

A. I. Nº - 232177.0024/18-4
AUTUADO - RICELLO COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI – EPP
AUTUANTE - EDILSON MEIRELES DE OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 06.02.2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0208-05/18

EMENTA: ICMS. 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 recebimentos, constatados por meio da Auditoria de Cartão de Crédito/Débito. Infração procedente. **2. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. FALTA DE RECOLHIMENTO.** Infração procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 12/06/2018 exige ICMS no valor de R\$98.989,60, em decorrência das seguintes irregularidades:

1 – Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor. Exercícios de 2016 (janeiro a dezembro) e de 2017 (março a dezembro). ICMS no valor de R\$3.779,39 e multa de 75%.

2 – Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões. – Sem dolo. Valor Histórico: R\$95.210,21 – Multa de 75%; Exercícios de 2015, 2016, 2017.

O autuado ingressa com defesa, fls. 25 a 45, e ressalta a sua tempestividade e após relatar as infrações que lhe são imputadas, destaca que cumpre com suas obrigações legais, inclusive aquelas de natureza tributária, sempre pontual e adimplente com suas responsabilidades fiscais.

Invoca o princípio da legalidade que norteia todos os atos da Administração Pública, e, via de consequência possibilita que a própria autoridade administrativa os reveja de ofício, para fins de controle da própria legalidade. Consoante o princípio da verdade material, pede que sejam observados os fatos verdadeiramente ocorridos, e respectivos documentos acostados à defesa.

Quanto a infração 01, aduz que o autuante equivocou-se quanto à análise do lançamento e recolhimento do ICMS, considerando o lançamento a partir da emissão das notas fiscais e não a partir das entradas efetivas das mercadorias ou bens no estabelecimento.

Isso porque, ao analisar os cálculos da antecipação do ICMS, de acordo com o recebimento das mercadorias e confrontá-las com as planilhas de cálculos realizados pelo autuante, de acordo com a emissão, constatou que muitas das notas consideradas pela emissão foram lançadas no outro mês subsequente, que fora o mês do efetivo recebimento da mercadoria no estabelecimento. Aduz que houve falta de recolhimento ou recolhimento a menor, apenas em alguns meses específico, e não em todos os meses apontados pela fiscalização. Anexa comprovantes de recolhimento do tributo.

Assim, garante que houve confusão por parte do agente fiscal, quanto aos registros e pagamentos do imposto, o que o levou a considerar o momento da emissão dos documentos fiscais, e não o momento da entrada das mercadorias no estabelecimento. Aduz que este equívoco se observa em todo o período fiscalizado e em todas as competências destacadas no Auto de Infração.

Sustenta que a escrituração contábil do ICMS da empresa fiscalizada foi realizada em conformidade com a legislação própria, tendo o respectivo tributo sido recolhido em sua integralidade, somente tendo deixado de recolher o ICMS de alguns meses específicos, consoante planilha em anexo.

Outrossim, o registro das mercadorias deverá ser efetuado de acordo com a efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento e o pagamento deverá ser realizado até o dia 25 do mês subsequente da entrada da mercadoria na empresa. Cita a legislação do ICMS, para as mercadorias que estão na substituição tributária e nas demais operações lembra que a alíquota é de 7%, quando a mercadoria for procedente dos Estados do Sul e Sudeste, exceto Espírito Santo.

Colaciona os livros fiscais de apuração do ICMS, bem como os comprovantes de recolhimentos do tributo, que demonstram perfeitamente os argumentos ora sustentados, notadamente, quanto à interpretação equivocada da autoridade fiscal.

Assim, não há o que se falar em recolhimento a menor do referido tributo, de todos os meses apontados pela fiscalização, notadamente, em relação àquelas mercadorias descritas nas Notas Fiscais de Entrada relacionadas no Auto de Infração.

Na infração 02, ao analisar os demonstrativos de movimentação do estoque da empresa autuada, constatou-se que o autuante não considerou algumas notas fiscais de entrada e saída (D1 e cupons fiscais), alusivas ao período, conforme é possível observar dos livros fiscais. Portanto, não houve falta de registro de saídas de mercadorias, muito menos recolhimento a menor do imposto.

Sustenta que as Fichas Cardex de produtos apresentados ao fisco demonstram a emissão das referidas notas fiscais, devidamente registradas nos livros fiscais, ao contrário do que alega o agente fiscal, comprovando que a empresa autuada cumpriu com a sua obrigação fiscal, nesse particular, e jamais deixou de emitir os documentos fiscais alusivos às suas transações comerciais e tampouco, deixou de registrá-los nos livros fiscais pertinentes, nem deixou de recolher o imposto devido.

Pede a improcedência do Auto de Infração, e ressalta que traz às razões de defesa, documentação que corrobora a inexistência das infrações no particular, especificamente, no que concerne à suposta falta de recolhimento do imposto devido, de todos os meses apontados pela fiscalização, apenas alguns meses específicos não tiveram o recolhimento, à vista da precariedade financeira do autuado, conforme planilha juntada.

Reporta-se aos juros, multa e correção monetária. Quanto aos juros aduz ser provável que também estejam capitalizados, mas os juros seriam decorrentes de mora, retardamento no cumprimento da obrigação, e este caráter moratório dos juros incidentes implica no respeito às normas positivas daí decorrentes. Ademais, tem-se a expressa vedação da capitalização dos juros, ou seja a prática do anatocismo, e o Decreto 22.626/33, no art. 4º, é categórico em vedar a prática.

Considera-se também inaplicável os juros sobre a multa cominada. Ainda se pressupõe a não incidência dos juros sobre os valores acessórios, como a correção monetária.

Reclama da multa aplicada por entender que tem caráter confiscatório, traz a doutrina e a jurisprudência, no sentido de que o Excelso Tribunal possui entendimento que reconhece como legítimas multas fiscais de até 30%.

Entende ser imprescindível a realização de diligência como meio de prova dos fatos alegados, devendo o agente fiscal elaborar planilhas de apuração do tributo em tela, dando nova oportunidade de defesa, visto que sustenta a inexistência de ICMS a ser recolhido, referente a todos os meses apontados pela fiscalização, somente a alguns meses específicos.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 212 a 215, e salienta que a empresa foi devidamente intimada por 3 (três) vezes (fls. 07, 08 e 09) para apresentar os Livros e Documentos fiscais, cuja ciência das Intimações ocorreram em 02/05/2018, 14/05/2018 e 29/05/2018. Contudo, o defendente não apresentou nenhum Livro de Registros e documentos fiscais.

Relata a tese apresentada pela defesa, e nota que os argumentos apresentados não estão associados à infração cometida.

Salienta que o Levantamento das Omissões está devidamente demonstrado no DEMONSTRATIVO DA PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS (fls. 13 e 14), que corresponde a diferença dos TOTAIS MENSAIS pagos através de CARTÃO X TOTAIS INFORMADOS nos PGDAS (Declarações) transmitidas pelo Contribuinte (PGDAS transmitidas em arquivo anexo no CD – fl. 21).

Ademais, os valores do ICMS do recolhimento a menor bem como a ICMS correspondente à omissão, estão devidamente demonstrados nos Demonstrativos nas fls. 10, 11 e 12.

Informa também, que a autuada indica decretos antigos do ICMS (Regulamento do ICMS Dec. 6.284/97), e outros dispositivos que não estão associadas ao período fiscalizado.

Quanto aos argumentos que constam nas fls. 35 e 37, relativo a cobrança indevida de juros e aplicação de multa, nesse tópico informa que não estão sendo cobrado juros e os Acréscimos Moratórios. Quanto às multas aplicadas estão em de acordo com a Legislação.

Conclui que o autuado, na peça de sua Defesa, somente o fez no sentido de protelar a cobrança dos débitos apurados, uma defesa com desvios de mérito e erros de aplicação de Legislação.

Ante o exposto, e em virtude de que a empresa não conseguiu elidir a presente acusação fiscal, solicita-se que seja o presente PAF julgado PROCEDENTE em sua plenitude.

VOTO

Inicialmente nego o pedido de diligência formulado pelo defendente, haja vista que os elementos constantes do PAF são suficientes para a formação de meu juízo de valor acerca da lide, nos termos do Art. 147, I, a do RPAF/99, Decreto nº 7.629/99.

Constato que o Auto de Infração em lide foi lavrado com a observância, pelo autuante, do disposto no Art. 39 do RPAF/99, ou seja, contém a identificação e a qualificação do autuado, a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal, de forma clara, precisa e sucinta, demonstrativo de débito tributário, amparado em demonstrativos da Auditoria realizada, com a discriminação de datas de ocorrência, base de cálculo e alíquota, de modo que o sujeito passivo pode exercer plenamente o seu direito de defesa, com o exercício do contraditório.

Quanto aos princípios lembrados pelo defendente, tais como o da legalidade, e da verdade material, considero que foram estritamente observados, desde o início da ação fiscal, iniciada com a Intimação para Apresentação de Livros, Documentos Fiscais e Arquivos com a totalidade dos dados armazenados na Memória Fiscal (MF), de fls. 07, 08 e 09, até o presente momento, quando foi oportunizado ao contribuinte a efetiva participação na lide, com a ciência de todos os atos processuais, a concessão de prazos legais para se manifestar, querendo.

Desta forma, ultrapassada as questões preliminares e por estar o lançamento apto a surtir os efeitos jurídicos e legais, passo à apreciação do mérito da autuação.

Na infração 01 está sendo exigido ICMS em razão de recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, Simples Nacional, o que implicou em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor. Exercícios de 2016 e de 2017.

A infração 02 tem estreita ligação com a infração anterior, sendo que o agente fiscal procedeu ao confronto entre os valores de vendas de mercadorias efetuadas por meio de cartões de débito e de

crédito, com os valores que foram fornecidos à tributação, nesta modalidade e declarados nas PGDAS, que foram transmitidas pelo contribuinte, conforme o demonstrativo de fls. 13 a 14 do PAF.

Ressalto que o autuante aplicou a proporcionalidade entre as vendas substituídas, isentas, e tributadas, consoante o demonstrativo de fls. 15 a 20 do PAF.

O demonstrativo da Presunção de omissão de Receitas, foi elaborado a partir do confronto entre os valores totais mensais constantes no Relatório Diário de Operações TEF e os valores totais mensais pagos através de Cartão constantes na Declaração PGDAS informada e transmitida pelo contribuinte.

Disto resultou a presunção de omissão de operações tributadas sem o pagamento do ICMS, conforme determinação contida no Artigo 4º, § 4º, inciso VI, alínea “b” e inciso VII da Lei 7.014/96, corroborada pelo artigo 34, da Lei Complementar nº 123/06.

Pela análise dos demonstrativos elaborados pelo agente de tributos estadual identifiquei o cuidado e o acerto aplicado nos levantamentos de Auditoria de Cartão de Crédito, diante dos poucos elementos que encontrou disponíveis para realizar a Auditoria e buscar a verdade material, quanto ao faturamento da sociedade empresária, inscrita no Simples Nacional.

Desse modo, por se tratar de uma presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, cabe ao sujeito passivo provar a sua improcedência, conforme determina o dispositivo legal citado, no caso com a demonstração de que ofereceu à tributação os valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito, por meio de documentos fiscais que comprovem as vendas com pagamento na modalidade em cartão de crédito ou de débito, a exemplo de Redução “Z” ou notas/cupons fiscais que contenham identidades entre os valores e datas informadas no Relatório Diário de Operações TEF. Nesta hipótese poderia restar comprovada a tributação dos valores apontados nesta infração, o que não ocorreu.

Em decorrência de o sujeito passivo não ter comprovado a regularidade das operações efetuadas por meio de cartões de crédito e/ou débito, quando cabe-lhe o ônus da prova, presunção juris tantum, prevista no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, a infração em comento fica mantida na íntegra.

Ademais, ressalto que o defendente não aponta que tenha havido erros na elaboração dos demonstrativos, dos quais resultaram as infrações.

Infração Procedente.

Na infração 01, foi elaborado o Demonstrativo da falta de pagamento ou pagamento a menor do ICMS devido sobre o faturamento, que se encontra nas fls. 10 a 12 do PAF.

Nesse demonstrativo, a receita bruta omitida derivou dos valores de omissão de saídas encontrados na infração 02, referentes às vendas por meio de cartões de crédito/débito que não foram oferecidas à tributação do ICMS.

A opção pelo Simples Nacional por parte do contribuinte implica na aceitação de um Regime Especial Unificado de Arrecadação, conforme previsto nos artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 123/06, cuja forma de arrecadação é a prevista no seu art. 18 e §§, e o pressuposto básico é a “receita bruta”, quer para determinação da alíquota aplicável, como para a determinação da base de cálculo. Assim sendo, o valor do imposto calculado pelo Simples Nacional não perquire cada saída específica, mas um montante que servirá para o cálculo dos diversos tributos e contribuições envolvidos.

Constato que esta infração decorreu da inclusão das receitas omitidas, detectadas na infração 02, em razão do somatório dos documentos fiscais emitidos pela empresa, acrescidos dos valores omitidos, apurados por meio dos cartões de crédito/débito, detectando-se novas faixas de Receita Bruta Acumulada e percentuais incidentes sobre a Receita Mensal, apurando o ICMS devido.

A multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no art. 34 e 35 da Lei Complementar 123/06, Art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96 de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07.

Quanto à correção monetária, serão corrigidos monetariamente os débitos tributários não recolhidos tempestivamente, de acordo com os prazos regulamentares, conforme previsão do Art. 100 da Lei nº 3.956/81. Os acréscimos moratórios estão conforme regra inserta nos art. 102, § 1º da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

Ressalto que, de acordo com a data em que for realizado o pagamento deste Auto de Infração, haverá redução das multas, como explicitado na fl. 03 do Auto de Infração, conforme a Lei nº 9.430, de 1996 e Lei nº 8.218, de 1991.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232177.0024/18-4**, lavrado contra **RICELLO COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$98.989,60**, acrescido da multa de 75%, prevista no inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de novembro de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO –RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR