

A.I. Nº - 210372.0022/19-5
AUTUADO - CARLOS HENRIQUE CARDOSO DE ALMEIDA
AUTUANTE - GENILDO VIANA SOARES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/07/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0086-04/20-VD

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. a) CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. 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. b) ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA. Declarada nula a infração, tendo em vista que no levantamento fiscal foi aplicada metodologia em desacordo com a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, gerando insegurança na determinação da infração e dos valores eventualmente devidos, além da ocorrência de cerceamento ao direito de defesa do contribuinte. Infração Nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 09/09/2019, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$37.724,89, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

Infração 01 - 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\$15.393,28, com multa aplicada de 75%.

Infração 02 - 17.04.01 - Deixou de recolher ICMS em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado, no valor de R\$22.331,61.

O autuado apresenta defesa (fls. 29 a 40), inicialmente registrando que atua no ramo de comercio de produtos alimentícios (bar e restaurante), estando em plena atividade.

Em seguida diz que o Auto de Infração resultou de um mandado de procedimento fiscal, resultando em um lançamento de suposta omissão de receitas de vendas realizadas com cartão de crédito ou débito, conforme juízo de valor a respeito do que se refere a relatório “UNILATERAL” levantado em sistema de controle interno do FISCO.

Após solicita a nulidade da notificação, alegando que o demonstrativo elaborado pela fiscalização, discriminando as vendas uma a uma é requisito indispensável para configuração da infração cometida, assim como demonstrar com maior clareza os pontos controversos.

Entende que para se afirmar a existência de venda acumulada da forma lançada desconsidera o regime fiscal, contábil de apropriação, registro de apuração de impostos, ou seja, Regime de competência, este por ele adotado.

Questiona se o regime de apuração é o de competência, como pode se considerar os recebimentos em cartão de crédito como faturamento mensal. Pois se assim fosse o regime seria de caixa e não de competência.

Informa que a empresa em seus livros fiscais levou em consideração os recebimentos à vista, enquanto é sabido que as vendas em cartão de crédito são a prazo, normalmente de trinta a sessenta dias. Além do que o relatório obtido pelo fiscal parece não ter legalidade em matéria tributária visto que foi apropriado sem ordem judicial de quebra de seu sigilo fiscal financeiro.

Alega ainda como nulidade a falta de cumprimento da dupla visita fiscal e fiscalização orientativa visto tratar-se de microempresa e como tal tem essa prerrogativa, sendo nula a multa confiscatória de 75%.

Aduz que os lançamentos das páginas 01 e 02 considera faturamento o que foi apenas pagamento de venda, gerando duplicidade de receitas, ou seja, a receita apurada pelo Fiscal já havia sido apurada no mês de sua apropriação.

Conclui que a administração deve anular o auto de infração vez que o referido ato administrativo possui vícios e irregularidades. Assim o ato nulo não gera direitos ou obrigações para as partes e nem cria situação jurídica definitiva (Súmula 473 do STF).

Fala sobre a Lei do Sigilo Fiscal e diz ter havido abuso de direito da autoridade fiscal com violação do art. 142 do CTN, em razão do fiscal ter utilizado informações disponibilizadas pelas operadoras de cartão de crédito.

Ressalta que a empresa é optante pelo Simples Nacional, efetua a apuração de imposto ICMS pelo regime de competência, contudo não foi considerada a sua escrita fiscal, não solicitou o livro Caixa, tão pouco o livro Diário, assim como aplica a um microempresário a multa de 75%, o que pode inclusive, diante da crise financeira nacional levá-lo à falência.

Reclama da exorbitância da multa e dos juros aplicados, que são reveladores da integral incapacidade de pagamento, vedado pela Constituição Federal, no art. 150, IV.

Aduz que as multas conforme legislação atualmente em vigor somente poderia ser de 2% sobre o valor corrigido, e não no percentual aplicado, como consta nos autos, e externa seus entendimentos sobre o tema além de transcrever ensinamentos do professor Kyoshi Harada e Roque Carrazza.

Finaliza reafirmando que é optante pelo Simples Nacional, que exerce tão somente a atividade de bar e restaurante e que houve má interpretação dos faturamentos versus Recebimento via meio de pagamento “Cartão de crédito ou débito” o que não autoriza o agente fiscal arbitrar sem ter sido intimado a apresentar os seus livros fiscais ou contábeis.

Protesta por todos os meios de provas permitidos em direito, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas.

O autuante ao prestar a informação fiscal às fls.45/46 após transcrever o teor das infrações diz que a autuada solicita o cancelamento do Auto de Infração, porém, entende que os argumentos apresentados são meramente protelatórios, pois não têm nenhum fundamento, além de não ter sido apresentado nenhum fato novo que justifique tamanhas irregularidades tributárias, portanto entende ser totalmente descabido o seu pedido.

Quanto a preliminar de nulidade ressalta que a fiscalização realizada foi respaldada dentro das normas tributárias pertinentes, estando assim, acobertada dentro da mais absoluta legalidade, prevista no ordenamento jurídico, inclusive, a Constituição Federal, CTN, RICMS/BA e Legislação do Regime Simplificado Nacional - SIMPLES NACIONAL.

Observa que a não traz aos autos provas capazes de ilidir o feito fiscal e que sustentem as suas frágeis alegações. O que se nota das alegações apresentadas é que não foram trazidas 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 do ICMS exigido no auto de infração.

Explica que autuada foi indicada para ser fiscalizada, visto que não vinha efetuando o recolhimento do ICMS Simples Nacional e nem tampouco declarava suas receitas no PGDAS Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional da Receita Federal do Brasil.

Ressalta que a fiscalização foi baseada nas informações constantes nos sistemas da SEFAZ tipo (Notas fiscais de entrada/saída, TEF, ICMS recolhido e declarações do PGDAS). Em seguida foram inseridas as informações no Sistema AUDIG, cujo batimento foi feito pelas Notas Fiscais de Entradas para que fosse determinado o percentual da proporcionalidade devida das mercadorias da Substituição Tributária, fls. 09 e 15.

Assim, considerando que no exercício de 2018, as vendas da autuada informadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito foi de R\$1.133.801,47, enquanto que a empresa não emitiu nenhum documento fiscal e também não declarou nenhuma Receita no PGDAS - Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (fls. 10.).

No exercício de 2019, as vendas da autuada informada pelas administradoras de cartão de crédito/débito o valor foi de R\$893.147,17, enquanto que a empresa não emitiu nenhum documento fiscal e também não declarou nenhuma Receita no PGDAS - Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (fls. 17).

Informa ainda que no exercício de 2018 a empresa teve aquisições de mercadorias através de Nota Fiscal de Entrada no valor de R\$2.624.578,35, e em 2019 no valor de R\$917.044,09.

Quanto às vendas uma a uma informa estar juntando ao PAF CD com o TEF de 2018 e 2019.

Quanto a queixa do contribuinte de que não foi intimado a apresentar os livros fiscais e contábeis a mesma não procede pois a empresa foi intimada regularmente em 02/09/2019, e quando da ciência do auto de infração declarou que: “Declaramos também que quando da intimação em 02/09/2019, deixamos de apresentar a documentação constante da mesma, visto que não estavam escriturados (fls. 04 e 23)”.

Finaliza opinando pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, ter omitido saídas tributadas, apuradas por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartões (infração 01), e não ter recolhido o imposto em razão de ter considerado receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação, como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado.

Na defesa apresentada, o autuado suscitou a nulidade do lançamento sob o argumento de que a base de cálculo da infração 01 foi arbitrada, pois na auditoria realizada não foram considerados os seus livros fiscais e contábeis.

Não assiste razão ao autuado, pois a infração está fundamentada no § 4º, do artigo 4º, inciso VI da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê *in verbis*: “*O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de*

mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Desta forma, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Portanto, a exigência fiscal está baseada em presunção estabelecida em lei, e não em arbitramento da base de cálculo. Assim caberia ao autuado constituir prova em contrário, apresentando a correspondência entre os valores informados pela administradora de cartão e os documentos fiscais por ele emitidos.

Ressalto, que em processo desta natureza, faz-se necessário o fornecimento ao contribuinte dos “Relatórios de Informações TEF – Diário”, com especificação das vendas diárias, por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administração de cartão, separadamente, de modo que possa ser efetuado o cotejo entre os valores registrados na escrita fiscal e no equipamento emissor de cupom fiscal, com as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

De fato, inicialmente não foi anexado aos autos o comprovante de entrega de cópias do Relatório Diário de Operações TEF, que contém todas as operações individualizadas, informadas pelas administradoras de cartão de débito e crédito. Esta falha foi sanada no momento em que foi prestada a Informação Fiscal, oportunidade em que foi anexada a mídia de fl. 47, contendo o referido documento, assim como o sujeito passivo foi intimado e fornecido cópias dos elementos anteriormente indicados, conforme atestam os documentos de fls. 50 a 51, porém, o mesmo não se pronunciou.

Logo, com a entrega da cópia do Relatório TEF diário por operações, fornecido pelas operadoras de cartão de crédito e de débito, resta patente nos autos que o autuado, mesmo tendo a oportunidade de elidir a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, assim não procedera, mesmo instado a fazê-lo.

No que diz respeito à nulidade arguida pelo impugnante, de que a fiscalização não obedeceu ao regime por ele adotado, no caso regime de competência, pois ao ser considerado os recebimentos em cartão de crédito como faturamento mensal, no seu entender, teria aplicado o regime caixa e não de competência, como se sabe, no regime de caixa o lançamento é efetuado no momento do efetivo recebimento ou pagamento do valor, enquanto que no **regime de competência** o lançamento é feito na data do fato gerador.

Como anteriormente explicado, o comparativo das vendas efetuadas pelo contribuinte e as informadas nos “Relatórios de Informações TEF – Diário”, foi feito levando em consideração as datas de emissão das notas fiscais, ou seja, no momento do fato gerador, portanto, em perfeita consonância com o regime de pagamento do imposto adotado pelo autuado, o de competência, não havendo como prosperar tal tese defensiva.

Quanto à suposta ilegalidade em relação à quebra de seu sigilo bancário, tendo em vista não ter havido instauração do processo administrativo ou autorização judicial permissiva, também não assiste razão ao sujeito passivo, pois a remessa dos dados da movimentação de vendas por parte das administradoras de cartão de crédito é uma obrigação prevista em lei (Lei Complementar nº 105/2001, em especial em seu artigo 6º, bem como nas disposições do artigo 35-A da Lei Estadual nº 7.014/96), e tem como finalidade informar o faturamento da empresa, base de cálculo de vários tributos, consubstanciando em uma informação fiscal, que não se confunde com a sua movimentação bancária, esta sim, protegida pela Constituição.

Isto posto, deixo de acolher a totalidade dos pedidos de nulidade do Auto de Infração apresentados pela defesa, em relação à infração 01, por não restar configurado nos autos qualquer afronta ao contraditório e ao exercício pleno da ampla defesa pelo autuado.

Quanto à infração 02, a acusação é de que a empresa considerou receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária, como se o ICMS já tivesse sido substituído.

Ao analisar os demonstrativos que deram suporte a tal infração, fl. 09 a 22, constato que os valores sintéticos apurados pela fiscalização e informados na rubrica “RECEITA COM SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA APURADA”, estão desacompanhados das respectivas planilhas analíticas. Tal fato poderia ser sanado através de diligência, porém, observo ainda, que em todos os meses os valores informados nas respectivas rubricas, são superiores aos declaradas pelo contribuinte nas PGDAS.

A título de exemplo transcrevo os valores referentes ao mês de dezembro de 2018, fl. 12:

| DEZEMBRO/2018 | APURADA | DECLARADA EM PGDAS |
|---------------------------------|------------|--------------------|
| RECEITA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA | 257.126,12 | 212.791,92 |

Caso ocorrido este fato, o mesmo não caracterizaria a infração apontada, pois existindo tais diferenças, as mesmas não são computadas no cálculo do imposto devido pelas empresas optantes pelo Simples Nacional, conforme disposto no inciso XIII, do art. 13 da Lei Complementar nº 123.

Estes equívocos importam na insegurança do débito e cerceamento do direito de defesa, caracterizando nulidade insanável, nos precisos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade competente, que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Em relação à perícia requerida, pontuo que esta tem a finalidade de esclarecer fatos eminentemente técnicos, a ser realizado por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o que não é o caso dos autos, já que não é necessário conhecimento especializado para o deslinde da questão, razão pela qual fica indeferida, com fulcro no art. 147, inciso II, alínea “a” do RPAF/BA.

No mérito, o autuado apenas nega o cometimento da infração, porém, não anexou quaisquer documentos e/ou planilhas, comprovando a sua assertiva. Como tais provas se referem a documentos que estão de posse do próprio contribuinte, caberia a este trazê-los aos autos para elidir a infração, demonstrando as incorreções alegadas, o que não se verifica.

Como esclarecido nas preliminares de nulidades, o sujeito passivo recebeu os TEFs Diários, e sendo assim, para que fosse elidida de modo válido a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, o autuado deveria ter feito o cotejamento entre o que consta nos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com os valores correspondentes às notas fiscais/cupons fiscais emitidos, de modo a comprovar as diferenças objeto do presente lançamento, haja vista que nos citados TEFs diários estão especificadas as vendas diárias, por operações, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administradora de cartão, separadamente.

Portanto, resta caracterizada a infração 01, tendo em vista que a declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, conforme determina o artigo 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, o que não ocorreu no presente caso.

No que diz respeito à alegação de que a multa aplicada é abusiva e confiscatória, observo que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal, e é prevista no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, portanto legal. Quanto ao caráter confiscatório, não pode ser apreciado por este órgão

julgador administrativo, conforme disposto no art. 167, I do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 210372.0022/19-5, lavrado contra **CARLOS HENRIQUE CARDOSO DE ALMEIDA**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.393,28**, acrescido da multa de 75%, prevista nos artigos 34 e 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 Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR