

A. I. Nº - 210372.3001/16-4
AUTUADO - BELA SOARES COMÉRCIO DE CARNES LTDA. (AÇOUGUE BELA SOARES) – ME
AUTUANTE - GENILDO VIANA SOARES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 16.03.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0003-04/17

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. **a)** RECOLHIMENTO A MENOR. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA. Não verificado cerceamento de defesa. Não acolhida à alegação de nulidade. Elementos acusatórios consistentes. Argumentos defensivos rechaçados. Infração procedente. **b)** PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS. SAÍDAS DECLARADAS, INFERIOR À INFORMADA POR ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO OU DÉBITO. Defesa não derruba a presunção. Infração procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 08/08/2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$69.249,92, bem como aplicação de multa no percentual de 75%, pela constatação da seguinte infração:

INFRAÇÃO 1 - 17.02.01 - Efetuiu o recolhimento a menor 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 desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor. No valor de R\$ 18.279,92;

INFRAÇÃO 2 - 17.03.16 - 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-Sem dolo. No Valor de R\$50.970,00.

A autuada foi intimada em 12/08/2016, repercutindo como limite para apresentação da defesa o dia 13/10/2016. Constata-se, conforme documento às fls. 47 que, aos dias 07/10/2016, tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 48 a 52. Foi quando alinhou o seguinte arrazoado:

De proêmio a defesa explana que a Autuada possui um açougue, no qual são realizadas prestações de serviços relativas a comércio de alimentos de origem animal, conforme informações constantes em seu Extrato Fiscal.

Aduz a seguir que, durante fiscalização rotineira o agente público constatou omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda efetuada com cartão de crédito ou débito, com valor divergente daquele informado pela administradora de cartões, bem como o recolhimento a menor do ICMS, ensejando a lavratura do referido Auto de Infração.

Apresenta em seu bojo uma preliminar de nulidade das notificações, informando de forma genérica que o auto de infração identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade, devendo, portanto observar os requisitos da legislação que enumera.

Relata ainda a defesa que "o cumprimento dos requisitos acima tem como única e exclusiva finalidade assegurar ao atuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa, pois,

somente com preenchimento de todos os requisitos, permitirá a obtenção de informações seguras ao autuado, estas importantes para a elaboração de sua defesa."

Ato contínuo passa a alegação de equívoco na apuração das notas fiscais, que supostamente teria levado a prejuízo do princípio do contraditório e da ampla defesa. Aquiesce, então, a diferença da apuração das notas observada pelo agente fiscal ao analisar o demonstrativo apresentado pelo agente comparando-o com as notas pertinentes ao Autuado. Alega que houve erro na apuração das mesmas, pois não teriam sido considerados os valores declarados pelo Autuado nas notas fiscais, simplesmente por não constarem nas vendas feitas com cartão de crédito/débito (TEF).

Prossegue afirmando ser temerária a desconSIDERAÇÃO da possibilidade de realização de vendas mistas (pagas com cartão de crédito e dinheiro ou por cartões de crédito diferentes, por exemplo), sobretudo ao considerar um lapso temporal de 30 dias, posto que a apuração é feita mensalmente. Desta forma, não haveria omissão de notas, nos termos da defesa: *"simplesmente por não serem identificados valores considerando apenas uma modalidade de pagamento recebido. Pelo contrário, tal cobrança, sem os devidos comprovantes, além de injusta, constitui cerceamento de direitos básicos, bem como princípios fundamentais, gerais e basilares de Direito, como a seguir explanaremos."*

Invoca posteriormente o art. 5º, LV da Constituição Federal, que trata do Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa. E acrescenta ainda a defesa que o contraditório no processo administrativo transparece na faculdade do autuado de manifestar sua opinião acerca dos fatos ou documentos apensados ao processo pelo autuante, sendo esta a forma de garantir que a parte tome conhecimento dos atos processuais e se insurja contra os mesmos.

Ressalta ainda ser da essência da autuação a indicação sucinta da origem e natureza do crédito tributário, mencionando de maneira específica a disposição da lei em que se baseie e a descrição completa dos fatos. E persevera dispondo que *"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."*

No mesmo sentido, assevera que a descrição da infração cuja peça acusatória não transpareça a exatidão dos fatos, na qual haja omissão de detalhes que possam interromper a ligação entre o descrito e o ocorrido, não poderá ser considerada precisa e clara.

Menciona ser imperiosa a compreensão do art. 18, II, do Decreto nº 7.629 (RPAF) para análise da validade do auto de infração. A autuada prossegue afirmando que: *"considerando a ausência de conhecimento de parte das notas constantes do demonstrativo apresentado pelo agente, o artigo supracitado não fora atendido, pois tornou-se inviável a ampla defesa pela empresa ora demandada, restando nula a alegação"*.

A defesa explora, a seguir, a suposta inobservância da substituição tributária. Traz à baila a previsão constitucional do regime de substituição tributária no artigo 150, § 7º, da Carta Magna discorrendo acerca do mesmo, bem como explica, ainda, o regime comumente chamado de substituição tributária para frente.

Entendendo importante para o deslinde da questão a defesa passa a dissertar sobre a disposição dos produtos sujeitos ao regime de substituição tributária em Convênios, Protocolos e legislações estaduais. E insiste a defesa que à análise dos dispositivos pode-se inferir, sem qualquer dúvida, que a mercadoria comercializada pelo contribuinte integra o rol de elementos passíveis de substituição tributária. Revela ainda que no caso em tela tal preceito não fora observado, eivando de vício o Auto de Infração em questão, posto que atribui ao contribuinte infração que não cometera.

Revela ainda que *"Ainda neste prisma, é pertinente salientar, que a mercadoria é interna, conforme prova documental anexa (anexo 02), sendo assim, qualquer cobrança em cima da mesma caracterizará Bitributação."*

E conclui a defesa após novamente citar o art. 150, 7º, CF 88, afirmando que:

(...) a autoridade autuante furtou-se do seguimento legal de dedução da quantia paga antecipadamente. Neste diapasão, tal erro culminou num efeito em cadeia de erros de cálculo, agravando a condição da autuada, por comercializar diversos produtos passíveis de substituição tributária legal. Na realidade de uma microempresa, tal erro adquire proporções aviltantes, colocando em risco uma operação que atua corretamente há anos face ao fisco.

Pelo quanto expôs a defesa, requereu:

- a) Que seja acolhida a preliminar de nulidade, com a consequente improcedência do auto de infração.*
- b) Caso não seja acolhida a solução liminar, que se faça acolhido o pleito considerando os valores declarados pelo autuado referente às notas fiscais emitidas, em virtude da clara possibilidade de haver pagamento efetuado de forma mista ao mesmo em suas transações, e ainda;*
- c) Que seja considerada a inobservância da substituição tributária pelo Agente Fiscal;*
- d) Que ao ser recebido e, devidamente analisado, seja o presente Auto de Infração julgado TOTALMENTE IMPROCEDENTE face aos elementos aqui apresentados, capazes de satisfazer a demanda apresentada pelo Estado;*
- e) Protesta provar o alegado por todas as formas em direito admitidas, especialmente, a prova documental.*

O Autuante iniciou a informação fiscal realizando breve síntese acerca dos pedidos da defesa. Ultrapassados os esclarecimentos iniciais, constata após simplória análise da peça de defesa que os argumentos apresentados são meramente protelatórios, sem qualquer fundamento, além de não apresentarem fato novo a justificar tamanhas irregularidades tributárias.

No que se refere a preliminar de improcedência, o Autuante a considera como “*totalmente descabida*”.

Posteriormente, passou a discorrer sobre o mérito ressaltando que a fiscalização que originou a lavratura do presente Auto de Infração foi respaldada nas normas tributárias pertinentes, estando assim dentro da mais absoluta legalidade, baseando-se na CF 88, CTN, RICMS/BA e Legislação do Regime Simplificado Nacional - SIMPLES NACIONAL.

Assevera em seguida que o que se observa é que a defesa da Autuada não traz aos autos provas capazes de ilidir o feito fiscal. E prossegue alegando que “*a autuada não trouxe aos autos as provas necessárias e suficientes capazes de sustentá-las, não apontando de forma concreta, específica e objetiva quaisquer erros, falhas e/ou inconsistências em valores e/ou cálculos do levantamento fiscal, que resultou na apuração dos ICMS exigidos no auto de infração.*”.

Destaca ainda que a intimação da Autuada ocorreu em 13/07/2016, para apresentação de arquivo MFD, notas fiscais de saída, atestado de intervenção ECF e demonstrativo em mídia. E quando da finalização da fiscalização foi entregue para a Autuada planilha do AUDIG 01, 02, 03 e CD contendo TEF de 2014 (fls. 06 e 45).

Prossegue o Autuante afirmando que a Autuada efetuou vendas através do cartão de crédito/débito no valor de R\$2.496.061,59 (dois milhões quatrocentos e noventa e seis mil e sessenta e um reais e cinquenta e nove centavos), e declarou na DASN junto a Receita Federal do Brasil o valor de R\$1.191.408,81 (um milhão cento e noventa e um mil quatrocentos e oito reais e oitenta e um centavos), auferindo-se assim uma diferença a menor no valor de R\$1.304.652,78 (um milhão trezentos e quatro mil seiscentos e cinquenta e dois reais e setenta e oito centavos), conforme se depreende das fls. 09, 10, 11, 20 a 43.

Concluíram os Autuantes quanto a necessidade de esclarecer que:

(...) a autuada declarou mensalmente na DASN o valor total de suas vendas sem substituição tributária, e quando da fiscalização, inserimos no sistema AUDIG, todas as informações necessárias, inclusive, as notas fiscais eletrônicas de compra, com mercadorias sujeitas à

substituição tributárias e sem substituição. Dessa forma, o autuante considerou no AUDIG as mercadorias com substituição e sem substituição tributária, para fins de apuração do ICMS. Apenas para ilustrar, vejamos nobres Julgadores, que no demonstrativo de APURAÇÃO MENSAL DA OMISSÃO DE SAÍDAS DAS VENDAS COM CARTÃO DE DÉBITO/CRÉDITO (TEF), bem como no demonstrativo de CÁLCULO DA RECEITA APURADA, foi dado à devida proporcionalidade da substituição tributária, (fls. 10 e 13).

Pede, por fim, que os ilustres e competentes julgadores concluam pela manutenção da integralidade deste Auto de Infração, julgando-o TOTALMENTE PROCEDENTE.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Inicialmente afastado a preliminar de nulidade, posto que não observei a ocorrência das alegações da Impugnante quanto a ofensa ao seu direito à ampla defesa, posto que o levantamento fiscal se encontra minuciosamente demonstrado segundo os demonstrativos constantes das fls. 10 a 15, como também do texto da peça vestibular acusatória. Tanto quanto à infração 1 quanto à infração 2.

Não é pertinente o raciocínio da defesa quando assevera ser incorreto o procedimento do Autuante em não considerar no cálculo do levantamento fiscal os valores declarados pelo autuado nas notas fiscais, por não constarem nas vendas feitas com cartão de crédito/débito (TEF). Ora, esta é a orientação legal pertinente à presunção de omissão de saídas prevista na alínea “b” do inciso VI do §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Todavia, caso tenha ocorrido uma ou mais vendas pagas de maneira mista, sendo, por exemplo, parte paga em cartão e outra em espécie, ou mesmo partes pagas em cartões diferentes, conforme alegou, caberiam serem demonstrados pela defesa, fato que não observo em sua impugnação.

Considero também não ser possível acatar a alegação de que houve erro de cálculo do levantamento fiscal na apuração das notas fiscais, visto que não observamos qualquer erro no levantamento em questão e, sobretudo porque a defesa não aponta os referidos erros, de forma que sua afirmativa se revela vazia e procrastinatória, conquanto as planilhas do levantamento fiscal apontam todas as vendas realizadas através de documentos fiscais como também as realizadas apenas através de cartão de crédito ou débito. Restou à defesa, apontar de forma objetiva e concreta as falhas que diz constar da peça acusatória. Tanto quanto à infração 1 quanto à infração 2.

Da mesma forma não prospera a afirmativa de que o levantamento fiscal não observou a proporção das saídas tributadas, tendo em vista que a Autuada, conforme alega, também comercializa mercadorias com tributação encerrada por estarem submetidas ao regime de substituição tributária. O procedimento escorreito do Autuante pode ser verificado do exame das planilhas constantes das fls. 10, 13 e 15, onde se observa a segregação dos dados excluindo do valor do débito apurado a parcela correspondente ao percentual de mercadorias substituídas do valor total cobrado. Tanto quanto à infração 1 quanto à infração 2.

Pelo exposto opino pela PROCEDÊNCIA TOTAL deste Auto de Infração sob julgamento, e pelo (a):

- a) não acolhimento da preliminar de nulidade;
- b) não amparo dos valores declarados pelo autuado referente às notas fiscais emitidas, em virtude de não haver comprovação nos autos do pagamento efetuado de forma mista ao mesmo em suas transações;
- c) observância da substituição tributária pelo Agente Fiscal;

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210372.3001/16-4**, lavrado contra a empresa **BELA SOARES COMÉRCIO DE CARNES LTDA. (AÇOUGUE BELA SOARES) - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$69.249,92**, acrescido da multa de 75%, prevista nos arts. 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06, inciso I, do art. 44, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei Federal nº 1.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 01 de fevereiro de 2017.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA