

PROCESSO - A. I. Nº 232115.0026/15-6
RECORRENTE - CARLOS HENRIQUE SOUZA COSTA FILHO (ZHAGAIA) - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0143-02/16
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/02/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0010-12/17

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS. Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões. O Recorrente não elidiu a presunção legal. Mantida Decisão recorrida. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Comprovada a omissão da receita, cujo imposto foi exigido mediante o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições – SIMPLES NACIONAL, após ajustes procedidos pelo Fisco. Refeitos os cálculos. O recorrente não elidiu a presunção legal, mantida a Decisão recorrida. Rejeitadas as preliminares. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 2ªJJF – Junta de Julgamento Fiscal em 09/06/2016 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 29.179,78 (vinte e nove mil cento e setenta e nove reais e setenta e oito centavos), em decorrência do cometimento de 2 (duas) infrações:

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

***Infração 02. RV** – Efetuou recolhimento a menos de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menos. Valor Histórico: R\$21.969,40. Multa de 75%.*

O Autuado apresentou defesa administrativa face o Auto de Infração em epígrafe (fls. 26/34), impugnando totalmente o Auto de Infração em epígrafe.

O autuante apresentou informação fiscal face à defesa apresentada pelo contribuinte (fls. 470/477), defendendo a manutenção parcial do Auto de Infração.

Após novas manifestações, a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 2ªJJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

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

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

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

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

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

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide. Ademais, o próprio autuante realizou uma revisão fiscal, reduzindo o valor autuado e, por sua vez, o sujeito passivo ao se manifestar não apresentou nenhum elemento novo e nem apontou, objetivamente, nenhum erro na revisão realizada na informação fiscal.

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

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

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

Caberia a defesa apontar, de forma objetiva, quais operações entende que não foram consideradas pela fiscalização de forma correta no levantamento fiscal revisado, o que não foi feito na presente lide.

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

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

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

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

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

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

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

Entretanto, constato, de ofício, que na infração 01, foi aplicada a multa de 150%. Embora não tenha havido questionamento da multa por parte do autuado, porém, sendo o lançamento um ato vinculado, na tipificação da multa do citado item, foi indicado o art. 44, I, e § 1º, da Lei federal nº 9.430/96. Ocorre que a penalidade de 150%, prevista no art. 44, I e § 1º da Lei nº 9.430/96, não está corretamente aplicada. O percentual da multa, no caso em concreto, será de 75%. O art. 71 da Lei 4.502/64, estabelece que deverá ser duplicado o percentual da multa, na hipótese da existência de dolo, fraude ou conluio. No caso, não há prova nos autos de que tenham ocorridos tais figuras. Portanto, o percentual aplicado passa para 75% (art. 44, I, Lei 9.430/96). Neste sentido, o CONSEF já firmou o mesmo entendimento, apenas à título de exemplo, cito os ACÓRDÃO JF Nº 0225-04/14, ACÓRDÃO JF Nº 0225-04/14 e ACÓRDÃO JF Nº 0138-02/15.

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

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

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

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 2ªJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora Recorrente:

- a) Afastando, preliminarmente, as arguições de nulidade suscitadas pelo Contribuinte, por entender que o autuante teria exposto com clareza a fundamentação de fato e de direito; que não teria ocorrido qualquer violação a princípio do direito processual, administrativo ou tributário; que o autuante teria obedecido ao disposto no art. 39 do RPAF/99; e que os demonstrativos e levantamento, inclusive o Relatório TEF Informações Diária, teriam sido entregues ao Defendente;
- b) Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indeferiu o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos seriam suficientes para formação de sua convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide. Ademais, destacou que o próprio autuante teria realizado revisão fiscal, reduzindo o valor devido e, por sua vez, o sujeito passivo ao se manifestar não teria apresentado nenhum elemento novo e nem teria apontado, objetivamente, nenhum erro na revisão realizada na informação fiscal.
- c) No mérito, destacou que infração imputada ao sujeito passivo - omissão de saídas de mercadorias tributáveis encontraria lastro legal no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, e que seria tipo de presunção legal relativa, admitindo, portanto, prova em contrário do sujeito passivo; o que não teria ocorrido no presente caso, pelo menos integralmente;
- d) Quanto ao argumento defensivo de que suas vendas declaradas seriam superiores aos valores informados pelas administradoras de cartões, pontuou que o mesmo não é capaz de elidir a autuação, uma vez que a jurisprudência consolidada do Conselho de Fazenda, em diversos acórdãos sobre o tema, firmou o entendimento de que a comparação somente pode ocorrer entre operações equivalentes, ou seja, as vendas declaradas pelo contribuinte como sendo pagas por cartões de crédito/débito são comparadas com as operações que foram pagas com cartão de débito/crédito informadas pelas administradoras de cartões;
- e) Em relação ao argumento defensivo de ocorrência de erros de funcionários e a existência de pagamentos com mais de um cartão ou parte em dinheiro ou cheque, consignou que as alegações que teriam sido comprovadas pela defesa teriam sido excluídas da autuação na revisão fiscal realizada pelo autuante, não tendo o contribuinte apontado, objetivamente, nenhum erro nos novos levantamentos;
- f) Com relação à multa aplicada, a JJF, de ofício entendeu por bem reduzi-la para o patamar de 75%, por entender que nos presentes autos não haveria provas de que a infração teria sido cometida com dolo, fraude ou conluio.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 532/542)**.

- i. Alegando, preliminarmente, que o Auto de Infração seria nulo, pelo fato de não haver amparo fático para a presunção adotada pela fiscalização, na medida em que as receitas declaradas pelo Recorrente seriam superiores aos valores informados pelas operadoras de cartão de crédito/débito – contrariando o disposto no art. 4º da Lei nº 7.014/96. Além disso, o autuante teria deixado de apontar o dispositivo legal que autorizaria a aplicação das multas em comento, o que teria acarretado na violação ao art. 39 do RPAF/99;
- ii. No mérito, arguiu o Recorrente que a presunção de omissão de saída teria sido utilizada de forma ilegal, na medida em que as receitas declaradas pelo Recorrente seriam superiores aos valores informados pelas operadoras de cartão de crédito/débito. Seguiu aduzindo que o autuante teria se utilizado de um sistema falho e com informações inconsistentes, que ao cruzar com as informações de cada operação individualizada fornecida pelas administradoras de cartão não teria sido capaz de identificar todos os cupons fiscais respectivos;
- iii. Além disso, destacou que o autuante teria ignorado que algumas operações teriam sido realizada parte com dinheiro e parte com cartão de crédito/débito, bem como que teriam

ocorrido operações com realizadas com mais de um cartão. Ademais, arguiu que não teria sido levado em conta, as situações de erro dos prepostos do Recorrente, na emissão dos cupons fiscais (indicar que o pagamento seria feito em espécie, quando na verdade seria com cartão, por exemplo);

- iv. Destacou que os documentos juntados na defesa comprovariam tais alegações, bem como requereu diligência a fiscal estranho ao feito para que o mesmo pudesse analisar a documentação acostada e, conseqüentemente, cancelar seus argumentos;
- v. Afirmou que por não ter ocorrido omissão de saídas, a infração 2 também não mereceria prosperar, tendo em vista que já teriam sido recolhidas mediante o Simples Nacional.

VOTO

Trata-se de um Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 2ªJJF que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado, com o objetivo de exigir da ora Recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 29.179,78 (vinte e nove mil cento e setenta e nove reais e setenta e oito centavos), em decorrência do cometimento de 02 (duas) infrações.

A primeira, omissão de saídas de mercadorias, detectada por meio de levantamento das vendas com pagamento em cartão de crédito/débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, conforme previsto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02, tudo em conformidade com os demonstrativos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal.

A segunda infração, recolhimento a menos de ICMS, devido a erro na informação da receita e aplicação da alíquota, tudo conforme demonstrativos de Declaração do Simples Nacional e Extratos do Simples Nacional.

Em primeira instância administrativa o agente autuante acatou parte dos documentos apresentados pelo contribuinte e pleiteou a redução parcial das imputações.

A JJF acatou os novos demonstrativos, promovendo a correção da penalidade para 75%.

Agora em sede recursal o contribuinte nada inova, tão somente repete as mesmas razões defensivas, pugnando pela realização de diligência pela ASTEC.

No que se refere à preliminar de Nulidade arguida deixo de acolhê-la. Isto porque o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico.

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

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

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

presente lide.

O autuante realizou uma revisão fiscal, reduzindo o valor autuado, o qual foi acatado pela JJF e, por sua vez, o sujeito passivo ao se manifestar em seu Recurso não apresentou nenhum elemento novo e nem apontou, objetivamente, nenhum erro na revisão realizada na informação fiscal. Assim, tendo em vista que se tratando de presunção legal caberia ao contribuinte elidi-la e, não logrando êxito nem de forma exemplificativa, não há razão para se converter o processo em diligência.

No mérito, o Recorrente insiste em alegar que suas vendas são superiores aos valores informados pelas administradoras de cartões, bem como alegou a existência de vendas com mais de um cartão e erro de seus funcionários ao registrarem suas vendas.

Ocorre que em se tratando de Presunção Legal caberia ao contribuinte elidi-la, o que não fez.

A alegação de que o total das receitas é superior ao valor informado pelas operações de cartão de crédito não aproveitam o contribuinte, vez que o comparativo tem que ser feito entre vendas realizadas através do mesmo meio de pagamento. Por sua vez, a alegação de erro dos funcionários, apesar de crível, não guarda nenhum elemento fático probatório.

Caberia o Recorrente apontar de forma objetiva quais operações entende que não foram consideradas pela fiscalização de forma correta no levantamento fiscal revisado, o que não foi feito na presente lide.

A presunção legal é relativa admitindo prova em contrário do recorrente, ao qual compete o ônus de elidi-la.

Assim como a JJF, entendo restarem aplicáveis no presente caso o disposto nos art. 142 e 143 do RPAF/BA, razão pela qual voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232115.0026/15-6**, lavrado contra **CARLOS HENRIQUE SOUZA COSTA FILHO (ZHAGAIA) - EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.395,20**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35, da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS