

A. I. N° - 232171.0005/19-1
AUTUADO - DAUOD COMÉRCIO ATACADISTA DE VARIEDADES EIRELI
AUTUANTE - SANDRA MARIA DE ALMEIRA MOINHOS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 26/08/2020

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0126-03/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Infração comprovada, de acordo com o demonstrativo elaborado pelo autuante. 2. OMISSÃO DE RECEITA. O regime de apuração do imposto estabelecido no Simples Nacional, leva em consideração no cálculo do valor devido mensalmente, a receita bruta auferida no mês, incidindo sobre esta receita bruta a alíquota determinada na forma da Lei Complementar 123/06. 3. 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 diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 10/06/2019, refere-se à exigência de R\$87.244,66 de ICMS, acrescido da multa de 75%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 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 menor, nos meses de abril de 2014 a novembro de 2016. Valor do débito: R\$5.028,44.

Infração 02 – 17.03.02: Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal, sem dolo, nos meses de fevereiro a maio, agosto a dezembro de 2014; janeiro a setembro e dezembro de 2015; abril e agosto de 2016. Valor do débito: R\$78.114,90.

Infração 03 – 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, sem dolo, nos meses de julho de 2014; outubro a dezembro de 2015. Valor do débito: R\$4.101,32.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 129 a 136 do PAF, alegando que a autuação fiscal, pelo que se comprova na “Descrição dos Fatos” (cópia anexa), apura o ICMS devido pelo Contribuinte nos exercícios de 2014, 2015 e 2016 por presunção de vendas, vez que os valores foram levantados a partir dos recebimentos dos Cartões de Crédito e Débito informados pelos respectivos administradores.

Alega que cabe a revisão dos valores lançados pela autuante, já que o levantamento foi feito com base em presunção de vendas com amparo em movimentação financeira, apurada através de cartões débito/crédito.

Afirma que foi exigido imposto em valor maior que o devido, e espera que este Órgão Julgador acolha as razões expostas para revisar os valores apurados pela fiscalização.

Registra que o contribuinte quando sofre um auto de infração do Estado, tem ele a oportunidade de efetuar o pagamento da dívida com redução de 30% do valor da multa, se o fizer em trinta dias, e caso não se conforme com o lançamento, pode defender-se na esfera administrativa.

Apresentada a defesa, suspende-se a exigibilidade, nos termos do artigo 151 do Código Tributário Nacional. Todavia, ao defender-se na fase administrativa, o contribuinte perde a oportunidade de pagar o débito com o desconto previsto. A partir daí, o valor da multa imposta dificulta o pagamento da dívida pela falta de patrimônio empresarial para tanto. Desse modo, conclui que a exigência que visa penalizar o contribuinte torna-se uma prática vedada pela Constituição Federal por ofensa aos seus direitos.

Acrescenta que a multa exponenciada na autuação, acrescida ao valor principal da obrigação, passando a sofrer a incidência dos juros moratórios, criando assim uma capitalização indevida e uma onerosidade excessiva para o contribuinte.

Entende que embora a multa tenha previsão legal, no percentual adotado pela autuante, a exigência mostra-se desproporcional e com efeitos confiscatórios, mormente em se considerando que se trata de empresa de pequeno porte. Diz que a penalidade aplicada pelo Fisco em valor excessivo ultrapassa os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pois, há de se ter em consideração que a multa não pode ter um valor que inviabilize as atividades da empresa.

Ressalta que os nossos tribunais têm proferido muitos julgamentos no sentido de que, deve ser permitida a redução da penalidade de multa aplicada em virtude de descumprimento de obrigação tributária, com base no princípio da vedação ao confisco.

Quando as multas representam mais do que 30% do valor do tributo, entende que podem ser consideradas inconstitucionais, pois ferem o inciso IV do art. 150 da CF. Embora o dispositivo refira-se apenas a tributo, ao vedar o confisco, a jurisprudência e a doutrina entendem aplicável às multas tal limitação. Neste sentido, cita decisão do TRF-1(DJU de 20/8/99).

Acerca dos juros de mora no âmbito do direito tributário/ financeiro, diz que a União fixou o percentual a ser aplicado, por preferência a taxa Selic, não cabendo aos Estados, Distrito Federal e Municípios dispor em sentido diverso, estabelecendo índices superiores ao valor da taxa de juros da União, sob pena de infringência ao disposto no artigo 24, inciso I, e parágrafo 4º, da Carta Magna.

Em relação aos cartões de crédito e débito, alega que são manifestações contemporâneas do processo de desmaterialização da moeda, enquanto instrumento de troca das relações econômicas, conferindo confiança aos agentes econômicos. A rigor, os cartões substituem hodiernamente o papel-moeda na relação jurídica de compra e venda de mercadorias e prestação de serviços.

Comenta sobre a configuração jurídica do conceito de “receita auferida” e diz que no caso da venda/prestação de serviço liquidada mediante cartão de crédito/débito, o preço da mercadoria objeto da relação jurídica de troca, já nasce reduzido pela taxa de intercâmbio da operação cobrada pela administradora de cartão de crédito. Diz que o preço, base de cálculo da operação tributável, que vai constituir o ingresso no patrimônio do vendedor será o resultado líquido da operação liquidada com a moeda simbólica. Não há dois momentos, apenas um: uma relação comercial liquidada com moeda simbólica que embute um custo de intermediação a ser suportado pelo contribuinte que aufere o ingresso líquido deste custo.

Registra que o custo de intermediação representado pela taxa de cartão de crédito/débito é inerente ao negócio jurídico gerador do ingresso, pois decorre do poder liberatório do instrumento utilizado para liquidar a obrigação assumida pelo comprador. Portanto, o custo de intermediação representado pela taxa de cartão de crédito/débito nas operações comerciais liquidadas através deste instrumento liberatório não constitui integralmente receita tributável do vendedor, na medida em que não constituem ingressos efetivos e incondicionais ao seu patrimônio.

Diante do exposto, o autuado requer seja regularmente distribuída e recebida a defesa, determinando ao órgão competente a suspensão da exigibilidade do crédito tributário discutido no Auto de Infração

Entende restar demonstrada a insubsistência da ação fiscal. Espera e requer seja acolhida a defesa, para o fim de assim ser decidido pelo cancelamento do débito fiscal reclamado para que seja revista a autuação no sentido de apurar a receita integralmente tributável do contribuinte, assim entendida aquela que desconsiderar as taxas dos respectivos cartões de débito e crédito.

A autuante presta informação fiscal às fls. 180/181 dos autos, esclarecendo que a constituição do crédito tributário foi efetuada com base nos registros da Memória Fita Detalhe-MFD dos ECFs; Notas Fiscais Venda ao consumidor (D-1) apresentadas pelo autuado e os valores das vendas em cartão de crédito/débito informados à SEFAZ/BA pelas Administradoras de cartão, através do sistema TEF (Transferência Eletrônica de Fundos) que, por sua vez, foram confrontados com as receitas auferidas e declaradas à Receita Federal.

Quanto à redução das taxas que incidem sobre as vendas auferidas através de cartão de crédito e débito, solicitada pelo autuado, afirma que essas taxas fazem parte do custo financeiro da empresa. Portanto, não cabe a dedução dessas taxas sobre as receitas das vendas auferidas para o cálculo do ICMS, ora em questão. Bem como, se trata de fiscalização em regime de competência.

Com relação à multa, afirma que não discute, tendo em vista que foi aplicada com base no art. 35 da Lei Complementar 123/06; art.44, I da Lei Federal Nº9.430/96, com redação dada pela Lei nº11.488 de 15/06/07.

Conclui que o pedido de improcedência do presente Auto de Infração não procede, ao tempo em que, encaminha o PAF ao Conselho Estadual da Fazenda – CONSEF para julgamento.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração.

A infração 01 trata de 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 menor, nos meses de abril de 2014 a novembro de 2016.

Este primeiro item do Auto de Infração está relacionado com a infração 03. Em virtude disso, os demonstrativos do item 3º são compartilhados com os do item 1º, e em tal situação os documentos utilizados na elaboração dos demonstrativos do item 3º também se referem a este item da autuação.

Infração 03: 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, sem dolo, nos meses de julho de 2014; outubro a dezembro de 2015.

O autuado não negou o cometimento das infrações, tendo alegado que o custo de intermediação representado pela taxa de cartão de crédito/débito nas operações comerciais liquidadas através deste instrumento liberatório não constitui integralmente receita tributável do vendedor, na medida em que não constituem ingressos efetivos e incondicionais ao seu patrimônio.

Requeru que fosse revista a autuação no sentido de apurar a receita integralmente tributável do contribuinte, assim entendida aquela que desconsiderasse as taxas dos respectivos cartões de débito e crédito.

Na informação fiscal, a autuante afirmou que as taxas mencionadas pelo defendente fazem parte do custo financeiro da empresa, e que não cabe a dedução dessas taxas sobre as receitas das vendas auferidas para o cálculo do ICMS em questão.

Concordo com o posicionamento da autuante, considerando que se incluem no cálculo do ICMS, todas as importâncias que representem despesas acessórias, seguros, juros e quaisquer outros valores pagos, recebidos ou debitados, bem como, descontos concedidos sob condição, e esse entendimento está conforme previsto no art. 17, § 1º, II, “a” da Lei 7.014/96. Portanto, não merece prosperar a alegação defensiva.

No levantamento fiscal, a autuante adicionou às vendas declaradas os valores das omissões constatadas nos respectivos meses, apurando a receita. Foi efetuada a segregação e apuração da omissão de acordo com a proporcionalidade das receitas de mercadorias da substituição tributária, conforme estabelece o § 4º do art. 18 da Lei Complementar 123 de 14/12/2006. Com a nova receita calculada é que foram apurados os débitos constantes nas infrações 01 e 03 deste Auto de Infração, sendo observadas as alíquotas constantes no Anexo 1 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006.

Na infração 03, 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.

A autuante informou que a constituição do crédito tributário foi efetuada com base nos registros da Memória Fita Detalhe-MFD dos ECFs, Notas Fiscais Venda ao consumidor (D-1) apresentadas pelo autuado e os valores das vendas em cartão de crédito/débito informados à SEFAZ/BA pelas Administradoras de cartão, através do sistema TEF (Transferência Eletrônica de Fundos) que, por sua vez, foram confrontados com as receitas auferidas e declaradas à Receita Federal.

À época dos fatos geradores, o autuado estava inscrito no SIMPLES NACIONAL, na condição de empresa de pequeno porte e foi apurada operação realizada sem documentação fiscal, ficando o contribuinte obrigado a recolher o tributo devido em decorrência da prática da infração apurada por meio do levantamento fiscal.

Não se trata de comparar as vendas realizadas com o montante das operações com cartões de crédito/débito, e sim o confronto entre o total de vendas efetuadas pelo contribuinte de acordo com os documentos fiscais emitidos e os correspondentes valores dos cartões de crédito/débito, fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões.

Trata-se de exigência de imposto que poderia ser elidida pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, cabe ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, não cabendo a este órgão julgador buscar outras provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento.

A Infração 02 se refere à omissão de receita apurada através de levantamento fiscal, sem dolo, nos meses de fevereiro a maio, agosto a dezembro de 2014; janeiro a setembro e dezembro de 2015; abril e agosto de 2016.

Vale ressaltar, que o regime de apuração do imposto estabelecido no Simples Nacional, leva em consideração no cálculo do valor devido mensalmente, a receita bruta auferida no mês, incidindo sobre esta receita bruta a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º do art. 18 da Lei Complementar 123/06.

Sobre a metodologia aplicada na apuração do imposto exigido no presente Auto de Infração, os demonstrativos da autuante são compreensíveis, indicam os dados relativos aos valores exigidos, o autuado defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, mas não apresentou elementos suficientes para comprovar o débito apurado no levantamento fiscal.

O impugnante deveria exibir provas de que não cometeu a infração, não cabendo a este órgão julgador buscar provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração.

Entendo que estão caracterizadas as irregularidades apontadas nas infrações 01 a 03, sendo devido o imposto apurado nos demonstrativos elaborados pelo autuante. Assim, concluo pela subsistência destes itens da autuação fiscal.

Em relação à multa, o defendente alegou que a penalidade aplicada pelo Fisco em valor excessivo, ultrapassa os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Disse que os nossos tribunais têm proferido muitos julgamentos no sentido de que, deve ser permitida a redução da penalidade de multa aplicada em virtude de descumprimento de obrigação tributária, com base no princípio da vedação ao confisco.

Observe que a multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 75%, previsto no art. 35 da LC 123/06; art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96,

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232171.0005/19-1**, lavrado contra **DAUOD COMÉRCIO ATACADISTA DE VARIEDADES EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$87.244,66**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da LC 123/06; art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 09 de julho de 2020

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA