

A. I. N° - 210621.0010/15-7
AUTUADO - NEDER MODAS LTDA - EPP
AUTUANTE - VALDECLIDES DE ASSIS FERREIRA
ORIGEM - INFAC VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 13/12/2016

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0233-03/16

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido. Infração não elidida. 2. SIMPLES NACIONAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. O sujeito passivo não elidiu a acusação fiscal restando configurada a subsistência deste item da autuação. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2015, refere-se à exigência de R\$66.637,06 de ICMS, acrescido da multa de 75%, em decorrência das seguintes infrações:

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 cartões, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$46.777,46.

Infração 02 -17.02.01. Recolhimento efetuado a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do imposto, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos, nos meses de fevereiro a dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$19.859,60.

O autuado apresenta impugnação, fls. 49 a 64, expressando suas razões de defesa nos termos seguintes.

Afirma que em nenhum momento omitiu a saída de mercadorias ou recolheu a menor o ICMS e que existe por parte do agente autuante um equívoco interpretativo e metodológico na apuração.

Diz que a fiscalização, por meio de uma presunção de omissão de saídas, procurou verificar se havia a coincidência exata entre as autorizações de cartão de crédito e débito e os cupons fiscais emitidos, metodologia que, segundo seu entendimento, padece de vícios.

Observa que, consoante a metodologia aplicada, a suposta divergência entre o valor informado pelas Instituições financeiras e Administradora de cartões, se deve a diversos fatores: por exemplo, não haverá coincidência entre o cupom e autorização nos casos em que houver pagamento de um cliente por meio de mais de um cartão; da mesma forma, o sistema não é capaz de registrar caso seja feita a compra parte em cartão de crédito/débito e parte em dinheiro, situação não permitida pelo sistema de registro da empresa.

Destaca que as instituições financeiras não têm a informação da forma de pagamento quando realizadas em dinheiro, pelo que os valores informados não correspondem exatamente a realidade.

Menciona que existe uma divergência entre o valor que declarou em compras por cartão de crédito/débito e ao informado pelas Instituições financeiras, sendo o valor declarado superior ao informado pelas Instituições financeiras.

Esclarece que os valores declarados além de serem superiores ao informado estão completamente adimplidos dentro dos moldes legais, consoante documentos em anexo - Leitura "Z" - Doc. 03, fls. 77 a 225.

Frisa que em nenhum momento omitiu a saída de mercadorias. Registra ser equivocada a interpretação deduzida pelo autuante com base em dados não precisos, não podendo lhe ser imputada infração decorrente do fato acima mencionado, pois foi observada corretamente a alíquota aplicada.

Afirma não existir razão de ser da presente autuação posto que embasada em dados insuficientes para delinear a realidade.

Destaca que o Auto de Infração está eivado de nulidades, pois não observou os requisitos preconizados pelo nosso ordenamento jurídico. Observa que os demonstrativos elaborados pelo autuante deveriam relacionar todos os valores questionados, discriminando-os corretamente, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida, conforme preconiza a legislação tributária, mais precisamente o §3º, inciso VII, art. 28, RPAF-BA/99 deverá o auto de infração descrever a infração de forma detalhada e clara, devendo, portanto observar os requisitos nele previsto. Prossegue assinalando que o cumprimento dos requisitos acima mencionados tem como única e exclusiva finalidade assegurar ao autuado o direito constitucional a ampla defesa e ao contraditório, pois, somente com preenchimento de todos os requisitos, será franqueado ao autuado o desenvolvimento pleno de sua defesa.

Assevera que o autuante equivocou-se quando do confronto entre os valores apresentados pelas Instituições financeiras e Administradoras de cartão e os valores declarados, não observando os valores das notas fiscais foram pagos por meio de cartão de crédito ou de forma híbrida, ou seja, em cartão e dinheiro. Revela que essa falha originou a apuração de valores indevidos, no levantamento das notas fiscais das operações com cartão de crédito, pois, se denota que o fiscal auferiu valores equivocados no período fiscal descrito.

Pondera que a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro na apuração, o que, segundo seu entendimento, por si só, eiva de nulidade o auto de infração lavrado, pois desobedece ao art. 142 do CTN. Continua frisando que, além da nulidade acima mencionada, denota-se outra nulidade, pois as notificações não descrevem como deveriam a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas advindas, acarretando em novo cerceamento de defesa.

Observa que o direito constitucional e a ampla defesa ficam prejudicados quando o contribuinte tem que se defender de acusações que desconhece, por isso assevera ser o Auto de Infração nulo por não lhe possibilitar a defesa adequada.

Arremata revelando que se torna primordial a declaração de nulidade do Auto de Infração e, consequente inexigibilidade das multas aplicadas para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais. Requer a realização de diligência necessária para a constatação dos reais valores devidos, evitando assim detimento aos seus direitos em benefício do locupletamento desmotivado do Estado.

Afirma que a fiscalização fez o lançamento fiscal por meio de presunções de omissão de saída, conforme se depreende do teor da acusação fiscal e reproduz o art. 34 da Lei Complementar 123,

o art. 4º, §4º, inciso VI, alínea “b” e inciso VII, da Lei 7.014/96. Assevera que para haver a incidência da cláusula de presunção de omissão, é necessário para tanto que os valores informados pelo contribuinte a título de cartão sejam inferiores aos valores declarados pela administradora. Revela que, nestes casos, haveria uma diferença a mais no TEF que supostamente teria sido recebido pelo contribuinte, o qual autoriza a presunção, entretanto, frisa que não foi isto o que ocorreu no presente caso.

Cita a título de exemplo, que em fevereiro de 2014, a administradora informou que houve um total de vendas a cartão de débito/crédito de R\$248.271,00 - Doc. 02, fls. 72 a 78. Entretanto destaca que por meio dos documentos fiscais e recolheu tributo sobre R\$249.691,00, ou seja, valor superior ao informado pela administradora - Doc 04, fls. 274 a 268. Prossegue citando que no mês de março de 2014, a administradora informou que houve um total de vendas com cartão de débito/crédito de R\$275.094,00. Todavia, por meio dos documentos fiscais e recolheu tributo sobre R\$275.727,00.

Afirma que as diferenças apresentadas não são contabilmente relevantes e sempre o valor informado pela administradora foi inferior ao informado pelo contribuinte para fins de recolhimento de imposto. Assim, arremata registrando que não pode o autuante aplicar presunção de omissão, ao arrepro da autorização legal.

Aponta erro na planilha elaborada pelo autuante, “Demonstrativo C1” - Doc 02 que instrui o lançamento fiscal, no qual consta na coluna “C” a informação acerca da suposta receita bruta omitida. Registra que em na Coluna “J” são lançadas as Receitas Tributárias Omitidas - Simples Nacional correspondentes coluna “C1” x I(percentual)/100. Em virtude da fórmula matemática adotada, na prática, a coluna “C1” deveria ter rigorosamente o mesmo resultado que a “J”.

Observa que detectou um erro no lançamento de valores diversos que tiveram como consequência um lançamento a maior de R\$137.710,05 (1.184.991,49-1.047.281,44), ou seja, uma diferença de quase 12%, e mais R\$5.439,55(R\$46.777,36 - R\$41.337,81) de ICMS. Assinala que a partir de maio de 2014, ao invés de adotar os valores lançados no demonstrativo referente a cada mês, na planilha final foram lançados valores diversos, conforme planilha às fls. 56 e 57.

Relata que por sua vez, no “Demonstrativo C2” - Doc 02, objetiva a fiscalização apurar o valor devido a título de diferença de alíquota em face do faturamento e/ou diferença de informações quanto ao faturamento. Pondera que, todavia, no “Demonstrativo C1” a fiscalização já fez o cálculo do quanto seria devido de tributo sobre as supostas omissões de saída (aplicação de alíquota 3,95% sobre os valores encontrados). Afirma entender como devido o valor R\$46.777,36, sustentando que tais valores não podem ser cobrados novamente na tabela C2. Todavia, por equívoco, houve novo lançamento de cobrança.

Registra que, sob pena de incidir em *bis in idem*, nesse segundo demonstrativo, somente é possível a apuração do quanto seria devido em face da diferença entre a receita declarada x 3,95% (nova alíquota) e a receita declarada x 3,91% (antiga alíquota), ou seja, receita declarada x 0,04%. Continua revelando que, uma vez que a receita declarada foi de R\$3.450.619,00 em 2014, ainda que fosse considerado como correta a premissa da fiscalização de que teria havido omissão, o que somente se admite por amor ao debate, o quantum devido, neste caso, seria apenas de R\$1.380,31(R\$3.450.619,00 x 0,04%), e não os R\$19.859,60 apurados na tabela.

Frisa também que o demonstrativo padece ainda de outro equívoco, qual seja, o lançamento incorreto das informações relativas a receita declarada nas colunas “J” e “L”, as quais devem ter valor idêntico a coluna B1. Revela que foi lançado na tabela o valor de R\$3.920.957,29 ao invés de R\$3.450.619,00, ou seja, uma diferença de R\$470.338,29 a qual influenciará no cálculo final do tributo apurado.

Requer a improcedência do Auto de Infração, para, caso superados os argumentos anteriores pela improcedência total, sejam corrigidos os demonstrativos para contemplar materialmente o valor

de R\$41.337,81 para o “Demonstrativo C.1” e R\$1.380,31 para o “Demonstrativo C.2” - Doc 02, fls. 72 a 78.

Ao cuidar da multa sugerida no Auto de Infração diz ser cediço que a CF/88 veda o caráter confiscatório dos impostos limitando o poder de tributar dos entes públicos neste tocante, reproduz o inciso IV do art. 150.

Registra que o Autuante sugeriu aplicação a multa de 75% ao autuado, totalizando R\$49.977,72 até 30/09/15 - Doc 01. Continua observando que na atual situação econômica do país, tal valor beira a expropriação, além de lançar a empresa em dificuldades extremas. Revela se configurar se excessivo o tributo ou a multa tributária irrazoavelmente fixado em valor que comprometa o patrimônio ou que ultrapasse o limite da capacidade contributiva da pessoa, devendo incidir na limitação constitucional. Prossegue assinalando que o Estado não deve apropriar-se da propriedade privada, nem impedir a atividade econômica.

Frisa que não se almeja eximir de alguma culpa, embora não exista ilicitude alguma em seus atos, o que se pleiteia é a aplicação da proteção constitucional.

Lembra que nesse sentido, a jurisprudência dos Tribunais Superiores e do próprio Supremo Tribunal Federal sedimentou entendimento no sentido de que é aplicável a proibição constitucional do confisco em matéria tributária, ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento pelo contribuinte de suas obrigações tributárias. Cita como exemplo para corroborar sua tese transcreve trecho do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 1.075-MC, ao tratar da proibição do confisco em matéria tributária.

Arremata sustentando que não pode o Ente Público aplicar multas que se revestem de caráter confiscatório sob pena de afrontar a vedação constitucional ao confisco.

Observa que as denúncias delatadas na peça basilar têm origem no cometimento de uma única infração fiscal, ou seja, a omissão de saída de mercadorias tributáveis. Revela que o Autuante aplicou a autuada multa no percentual de 75% pela omissão de saída de mercadorias tributáveis e pelo recolhimento a menos de ICMS declarado. Menciona assinalando ser incoerente essa medida, eis que se há ocorrência de apenas um fato gerador, então, por óbvio, uma multa está contemplada na outra, estando-se diante de um *bis in idem*.

Pontua que, em vista da existência de repercussão tributária detectada pelas duas irregularidades, a fiscalização deveria ter optado somente por àquela que evidentemente deu origem a autuação, a omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Remata sustentando que as multas não podem se revestir de caráter confiscatório, patente, em caso de manutenção, a sua redução.

Reafirma ser cediço as várias agruras sofridas pelas empresas nacionais devido à pesada carga tributária a elas imposta. Continua frisando que o valor alocado na notificação, acrescido de juros e multa imposto, é revelador do real caráter confiscatório da autuação.

Informa que se encontra no limbo da integral incapacidade de pagamento, enfatizando a prática, vedada pela Constituição Federal, de ofensa aos direitos dos contribuintes e ainda, de defesa do consumidor.

Destaca que o valor principal da obrigação acrescido de multas sofreu, ainda, a incidência dos juros moratórios, criando assim uma capitalização indevida e um a onerosidade ilícita

Menciona que os juros de mora ao atingirem o valor corrigido da obrigação tributária acrescida da multa, demonstram de forma inequívoca o excesso da ação do Fisco, dado que os juros convencionais das penalidades brasileiras, conforme é disposto pelo art. 161, 1º do Código Tributário Nacional, é de 1% ao mês, totalizando 12% a.a.

Afirma que a vedação existente quanto à capitalização é norma *erga omnes*, não podendo o Estado utilizar-se de sua posição privilegiada para obter vantagens ilícitas. Prossegue ressaltando

não ser permitida a capitalização na execução fiscal, também não é permitida nos autos de infração, que posteriormente poderão ser inscritos em dívida ativa e fundamentar procedimento executório fiscal.

Registra que a proibição da capitalização encontra respaldo no art. 4º do Dec. Lei nº 22.626/33 e no entendimento sumulado nº 121 do STF, cujo teor transcreve.

Esclarece que visando impedir a capitalização e resguardando o princípio do confisco, têm-se aceitado jurisprudencialmente a aplicação da taxa SELIC nas dívidas tributárias.

Pugna para que estas penalidades, multa e juros, se mantidos, sejam reduzidos ao suportável pela capacidade contributiva, esvaziando os contribuintes e locupletando o Estado.

Conclui reiterando seus pedidos para conversão do feito em diligência, para a declaração de nulidade da autuação e, caso seja adentrado ao mérito e constatada a incidência de multas e juros superiores aos previstos legalmente, que seja procedido os recálculos do real valor devido, expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos ilícitos e lhe intimando para o regular exercício da ampla defesa. Por fim, pugna pela improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, fls. 280 a 284, articulando os argumentos resumidos na forma que se segue.

Depois de resumir as razões de defesa, relata que o autuado contesta o procedimento fiscal atacando-o em pontos, cujos argumentos não encontram amparo legal, ou não consegue comprovar no aspecto material.

Revela que durante o exercício 2014 o autuado realizou diversas vendas, cujo recebimento se deu por meio de cartão de débito ou de crédito, sem que consiga apresentar as devidas notas fiscais emitidas.

Reproduz o inciso IV, do art. 112 e o art. 113 do RICMS-BA/12 para revelar que no exercício fiscalizado, foi identificado de vendas realizadas com Cartões de Crédito e/ou Débito um montante de R\$3.384.569,44, onde se encontra o valor de R\$2.337.288,00 com emissão de documentos fiscais e R\$1.047.281,44 de vendas sem a comprovação de emissão de documento fiscal, conforme relatório, “Demonstrativo da Presunção de Omissão de Receitas”, contendo 327 páginas, anexo ao presente Auto de Infração, em mídia eletrônica à folha de nº 44, onde se pode visualizar, claramente, quais as operações realizadas com Cartões e que não foram localizados os respectivos documentos fiscais, consoante resumo por mês, da divergência Apurada no demonstrativo citado que reproduz à fl. 282.

Informa que o batimento de que resultou na apuração do crédito exigido, originou-se do cruzamento entre o cupom fiscal emitido no momento da venda e o extrato fornecido pela operadora de recebimento eletrônico pelas vendas realizadas no período.

Frisa que o deficiente alegou ter recebido diversas vendas por meio de vários cartões, dinheiro, etc., mas não apresenta em sua defesa, o meio legal utilizado.

Salienta que a atividade de fiscalização é vinculada e que foram analisados os documentos fiscais do período fiscalizado. Destaca que as alegações da defesa não se fizeram acompanhar de documentos fiscais que correspondam aos valores omissos ou outros documentos que invalidem os valores omissos encontrados por esta autuante.

Assevera ser equivocada a contestação do contribuinte, haja vista que o Auto de Infração obedeceu todas às formalidades listadas nos artigos 142 a 144 do CTN. Observa que para a atividade vinculada do lançamento tributário, o autuante utilizou o SEAI, largamente utilizado pela SEFAZ. Assinala que no auto de Infração, constam todos os requisitos exigidos, ou seja, a qualificação do autuado, fls. 01, o local, a data e a hora da lavratura, fls. 01, a fiel descrição do fato infringente, infrações 01 e 02, fls. 01 e 02, a capitulação legal e a penalidade aplicável, fls. 01

e 02, o prazo de sessenta dias para que o infrator pague ou impugne a autuação, fls. 02, ao lado do total do débito, a assinatura do agente autuante e seu cargo, bem como o número da matrícula, fls. 02, abaixo do total do débito e o encerramento da fiscalização da empresa em epígrafe, constante na descrição dos fatos, fl. 01.

Informa que todos os relatórios elaborados e produzidos pelo sistema de autuação foram corretamente colacionados às fls. 09 a 13 e mídia eletrônica, fls. 44, e, recebidos pelo contribuinte conforme se comprova pela sua assinatura de fls. 14 e recibo de arquivos magnéticos de fls. 43. Destaca que o Auto de Infração foi devidamente ordenado conforme índice na fls. 05. Sustenta inexistir motivo para nulidade na peça em comento.

Observa que os princípios do contraditório e da ampla defesa (apesar de serem autônomos) são necessários para assegurar o devido processo legal, pois é inegável que o direito a defender-se amplamente implica, consequentemente, observância de providência que assegure legalmente essa garantia. Assinala que as circunstâncias fáticas que envolvem o presente PAF, por si só, se insurgem contra qualquer possibilidade de violação do amplo direito de defesa e contraditório, uma vez que o Autuado o exerceu plenamente, fls. 49 a 278, ao impugnar o lançamento tributário.

Revela serem equivocados os argumentos do contribuinte, no que tange a erro nas informações contidas nos Demonstrativos que embasam o presente Auto de Infração.

Destaca que a partir de maio de 2014, conforme demonstrado na coluna “G1” dos “Demonstrativos C.1 e C.2”, o contribuinte ultrapassou o limite constitucional, ou seja, sua receita bruta total acumulada auferida em 12 meses, ultrapassou R\$3.600.000,00. Esclarece que o Simples Nacional, regime de apuração instituído pela Lei Complementar nº 123 de 2006, impôs que nesse caso serão aplicadas as alíquotas máximas previstas nas Tabelas de cálculo do Simples Nacional, majoradas em 20%, conforme as regras constantes da Resolução CGSN nº 94/2011.

Explica que, conforme demonstrado na coluna “J” dos demonstrativos C1 e C2, ocorreu a majoração referente ao mês em que foi ultrapassado o limite do Simples Nacional. Afirma que foi destacado a parcela que ultrapassou o limite daquela que se manteve nele, afim de que a majoração se aplicasse somente à parcela excedente, ou seja, parte do montante auferido no mês respeitou o limite, que no caso em questão foi 3,95% e a outra parte ficou sujeito à majoração da alíquota em 20%, conforme informações contidas nos demonstrativos e reproduzidas na fl. 284.

Sustenta que inexiste qualquer bitributação nas planilhas, uma vez que o tributo apurado demonstrados em C.1 refere-se á falta de pagamento do ICMS devido sobre a omissão no Faturamento - Simples Nacional, evidenciada pela constatação de valores recebidos por meio de cartão de Crédito ou Débito sem a emissão dos correspondentes documentos fiscais. Explica que a apuração constante do demonstrativo C.2 refere-se à falta de pagamento ou pagamento a menos do ICMS Simples Nacional, em virtude de ter incorrido erro na determinação da base de cálculo e/ou das alíquotas aplicáveis.

Contesta a alegação da defesa de que os novos valores apurados correspondem a R\$41.337,81 e R\$1.380,31, asseverando que não deve prosperar pretensão do impugnante porque em nada há de errado com os demonstrativos que embasam o presente Auto de Infração.

No que diz respeito à insurgência do autuado acerca das multas aplicadas pelo descumprimento da legislação vigente, informa que este não é o fórum adequado para tal contestação, apenas sendo permitido no âmbito Legislativo, não devendo prosperar tal assertiva.

Conclui pugnado pela a procedência total do Auto de Infração.

Esta 3^a JJF converteu os autos em diligência, fl. 288, para que o autuado fosse intimado a apresentar comprovação inequívoca da emissão de todos os documentos fiscais com pagamentos efetuados por meio de cartão de crédito ou de débito, correspondentes aos informados no Relatório TEF diário por operações, bem como das operações alegadas na defesa como sendo híbridas, ou seja, realizadas simultaneamente com cartão e dinheiro.

O autuado se manifesta às fls. 293 a 297, afirmando que colaciona toda a documentação solicitada corroborando com todos os termos de sua defesa. Destaca que todas as suas alegações foram lastreadas nos documentos juntados na defesa e que a prova material são exatamente todos os demonstrativos apresentados, sobretudo as Leituras “Z” que discriminam a movimentação diária.

Assinala que as instituições financeiras não têm a informação da forma de pagamento quando realizadas em dinheiro, e por isso, os valores informados não correspondem exatamente à realidade, restando evidenciado o equívoco da autuação.

Frisa que o valor que declarou é superior ao informado pelas instituições financeiras e estão adimplidos dentro dos moldes legais.

Diz ser a grande questão: informou no ECF que vendeu determinado valor em cartão e a empresa de cartão confirma integralmente este fato, ou seja, a venda foi integralmente declarada.

Assevera que não há como presumir ser venda em dinheiro ou omissão se o valor informado a título de cartão, e com base em que ele pagou todos os tributos, inclusive, em alguns meses a mais, foi em todos os meses superiores aos lançamentos a título de cartão.

Afirma que o fato gerador é a venda. Observa que foi informada integralmente a venda no cartão, como pode ser observado nas tabelas que ora anexa, fls. 298 a 321.

Revela que o Auto de Infração fugiu da realidade, posto que, eivado de nulidades pois os demonstrativos deveriam relacionar todos os valores questionados, discriminando-os corretamente, requisito indispensável para configurar a infração cometida, o que não foi feito, manifestamente contra o que preconiza a legislação tributária, mais precisamente o §3º, inciso IV, do art. 2º do RPAF-BA/99, que exige no Auto de Infração a descrição da infração de forma detalhada e clara. Frisa que a inobservância deste preceito legal inviabiliza o direito à ampla defesa e ao contraditório, garantidos constitucionalmente.

Assevera que o fato de apresentar sua defesa não isenta o autuante da irregularidade cometida. Frisa que, se defender, ainda que tolhido em seu direito, era a única via possível para tentar impedir o injusto.

Afirma que não há como verificar a falta de discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundou em erro da fiscalização. Destaca que esse fato, por si só, eiva de nulidade a autuação em desobediência ao art. 142 do CTN.

Cita também a nulidade advinda do fato das notificações não descreverem como deveriam a legislação aplicável na correção monetária, tampouco os juros utilizados para o cálculo das multas reiterando o cerceamento de defesa convergindo para a necessidade de declaração de nulidade do Auto de Infração.

Reafirma que não se pode presumir omissão de saída quando o valor que declarou sempre foi maior que o fornecido pelas administradoras de cartão. Cita como exemplos os meses de fevereiro e março para demonstrar que os valores informados pelas administradoras e financeiras sempre foram inferiores aos que declarou para fins de recolhimento do imposto.

Reprisa integralmente suas alegações apresentadas em sede de defesa atinente aos erros nas planilhas C.1 e C.2 do Auto de Infração.

Conclui pugnando pela improcedência do Auto de Infração e na eventualidade de não ser acolhido seu pleito afirma que se impõe a correção dos demonstrativos para contemplar materialmente o valor de R\$41.337,81, para o “Demonstrativo C.1” e R\$1.380,31, para o “Demonstrativo C.2.”

O autuante apresenta o resultado da diligência, fls. 322 e 323, inicialmente, respondendo ao primeiro quesito desta diligência fiscal, informa que os documentos apresentados pelo autuado, fls. 293 a 321, nada trazem de novo que já não tenha sido analisado e rebatido com clareza na informação fiscal, anexada ao Auto de Infração, fls. 280 a 285.

Afirma que a atividade de fiscalização é vinculada, e como, analisamos documentos fiscais, o autuado não colaciona ao Auto de Infração documentos fiscais que correspondam aos valores omissos ou outros documentos que invalidem os valores omissos encontrados pela fiscalização.

Assinala que os demonstrativos de vendas, apresentados pelo autuado, fls. 298 a 321, não configuram em sua inteireza argumentos que venham a elidir a ação fiscal.

Diz ratificar todas as informações constantes e os dados da Informação Fiscal, bem como de todos os demonstrativos acostados ao Auto de Infração, provenientes dos cruzamentos das informações prestadas pelas empresas administradoras de cartões de crédito e débito - TEF por operação e a MFD apresentada pelo contribuinte.

Salienta que, no relatório, “Demonstrativo da Presunção de Omissão de Receitas”, contendo 327 páginas, que vem anexo ao presente Auto de Infração, em mídia eletrônica, fl. 44, pode-se visualizar, com clareza, as operações realizadas com Cartões de crédito/débito, as quais não foram localizados os respectivos documentos fiscais emitidos.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

O impugnante volta a se manifestar, fls. 330 e 331, afirmando que, conforme amplamente demonstrado não assiste razão a autuante, tendo em vista que baseado apenas em presunção lhe imputa conduta ilícita.

Frisa que qualquer presunção deveria ter como fundamento o pagamento em valor inferior ao informado pela instituição financeira, não sendo o seu caso. Assinala que todos os documentos provam cabalmente que os valores por ele informados foram sempre superiores aos fornecidos pelas instituições financeiras e os valores completamente adimplidos nos moldes legais, portanto, não há pertinência a presunção, e por consequência, é nulo o Auto de Infração.

Reprisa que suas alegações foram lastreadas nos documentos juntados à defesa e nos apresentados por ocasião da diligência. Assevera que a prova material de suas alegações são exatamente todos os demonstrativos apresentados, sobretudo o Registro da Leitura “Z” no qual constam as movimentações do dia.

Conclui reafirmando seu pedido de improcedência do Auto de Infração e requer seu arquivamento.

À fl. 333, o autuante presta nova informação fiscal asseverando serem descabidas as alegações do impugnante, uma vez que em momento algum colacionou em manifestação, fls. 330 e 331, documentos fiscais que amparem suas alegações e nem apresentou qualquer fato novo que ainda não tenha sido contestado.

Afirma que a autuação é procedente devido à fidelidade das apurações, cujo batimento foi efetuado comparando as vendas realizadas por meio de cartão de crédito/débito e documentos fiscais apresentados pelo autuado, conforme intimação recebida em 17/07/2015 relativo ao período fiscalizado.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

De inicio, ao compulsar as peças que compõem os autos e analisar as preliminares de nulidade suscitadas na impugnação, constato não assistir razão ao sujeito passivo em sua alegação de cerceamento ao direito da ampla defesa; falta de certeza quanto ao crédito tributário apurado pela não discriminação das notas fiscais nos demonstrativos; e não atendimento ao devido processo legal, tendo em vista que:

i) afigura-se o PAF revestido das formalidades legais, eis que expressamente explicitados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, cuja

multa exigida alicerça-se em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam cada item da autuação;

ii) os termos da acusação fiscal converge nitidamente com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do Auto de Infração, inclusive constando o devido esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem da cada infração apurada, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos às fls. 09 a 13, com “Observações” pormenorizando a fonte dos dados e do fundamento legal, elaborados pelo autuante identificam de forma bastante clara as infrações, tendo em vista que estão identificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram a exigência tributária em questão, consoante constam no CD discriminando todo o levantamento fiscal e os relatórios das operações com cartão de crédito/débito informado pelas respectivas administradoras de cartão, cujas cópias foram devidamente entregues ao autuado, fls. 14 e 43;

iii) o lançamento tributário encontra-se formalmente em consonância com as disposições contidas na legislação tributária, não havendo desta forma, qualquer vício que o inquise de nulidade, em face da observância de preceitos legais específicos quanto aos fatos geradores das respectivas infrações como infringidas.

Em suma, conforme expedito, descabe a alegação de nulidade por falta de certeza dos valores apurados, e da mesma forma, a argüição de nulidade por cerceamento do direito de defesa, uma vez que nas planilhas que embasaram a autuação e entregues ao autuado, constam indicações pormenorizadas esclarecendo como foram obtidos os valores de cada coluna das planilhas, possibilitando ao autuado exercer seu amplo direito de defesa.

Não deve também prosperar a alegação de que ocorreu falta de descrição e indicação da legislação aplicável da correção monetária, haja vista que a presente autuação apura irregularidades cometidas no âmbito da legislação tributária de regência e, consequentemente, a esse arcabouço legal fica restrito. No que diz respeito a débito de qualquer origem junto à Fazenda Pública, não adimplido no momento de sua constituição, é regido por legislação específica que foge ao alcance do presente Auto de Infração, por isso não vislumbro qualquer motivação plausível de nulidade como pretende a defesa.

Assim, não resta comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito. Ficam, portanto, rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas, por não encontrar amparo em qualquer dos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99.

No tocante ao pedido de diligência solicitada pela defesa visando a revisão do lançamento, constato que o pedido do contribuinte foi no sentido de verificação de fatos vinculados à escrituração comercial ou de documentos que estejam de sua posse, e cujas provas poderiam ter sido juntadas aos autos. Assim, fica indeferido o pedido, com base no art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF-BA/99, tendo em vista que considero suficientes para a formação de minha convicção sobre a lide os elementos contidos nos autos.

No mérito a Infração 01 trata de omissão de saída de mercadoria tributada presumida, apurada 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 cartões, nos meses de janeiro a dezembro de 2014.

Foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, e tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no §4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96.

Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, tendo sido entregue ao sujeito passivo o Relatório Diários por Operação TEF, o que possibilitou fazer o confronto dos valores obtidos nas

reduções “Z” e documentos fiscais de vendas com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito.

À época dos fatos geradores, o autuado estava inscrito no SIMPLES NACIONAL, na condição de empresa de pequeno porte, tendo sido realizado confronto entre o total de vendas efetuadas pelo contribuinte de acordo com os documentos fiscais emitidos por meio de cartão de crédito/débito e os correspondentes valores dos cartões de crédito/débito, fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões.

O defensor alegou que, em relação aos valores apurados nos meses de maio a dezembro de 2014 nas colunas “C.1” e “J” do demonstrativo de apuração ocorreu erro e sustentou que inexiste presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, haja vista, que os valores por ele declarados em todos os períodos de autuação são superiores aos informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito, pelo que, segundo seu entendimento, isto significa dizer que o imposto devido fora todo ele recolhido.

O autuante em sede de informação fiscal explicou que as divergências apontadas pela defesa nos meses de maio a dezembro de 2014 decorreu da aplicação das regras constantes da Resolução CGSN nº 094/2011 que determina a majoração nas alíquotas máximas em 20% para os contribuintes que ultrapassarem o total de R\$3.600.000,00 em sua receita bruta total acumulada nos últimos 12 meses.

Nestes termos, depois de constatar nos demonstrativos C.1 e C.2 - coluna “Receita Bruta Total Acumulada Auferida nos em 12 Meses” - que, efetivamente, o autuado ultrapassou o aludido limite, resta evidenciada a improcedência da alegação defensiva de que ocorreu erro nas planilhas de apuração.

Também não deve ser acatada a alegação da defesa de que, pelo fato de ter declarado mensalmente valores em montante superior ao informado no Relatório TEF, fornecido pelas administradoras de cartão de crédito/débito, uma vez que a correta comparação deve ser feita do total das operações mensais realizadas pelo estabelecimento autuado exclusivamente por meio de cartão de crédito/débito com as respectivas operações discriminadas no Relatório TEF.

À fl. 288, esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que o autuante intimasse o contribuinte para comprovar a emissão de documentos fiscais correspondentes às operações informadas no TEF, bem como relativamente às operações hibridas alegadas em sua impugnação. Caso o defensor atendesse a solicitação, que fosse efetuado o confronto com o levantamento fiscal, excluindo os valores efetivamente comprovados, apurando o débito remanescente.

Após regular intimação, o defensor reprimiu seus argumentos defensivos e colacionou tabelas, fls. 298 a 321, basicamente com o mesmo conteúdo dos demonstrativos acostados junto à defesa, Doc. 04 - fls. 254 a 268, sem, no entanto, carregar as comprovações solicitadas atinentes à documentação fiscal emitida consoante suas alegações defensivas.

O autuante, na conclusão da diligência às fls. 322 e 323, manteve a acusação fiscal asseverando que os demonstrativos que fundamentam a acusação fiscal são provenientes do cruzamento das informações constantes do TEF por operações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito/débito com MFD apresentada pelo próprio autuado. Enfatizou também que o relatório “Demonstrativo da Presunção de Omissão de Receitas” contém 327 páginas, anexo aos autos e no CD, fl. 44, nos quais podem ser visualizadas com clareza as operações realizadas com cartões de crédito/débito as quais não foram localizados os respectivos documentos fiscais emitidos.

Como se trata de exigência de imposto por presunção legal, que pode ser elidida pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, compete ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF-BA/99, mesmo não cabendo a este órgão julgador buscar provas, os autos foram convertidos em diligência para que o autuado, com base

nos documentos fiscais que dispõe, comprovasse a improcedência da presunção legal. No entanto, o defendant não carreou aos autos comprovação alguma que pudesse elidir a acusação fiscal.

Concluo que ficou comprovada a irregularidade apontada no Auto de Infração, sendo subsistente este item da autuação.

O item 02 do Auto de Infração se refere ao recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menos, nos meses de fevereiro a dezembro de 2014.

De acordo com o levantamento “Demonstrativo C2” constante às fls. 11 e 12, e no CD, fls. 44, este 2º item do Auto de Infração está relacionado com a infração 01. Em virtude disso, os demonstrativos do item 01 são compartilhados com os do item 2º, e em tal situação os documentos utilizados na elaboração dos demonstrativos do item 1º também se referem a este item da autuação.

No levantamento fiscal, o autuante adicionou às vendas com emissão de documentos fiscais os valores das divergências apuradas com cartão de crédito nos respectivos meses. Com a nova receita calculada é que foram apurados os débitos constantes nas 02 deste Auto de Infração, sendo observadas as alíquotas constantes no Anexo 1 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006.

Portanto, foram apurados valores devidos, relativos ao Simples Nacional, sendo considerados no levantamento fiscal os valores declarados na DASN, e o recolhido pelo contribuinte, fl. 17 a 42, na elaboração do demonstrativo de apuração, fls. 11 e 12 no exercício fiscalizado.

No caso em exame, conclui-se que os dados constantes nos demonstrativos atinentes a esse item da autuação representam aqueles decorrentes das receitas efetivas obtidas pelo estabelecimento autuado, o que traduz o correto procedimento que apurou os valores lançados pelo autuante, em consonância com a inclusão na receita bruta da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada.

Concluo pela subsistência da infração 02.

Também não deve prosperar a alegação da defesa de que a multa sugerida em relação à infração 02 se configura *bis in idem*, sob a alegação de que esse item da autuação tem a mesma origem da infração 01. Eis que se trata de irregularidades distintas, a infração 01 apura omissão de saídas de mercadoria tributada, presumida legalmente 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 cartões, já a infração 02 imputa ao autuado o recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao - Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do imposto, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos. Logo, ante a inexistência de previsão legal instituindo qualquer privilégio ou absorção da multa devem ser aplicadas sanções independentes para cada uma das infrações cometidas.

No que diz respeito à alegação de que as multas aplicadas são inconstitucionais e confiscatórias, saliento que as mesmas encontram-se tipificadas no art. 44, inciso I, c/c art. 35 da Lei Complementar nº 123/06, da Lei Federal nº 9.430/96. Esta instância de julgamento não possui atribuição (competência) para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor do art. 158, do RPAF-BA/99, nem para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da lide, acorde determinação expressa do inciso I, do art. 167, do RPAF-BA/99.

Em relação à insurgência do impugnante quanto aos acréscimos moratórios aplicados nos presentes autos, observo que a previsão legal encontra-se expressamente estatuída no art. 102, inciso II, §§ 1º a 3º, da Lei nº 3.956/8 - COTEB.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 210621.0010/15-7 lavrado contra **NEDER MODAS LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$66.637,06**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 44, inciso I, c/c art. 35 da Lei Complementar nº 123/06, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA