

A.I. Nº - 222829.0027/18-0
AUTUADO - RESTAURANTE ESQUINA DO ALMIRANTE EIRELI
AUTUANTE - ADÉLIA HELENA RIBEIRO ESTEVEZ
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 28/09/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0186-02/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. MICROEMPRESA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Infração comprovada, de acordo com o demonstrativo elaborado pela autuante. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 28/09/2018 para exigir do ICMS no valor histórico de R\$ 38.685,15, acrescido de multa, pela constatação das infrações a seguir descritas.

INFRAÇÃO 01 – 17.02.01: Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado, referente ao 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, referente aos períodos de março de 2014 a dezembro de 2016, no valor de R\$ 6.526,41 acrescido de multa de 75% tipificada no art. 35 da Lei Complementar nº 123/2006, art. 44, inc. I da Lei Federal nº 9.430/96 de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/2007.

Enquadramento legal: art. 21 da Lei Complementar nº 123/2006.

INFRAÇÃO 02 – 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 cartão de crédito - sem dolo, referente aos períodos de janeiro de 2014 a dezembro de 2016, no valor de R\$ 32.158,74 acrescido de multa de 75% tipificada nos artigos 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/2006, art. 44, inc. I da Lei Federal nº 9.430/96 de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/2007.

Enquadramento legal: art. 18, inc. I e art. 26 da Lei Complementar nº 123/2006 c/com art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96.

A autuada através de seu sócio administrador, impugnou o lançamento, fls. 42 a 44, onde inicialmente relatou os fatos e afirmou que não houve supressão de ICMS por omissão de receita, porque a autuada não promoveu saída de nenhum item sem o documento fiscal correspondente.

Salienta que a apuração da suposta infração ocorreu por mero comparativo entre as vendas registradas no estabelecimento e os informes das Administradoras de Cartões de Crédito e de Débito, portanto, não houve confronto dos dados apurados pela Fiscal.

Aponta que no Anexo 02, fl. 04, a diferença indicada é inferior ao total de vendas sob o regime de substituição tributária.

Ressalta que em todos os exercícios as supostas vendas de mercadorias sujeitas a substituição tributária apuradas pela autuante superam a diferença das vendas auferidas com cartão de crédito e conclui que a empresa realizou pagamento a maior do ICMS, já que as vendas declaradas no PGDAS não consideraram as informações das vendas sob o regime da substituição tributária e, portanto, a infração 01 não existiu, tendo em vista que nestes meses foi recolhido imposto à maior que o devido.

Lembra que a incidência do ICMS prevista na legislação é a saída de mercadorias do estabelecimento e não a forma de o pagamento pela venda realizada.

Requer que sejam apreciadas e conhecidas suas razões de defesa para cancelar as exigências fiscais, ora impugnadas no que diz respeito ao ICMS e os acréscimos, decretando a insubsistência do Auto de Infração.

Requer também, provar o alegado por todos os meios em Direito admitidos, em especial a juntada de novos documentos e esclarecimentos, além da realização de perícia contábil, com formulação de quesitos e indicação de assistente técnico, de modo a prestigiar o amplo direito de defesa e do contraditório.

A autuante prestou a informação fiscal às fls. 82-A a 84, onde após fazer um breve resumo da autuação, afirmou que os argumentos da defesa são meramente protelatórios, sem nenhum fundamento, além de não apresentar nenhum fato novo que justifique as irregularidades apontadas.

Ressalta que a fiscalização está respaldada nas normas tributárias pertinentes, na Constituição Federal, no CTN e na legislação do Simples Nacional, sendo que a defesa não apresentou nenhuma prova capaz de elidir as infrações, uma vez que não apontou de forma concreta, específica e objetiva qualquer erro, falha e/ou cálculo do levantamento fiscal, que resultou na apuração do ICMS, ora exigido.

Relata que a empresa foi indicada para ser fiscalizada em razão dos valores das vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito apresentarem divergências com as informações prestadas pelo contribuinte via PGDAS.

Explica que em 2014 as vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito somaram R\$ 743.180,23 enquanto as informações prestadas no PGDAS totalizaram R\$ 491.352,23, apontando uma divergência de R\$ 251.828,00, fls. 15 e 16, em 2015, a diferença foi de R\$ 352.217,25, fl. 22 e 23 e em 2017, a diferença importou em R\$ 480.113,39, fls. 30 e 31, totalizando nos três exercícios a diferença total de R\$ 1.084.158,64.

Quanto ao argumento referente a substituição tributária, informa que no sistema AUDIG são inseridas todas as informações fornecidas pela autuada e outras provenientes dos registros da SEFAZ, como notas fiscais de entradas e saídas, ICMS recolhido, declarações do PGDAS e registros das transferências eletrônica de fundos - TEF. Com estes dados é feito o cruzamento das informações através das notas fiscais de entradas pelo CFOP. Assim, o sistema determina a proporcionalidade entre o total das mercadorias e aquelas com substituição tributária, fls. 14, 22 e 30.

Afirma que a autuada desconhece o Regulamento do ICMS e a legislação do Simples Nacional, quando impugnou o presente lançamento, pois vinha ao longo do tempo cometendo irregularidades na esperança de jamais ser alcançada pela Fiscalização.

Solicita que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

Em 19 de junho de 2020, os membros da 2ª JJF, em sessão de pauta suplementar, decidiram converter o processo em diligência a INFAZ de origem para entregar a empresa autuada, mediante recibo, cópia do relatório TEF Diário, concedendo-lhe o prazo de sessenta dias para sobre eles se manifestar.

Às fls. 96, frente e verso, consta mensagem postada no DT-e em 09/08/2021, disponibilizando para a autuada a mídia - CD contendo gravado arquivo eletrônico do Relatório TEF Diário referente aos exercícios fiscalizados, concedendo-lhe o prazo de sessenta dias para manifestação, que não ocorreu.

Os autos foram devolvidos a este relator em 29/06/2023.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em epígrafe imputa ao sujeito passivo, contribuinte optante do Simples Nacional, o cometimento de duas infrações, conforme consta descrito na peça inaugural do processo, todas impugnadas.

A autuada é contribuinte do ICMS inscrito no Cadastro Estadual na atividade econômica de CNAE-Fiscal 5611-2/01 - Restaurantes e similares, que à época dos fatos geradores apurados se encontrava na condição cadastral de Microempresa.

A ciência da lavratura do Auto de Infração pelo contribuinte, com a correspondente intimação para quitar o débito ou apresentar defesa administrativa, ocorreu através Aviso de Recebimento dos Correios, em 09/10/2018, fls. 39 e 40.

Constato que o lançamento está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo o imposto, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, tendo a autuada exercido plenamente o direito de defesa e do contraditório, demonstrado total entendimento da acusação, de forma que o considero isento de mácula que possa contaminá-lo de nulidade.

No mérito, a acusação fiscal da infração 01, apurou recolhimento a menor do ICMS declarado referente ao Simples Nacional, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, nos períodos de março de 2014 a dezembro de 2016. A infração 02 decorreu da constatação de 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, nos períodos de janeiro de 2014 a dezembro de 2016.

Portanto, a primeira infração está relacionada com a segunda, pois a apuração da receita bruta foi inferior a receita efetivamente auferida pelo contribuinte em razão da omissão de saídas de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito. Assim, os demonstrativos de cada uma delas são compartilhados, assim como os documentos utilizados na elaboração dos demonstrativos também são comuns.

Na infração 02 foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito/débito e o valor informado pela administradora de cartões.

Trata-se de exigência de imposto com base na presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, com base no do art. 4º, § 4º, inc. VII da Lei nº 7.014/96:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: (...)

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar: (...)

VII - valores totais diários das operações ou prestações declaradas pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras.

Trata-se de exigência de imposto com base em uma presunção relativa, *iuris tantum*, e, portanto, poderia ser elidida pelo sujeito passivo, no entanto é necessário que sejam apresentadas as provas de que não cometeu a infração, para dar suporte as suas alegações e desconstituir a acusação.

As informações são prestadas pelas administradoras de cartão de crédito ou de débito, por força do que prevê o art. 35-A da Lei nº 7.014/96, acrescentado pela Lei nº 9.837/2005, com efeitos a partir de 01/01/2006, *in verbis*:

Art. 35-A. As administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

Ressalto que as informações prestadas pelas administradoras de cartões não são utilizadas para comparar o total das vendas realizadas pelo contribuinte, com o montante das operações realizadas por meio de cartões de crédito/débito, e sim, para o confronto entre o valor das vendas, de acordo com os documentos fiscais emitidos e os correspondentes valores das vendas realizadas com pagamento através dos cartões de crédito/débito, fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões.

A defesa argumentou contra a infração 02, que a imputação “*ocorreu por mero comparativo entre as vendas registradas no estabelecimento autuado e os informes das Administradoras de Cartões de Crédito e de Débito. Não houve confronto dos dados apurados pelo próprio fiscal onde em seu anexo 02 nas folhas 04 esta diferença supostamente levantada é inferior ao total de vendas sob regime de substituição tributária*”.

Em sede de informação fiscal, a autuante informou que “*a autuada foi indicada para ser fiscalizada, visto que suas vendas informadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito estavam com grande divergência nas declarações prestadas pela autuada no PGDAS...*”, tendo, através da aplicação do roteiro de auditoria, constatado e existência de diferenças entre os valores de vendas informados pelas administradoras de cartões e os informados pelo contribuinte em cada exercício fiscalizado, apurando o total das diferenças, no período fiscalizado, de R\$ 1.084.113,39, fls. 30 e 31.

A autuante, como dito em sua informação fiscal, utilizou para identificar a infração, o sistema AUDIG, ferramenta fiscal homologada pela SEFAZ, que observa os parâmetros estabelecidos na legislação específica do Simples Nacional, especialmente Lei Complementar nº 123/2006 e a Resolução CGSN 94/2011, vigente à época dos fatos geradores, onde foi aplicado o roteiro de auditoria específico com base nos dados provenientes de declarações do próprio contribuinte transmitidas através do PGDAS, dados de recolhimentos dos tributos, notas fiscais por ele emitidas e recebidas em confronto com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, cujos resultados estão expostos nos demonstrativos apensados aos autos fls. 14 a 37, que, portanto, atendem perfeitamente ao que determina a legislação vigente.

O demonstrativo *Apuração Mensal de Omissão de Saídas das Vendas com Cartão de Crédito/Débito*, foi confrontada o valor das vendas registradas nos documentos fiscais, declarados no PGDAS, com as informações fornecidas pelas administradoras referentes as Transferências Eletrônicas de Fundos – TEF, donde se apurou os valores omitidos da receita proveniente das vendas em cartão, sem emissão dos respectivos documentos fiscais, segregando as saídas de mercadorias com e sem substituição tributária.

A seguir, no demonstrativo *Apuração da Receita Total da Empresa*, foi levantado o valor da receita total auferida que corresponde ao somatório do valor declarado com o valor da omissão apurada, e posteriormente excluiu as vendas de mercadorias sujeitas a substituição tributária total do montante da receita, de modo a apurar a base de cálculo do ICMS devido.

Encontrada a base de cálculo do imposto, esta foi submetida as alíquotas previstas nos Anexos I a V da Lei Complementar nº 123/06, determinando o imposto devido que confrontado com o ICMS constantes nos extratos do Simples Nacional, calculou-se a diferença do valor do ICMS a recolher.

A autuada, quando não apresentou provas capazes de elidir a infração 02 e por consequência a 01, reservando-se a simplesmente negar o cometimento das infrações, autorizou se aplicar os artigos 141 a 143 do RPAF/99:

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

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.

Destarte considero caracterizadas as irregularidades apontadas no Auto de Infração.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **222829.0027/18-0**, lavrado contra **RESTAURANTE ESQUINA DO ALMIRANTE EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 38.685,15** acrescido da multa de 75%, prevista nos artigos 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/2006, art. 44, inc. I da Lei Federal nº 9.430/96 de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/2007 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de setembro de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR