

A. I. Nº - 210621.0004/16-5
AUTUADO - AJL COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. - ME
AUTUANTE - VALDECLIDES DE ASSIS FERREIRA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 05.10.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0174-04/16

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. IMPACTO DA PRESUNÇÃO DE SAÍDAS NÃO TRIBUTADAS NO ICMS A RECOLHER. RECOLHIMENTO A MENOS. O imposto a recolher sofre acréscimos em decorrência da inclusão, no faturamento, dos novos valores de saída apurados. 2. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCEIRAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/01/2016, exige ICMS no valor de R\$68.977,53, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades à legislação tributária deste Estado:

Infração 01 - Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões – sem dolo. Meses: maio de 2014 a setembro de 2015. Valor: R\$49.882,13 e multa de 75%.

Infração 02 - 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 imposto, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos. Meses: maio de 2014 a setembro de 2015. Valor: R\$19.095,40 e multa de 75%.

Impugnando o lançamento fiscal (fls. 109/116), a empresa apresenta os seguintes argumentos preliminares de nulidade à ação fiscal.

Inicialmente afirma que, como é do conhecimento deste CONSEF uma Ordem de Serviço - OS tem prazo de validade de 90 dias, somente podendo ser utilizada no mesmo ano fiscal, Em assim sendo, a que deu causa à autuação encontra-se “prescrita”, pois datada de outubro de 2015 e executada em 2016.

Em seguida, diz que não foram cumpridas, expressamente, as determinações da legislação tributária (itemizando o art. 39, do RPAF/BA), especialmente o item “a exigência a ser

cumprida”, uma vez que “O auto em questão, em momento algum, deixou patente a exigência a ser cumprida pelo autuante, mais, nem ao menos o possibilitou se defender, já que houvera informação fiscal incompleta, fato este corroborado pela descrição do próprio auto fiscal”. (sic).

Discorrendo sobre os princípios do contraditório e da ampla defesa insertos na Constituição Federal de 1988, afirma (sic): *“O sujeito passivo deve conhecer plenamente as acusações que lhe são imputadas para que possa, adequadamente, rebatê-las, sob pena de nulidade do auto de infração. Não poderá ser considerado como precisa e clara a descrição da infração cuja peça acusatória não transpareça a exatidão dos fatos, omitindo detalhes que possam interromper a ligação entre a descrição e o ocorrido. Ou seja, considerando que não fora informado o motivo determinante para a incidência do ICMS e que houve omissão de informação fiscal relevante, consolidado no art. 332 do decreto 13780/12, o artigo supra citado não fora atendido. Sendo assim, tornou-se inviável a ampla defesa pela empresa ora demandada, resultando em cobrança abusiva, enriquecimento ilícito do Estado, eivando de nulidade a alegação.”*

Diz ser nulo o Auto de Infração com base no art. 18, II, do RPAF/BA.

No mérito, discorre, a princípio, sobre o regime da substituição tributária. Em seguida, afirma que o autuante *“furtou-se do seguimento legal de dedução da quantia paga antecipadamente”*, o que culminou em um efeito em cadeia de erros de cálculo, agravando a exigência fiscal. E sendo este erro constatado em uma microempresa, ele toma proporções *“aviltantes”*.

Por fim requer:

1. A nulidade da ação fiscal
2. Que o processo seja convertido em diligência objetivando a comprovação de suas alegações
3. No mérito seja acolhida sua argumentação *“e que seja recorrigido o valor da multa atribuída, em função de erro cometido pelo representante estadual.”*

A autuante presta a informação fiscal (fls. 123/125), apresentando os seguintes argumentos.

A respeito da Ordem de Serviço, diz que ela foi prorrogada mediante comunicação escrita ao Sr. Inspetor Fazendário, conforme e-mail datado de 29/12/2015 (fl. 126 dos autos) e com base no § 1º do art. 28, do RPAF/BA.

No que diz respeito à falta de clareza da autuação, observa que ela seguiu todas as formalidades insertas nos artigos 142 a 144, do CTN, conforme lista.

Todos os relatórios que embasaram a autuação foram apensados aos autos (fls. 11 e 12 e mídia eletrônica fl. 103) sendo recepcionados pelo contribuinte, conforme sua assinatura de fl. 13 e arquivos magnéticos de fl. 104.

Diz estranhar o argumento defensivo de desconhecer o motivo determinante da incidência do ICMS, uma vez que optou pelo Simples Nacional, cuja forma de apuração encontra-se determinada na Lei Complementar nº 123, conforme discorre.

Concordando com o impugnante sobre os conceitos dos princípios do contraditório e da ampla defesa, afirma que no presente eles não foram violados.

No mérito diz não proceder a alegação defensiva, uma vez que o autuado havia deixado de observar a coluna “I” (receitas Omitidas - Tributadas) dos demonstrativos C1 (Demonstrativo da Falta de Pagamento do ICMS devido sobre o Faturamento - Simples Nacional - fl. 11) e C2 (Demonstrativo da Falta de Pagamento ou Pagamento a Menor do ICMS devido sobre o Faturamento - Simples nacional - fl. 12), onde resta demonstrado o valor das receitas efetivamente tributadas, deduzidas dos valores referentes à substituição tributária.

Pugna pela procedência total do Auto de Infração.

VOTO

O impugnante traz aos autos duas preliminares de nulidade á ação fiscal.

Na primeira, diz que a Ordem de Serviço emitida por esta Secretaria de Fazenda para início da execução da fiscalização encontrava-se prescrita, pois além dela somente ter prazo de validade de 90 dias, não poderia ter sido utilizada em ano fiscal posterior à sua emissão.

Aqui existe um equívoco do autuado entre uma Ordem de Serviço, documento interno da administração da Secretaria da Fazenda que é emitida visando alocar os agentes públicos com competência para fiscalizar um contribuinte e o início de uma ação fiscal.

A norma legal (RPAF/BA) não estabelece prazo de vigência para a mesma, sendo irrelevante ter sido emitida no final de um ano (e aqui não se pode falar em ano fiscal) e a fiscalização começar seus trabalhos de auditoria no ano posterior.

O que o RPAF/BA determina é o início de uma ação fiscal. Esta não se dá pela emissão da Ordem de Serviço, mas sim, pelos procedimentos determinados no seu art. 28, entre eles:

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

[...]

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

À fl. 08 dos autos consta cópia do Termo de Início de Fiscalização, cuja intimação se deu em 23/10/2015.

O § 1º do nominado artigo 28 do RPAF/BA dispõe que:

§ 1º O procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso.

Embora tal disposição há muito não mais faça referência a que esta prorrogação seja comunicada ao sujeito passivo, a autoridade fiscal que presidir uma auditoria, por dever de ofício, visando não ferir o princípio da razoabilidade, do contraditório e da ampla defesa, deve comunicar o fato ao contribuinte. Este fato não consta dos autos. Apenas, quando da informação fiscal, a autuante trouxe cópia de e-mail onde o Sr. Inspetor Fazendário prorrogou a Ordem de Serviço nº 506572/15, consequentemente, prorrogando a ação fiscal que já se encontrava em curso desde 23/10/2015 (fl. 126).

Deixando a parte tal prorrogação que não foi dada a conhecer ao sujeito passivo, o início da ação fiscal começou em 24/10/2015. O autuante deveria terminá-la em 24/01/2016 (ou 25/01/2016 já que o dia 24 caiu em um domingo) com a lavratura do Auto de Infração. O Auto de Infração foi lavrado em 28/01/2016.

No entanto, mesmo que o prazo da ação fiscal tenha sido esgotado em três dias (e aqui considerando a falta de comunicação da prorrogação ao sujeito passivo), esta diferença não acarreta a nulidade da ação fiscal. Poderia o autuado, conforme disposições do § 1º do art. 28, exercer o seu direito à denúncia espontânea, se assim desejasse.

Na segunda preliminar de nulidade à ação fiscal, o autuado afirma, em síntese, de que as acusações a ele imputadas não estão claras, que as suas descrições não contem a exatidão dos fatos (“omitindo detalhes que possam interromper a ligação entre a descrição e o ocorrido”). Inclusive houve omissão dos fatos, “consolidado no art. 332 do decreto 13780/12”. Entende que a autuação é nula de pleno direito conforme determina o art. 18, II, do RPAF/BA.

Ao analisar a descrição das infrações ora imputadas ao sujeito passivo, estão elas claramente expressas e individualizadas. Os levantamentos produzidos pelo autuante estão todos baseados na documentação fiscal da empresa (inclusive apensados aos autos) e nas informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Os demonstrativos analíticos e sintéticos

que deram suporte às infrações foram entregues ao contribuinte e assinado por preposto da empresa, como se constata á fl. 103 dos autos.

Afora isto, no Auto de Infração consta o infrator, a base de cálculo do imposto, a multa aplicada, os dispositivos regulamentares infringidos e demais dados que lhe deram sustentação. Ou seja, as regras contidas no art. 39, do RPAF/BA foram fielmente cumpridas. O contribuinte teve todo e completo direito de defesa, inclusive o exercendo.

Além do mais, não tem pertinência trazer aos autos as determinações do art. 322, do RICMS/12 que trata dos prazos de recolhimento do imposto, pois, conforme demonstrativos apresentados, todos os recolhimentos efetuados pela empresa foram considerados.

Por tudo exposto, no presente lançamento foram obedecidos todos os princípios atinentes ao processo administrativo fiscal, quais sejam, princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito, conforme dispõe o art. 2º, do RPAF/BA, estando, em sua integridade, adstrito a lei, não havendo causa para ser decretada a nulidade do Auto de Infração.

Rejeito o pedido de diligência requerido pelo impugnante tendo em vista que as provas e levantamentos contidos nos autos são suficientes à decisão da lide. E se algum outro elemento de prova para desconstituir a exigência do imposto ora em discussão existe, deveria ter a empresa trazida aos autos. E tudo com base nas disposições do art. 147, I, do RPAF/BA.

No mérito, a infração 01 do presente lançamento fiscal trata da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões.

A Lei Estadual nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, dispõe que se presume a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar, entre outras, valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por administradoras de cartões de crédito ou débito (art. 4º, § 4º, “b”). Ou seja, a lei estadual presume a falta de emissão de nota fiscal quando das vendas pelo contribuinte de mercadorias tributáveis e, por ser presunção, admite prova em contrário, cabendo ao sujeito passivo o ônus da prova. E o enquadramento de uma empresa no Simples Nacional não a exclui de ser submetida a todos os procedimentos de fiscalização determinados na norma de regência para averiguação, ou mesmo homologação, dos lançamentos realizados e apresentados ao fisco estadual, uma vez que tal auditoria encontra-se expressamente determinada no art. 34, da LC nº 123/06 que assim expressa: *Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.*

E, no mais, cartão de crédito/débito nada mais é do que uma modalidade de pagamento, ou seja, as declarações de vendas do contribuinte às administradoras de cartão de crédito/débito somente são desta modalidade de pagamento dentre as inúmeras existentes.

Embora as informações fornecidas pelas administradoras não sejam um documento fiscal, elas são o lastro que a lei escolheu e determinou (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7014/96) para que a fiscalização exercesse suas funções de controle das receitas públicas. E os valores fornecidos pela administradora de cartão de crédito são relativos à integralidade das operações mensais que a empresa efetuou nesta específica modalidade de pagamento das suas vendas. Assim, o que ora se apura são vendas decorrentes das transações comerciais (com incidência da hipótese do ICMS) realizadas com pagamentos através de cartões de crédito/débito.

Verifico que conforme recibo à fl.103, o autuado recebeu um CD contendo o Relatório Diário de Operações relativo às vendas realizadas através de cartão de crédito e/ou débito do período fiscalizado, de cada administradora de cartão, permitindo que o mesmo elidisse a presunção de

omissão de saídas fazendo a correlação dos valores existentes no ECF e/ou notas fiscais com os valores informados pelas administradoras dos cartões.

Por seu turno, o autuante de posse do relatório mensal apresentado pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito comparou os valores com os cupons fiscais e notas fiscais emitidas (todos estes documentos encontram-se no CD de fl. 103, o qual foi entregue cópia ao autuado - fl. 104). Calculou a proporcionalidade das mercadorias enquadradas no regime da substituição/antecipação tributária, as excluindo. Apurou a base de cálculo das mercadorias com tributação normal e aplicou, ao final, o percentual (“alíquota”) mensal adequada à condição da empresa.

A empresa argumenta de que não houve o cálculo da proporcionalidade referente às mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, já que com elas comercializa.

Ao analisar a coluna “I” (Receitas Declaradas Tributadas) dos demonstrativos C1 (Demonstrativo da Falta de Pagamento do ICMS devido sobre o Faturamento - Simples Nacional - fl. 11) e C2 (Demonstrativo da Falta de Pagamento ou Pagamento a Menor do ICMS devido sobre o Faturamento - Simples Nacional - fl. 12), bem como, demonstrativos constantes na mídia eletrônica já indicada, consta nela os percentuais destas receitas. E ela remete os cálculos nesta coluna realizada à observação (7) constante no final do Demonstrativo produzido que assim resta consignado: “*Conforme Artigo 18º, § 4º, incisos I, II, III, IV e V, § 5º, 5ª-E; 12º; § 13º e § 14º, da Lei Complementar nº 123/2006 (ver Demonstrativo 3C, anexo)*”.

Ou seja, o percentual calculado destas receitas tributadas (e que serviu para apuração da base de cálculo do imposto) foi encontrado pela exclusão das mercadorias enquadradas no regime da substituição/antecipação tributária, conforme determina a Lei Complementar nº 123/2006, no seu artigo acima nominado e seus parágrafos e itens.

Em assim sendo, o argumento de defesa não tem o condão de desconstituir a infração.

Como não foi apresentado qualquer outro argumento, somente posso manter a autuação em sua integralidade.

A infração 02 diz respeito ao 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).

O impugnante somente trouxe o mesmo argumento de mérito (falta da exclusão das mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária) e como já anteriormente explanado, a regra de cálculo do imposto conforme determinações do art. 18, da Lei Complementar foram cumpridas, só resta, neste momento, manter o alinhamento com a autuação.

Por tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210621.0004/16-5**, lavrado contra **AJL COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. -ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$68.977,53**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 e 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de Setembro de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR