade ou escrita fiscal, independente do regime de tributação que tenha escolhido.

De outra banda, a Lei nº 9.532/97 estabeleceu que as empresas que exerce, as atividades de venda ou revenda de varejo, além das empresas prestadoras de serviços estão obrigadas ao uso de ECF - equipamento emissor de cupom fiscal (Convênio ECF 01/98). O Estado da Bahia disciplinou através do Decreto nº 7.636/99 que toda operação ou prestação realizada com consumidor não contribuinte do ICMS deveria ser acobertada com a emissão de Cupom Fiscal, NVFC, cupom fiscal para registro de prestação de serviço de transporte ou bilhete de passagem, emitidos exclusivamente no ECF.

O Regulamento do ICMS desse Estado (Decreto nº 6.284/97), vigente na época dos fatos ocorridos no presente Auto de Infração, estabelecia dispensa do uso de ECF para os contribuintes do ICMS enquadrados na condição de microempresa cuja receita bruta anual não exceda a R\$144.000,00 (inciso III do § 3º do art. 824-B, efeitos até 31/12/11. O que não se aplica ao autuado, cuja receita nos anos de 2008 e 2009 totalizaram, respectivamente, R\$252.455,40 e R\$296.723,25, conforme dados extraídos da sua DME, constantes nos bancos de dados da SEFAZ BA.

Portanto, inverossímeis os argumentos utilizados pelo autuado, no sentido de elidir a presunção legal da omissão de saída de mercadorias tributadas, por meio do levantamento de vendas com pagamento de cartões. A primeira infração resta devidamente caracterizada.

A segunda infração foi lavrado em favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia, tendo em vista o recolhimento a menos do ICMS de empresa inscrita no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional (Lei Complementar nº 123/06), no valor R\$7.229,03, decorrente de erro na informação da receita e / ou da alíquota aplicada a menor.

A opção pelo Simples Nacional por parte do contribuinte implica na vinculação ao Regime Especial Unificado de Arrecadação, conforme constante nos artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 123/06, cuja forma de arrecadação está prevista no art. 18 e §§, cujo pressuposto básico para determinação da base de cálculo e alíquota é a “*receita bruta*”.

Nessa senda, foi apurado que o sujeito passivo recolheu a menos ICMS contido no SIMPLES NACIONAL, a partir da constatação da omissão de receitas das vendas com cartões e compra legal, provocando a diminuição do faturamento, conforme a exposição anterior feita em relação à infração 01 e, em consequência, a alíquota incidente sobre a receita tributável pelo Simples, que varia de acordo com o tamanho da receita acumulada, foi aplicada a menor, precisando ser

adequadamente recomposta, implicando apuração do ICMS recolhido a menor, considerando o regime tributário diferenciado.

No simples Nacional, as alíquotas que incidem sobre a base de cálculo (receita bruta) variam em função da atividade exercida pelo contribuinte, faixa de faturamento e receita bruta acumulada.

A preposta do Fisco acostou aos autos todos os demonstrativos e levantamentos que apontaram as diferenças apontadas (fls. 11/38). Com base em tais demonstrativos, as receitas omitidas correspondentes percentualmente às operações regularmente tributadas foram apuradas para fim da exigência da infração do Simples Nacional (art. 18, § 1º, da LC 123/06).

Em face ao acima exposto, a infração 2 é também subsistente, uma vez que a omissão de receitas caracterizada na infração 1 modificou a faixa de receita, inicialmente indicada pelo autuado; os demonstrativos retro aludidos comprovam a ocorrência de pagamento a menos do imposto devido na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional, no total de R\$7.229,03.

Por derradeiro, não acato o pedido para cancelamento da multa aplicadas, uma vez que a imposição da penalidade, no caso concreto, decorre do descumprimento da obrigação tributária, tendo em vista as razões retro anunciadas na apreciação desse litígio tributário. Contudo, a multa aplicada de 150% na primeira infração não está acertada. Deve ser revista pela manutenção da mesma multa que incidiu na infração 2, ou seja: 75%.

Isto porque, de acordo com o art. 35 da Lei Complementar nº 123/06, aplicam-se aos impostos e contribuições devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, 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. Nesse caso, tais contribuinte sujeitam-se, nesse particular, às penalidades previstas na Lei Federal nº 9.430/96.

Ocorre que o artigo 44, I dessa lei prevê a aplicação do percentual de 75% sobre a totalidade ou diferença do imposto ou contribuição, nos casos da falta de pagamento, recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata. Indica o parágrafo primeiro desse mesmo artigo que tal multa deverá ser dobrada nos casos previstos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4502/64 (Lei do Consumo) que tratam das ações dolosas de sonegação, fraude ou conluio e que não se encontram, em absoluto, presentes nos presentes autos.

Assim, a multa a ser aplicada na infração e na infração 2 será de 75%, conforme prevê a legislação de regência.

Diante do exposto, o presente Auto de Infração é integralmente PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 123735.0002/13-1, lavrado contra **M A LEAL COSTA (ALTERNATIVA) - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$25.984,81**, acrescido da multa 75%, prevista nos artigos 34 e 35, da LC Nº 123/06 e 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, 23 de setembro de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR