

A. I. N° - 209205.0004/11-8
AUTUADO - O C BRANDÃO
AUTUANTE - MOISÉS DA SILVA SANTOS
ORIGEM - INFAZ SANTO AMARO
INTERNET 11.07.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0193-05/12

EMENTA: ICMS. 1. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES NACIONAL). a) CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 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, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96). O autuado não comprova a improcedência da presunção legal que embasa o lançamento de ofício. Infração caracterizada. b) PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Comprovado o recolhimento a menos do imposto devido na condição de empresa do Simples Nacional. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ENTRADA INTERESTADUAL MERCADORIA PARA COMERCIALIZAÇÃO. PAGAMENTO A MENOS. É devido o recolhimento do ICMS antecipação parcial nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização. Infração não elidida. Afastada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado, em 30/03/11, para exigir ICMS, no valor de R\$ 25.044,70, em razão dos seguintes fatos:

INFRAÇÃO 1. 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, nos meses de agosto/dezembro de 2008 e janeiro a dezembro de 2009. Foi lançado imposto no valor de R\$ 20.629,22, mais multa de 150%.

INFRAÇÃO 2. Efetuou recolhimento a menor de ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente à aquisição de mercadorias provenientes de fora do Estado, no mês de agosto de 2009. Foi lançado imposto no valor de R\$ 26,00, mais multa de 50%.

INFRAÇÃO 3. Deixou de recolher valores referentes 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 ICMS, devido a erro na

informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos, nos meses de agosto/dezembro de 2008; janeiro/dezembro de 2009. Foi lançado imposto no valor de R\$ 4.389,48, mais multa de 75%.

O autuado, por meio de advogado, apresenta defesa (fls. 308 a 315); alega a tempestividade de suas razões e que o Auto de Infração não observa requisito do art. 15, inciso II, alínea "a", RPAF BA, não havendo nos autos a localidade, a denominação e a sigla da repartição fiscal.

Aduz que a Administração Pública está vinculada à legalidade estrita e deve seguir apenas o que a Lei determina e o não atendimento ao dispositivo acima mencionado reclama pela nulidade do Auto de Infração. Diz que é entendimento pacífico da Súmula nº 473, STF.

Diz que também não foi atendida a prescrição do art. 39, RPAF BA, ao questionar o Auto de Infração que deveria conter a indicação da repartição fazendária onde o processo, aguardando pagamento ou defesa, o que também carece da declaração de nulidade. Afirma que o objetivo da norma de informar ao autuado em qual repartição deve dirigir-se para apresentar sua defesa, não foi atendido.

No mérito, argui que a autuação não deve prosperar, uma vez que o recolhimento foi realizado regularmente. Na primeira infração, as informações das administradoras de cartões foram tomadas como verdade absoluta, sem considerar a possibilidade de erros. Diz que a infração indica que bens não teriam sido registrados, contudo, os ativos foram escriturados.

Na infração 3, afirma que não houve omissão de recolhimento, tampouco aplicação de alíquota menor. Na infração 2, reitera que não cabe a aplicação da alíquota de 17% como quer o Fisco, mas 12% como impõe o art. 50, inciso II, RICMS BA.

Discorre sobre o efeito confiscatório da multa que incidiu sobre as infrações 1,2 e 3, pedindo que sejam canceladas ou revistas.

Finaliza, solicitando que sua defesa seja conhecida e o Auto de Infração anulado; requer a improcedência e a produção de provas em direito admitidas.

O preposto fiscal presta a informação, fls. 336 e 343, reiterando os termos das infrações, da defesa; contesta a alegação de nulidade com relação aos artigos 15, II e 39, VIII, RPAF BA. Diz que no caso das infrações 1 e 3 aplicou o previsto no art. 824-W, RICMS BA e que o art. 384 prevê a isenção do ICMS para microempresas optantes pelo Simples Nacional, cuja receita bruta acumulada não ultrapasse R\$ 144.000,00.

Explica que refez os cálculos considerando as vendas omitidas para comparar com os valores informados pelas administradoras dos cartões e encontrar o valor real de receita mensal. Diz que a partir da PGDAS (Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional), constatou que as saídas se referem à revenda de mercadorias, sem substituição tributária. Afirma que apurou a RBA nos 12 meses anteriores ao da apuração e, nos meses em que esse valor superou o limite de R\$ 144.000,00 apurou o ICMS devido, sendo aplicado o valor da receita normal do mês a alíquota correspondente, de acordo com o LC 123/06.

Diz que após os novos cálculos foram apuradas omissões de R\$ 207.062,64, entre os meses de abril a dezembro de 08 e R\$ 514.357,43, em 2009, culminando com a infração 3. Diz que na infração 2, o demonstrativo relaciona todas as notas fiscais objeto da antecipação parcial e que a alíquota de 17% é apenas a alíquota interna. Conclui com a manutenção da infração 2; reduz a infração 1 para R\$ 18.340,47 e a infração 3 para R\$ 4.536,50.

Membros da 5ª. JJF, em pauta suplementar, convertem o presente PAF em diligência para a entrega do relatório TEF por operações diárias e dos demonstrativos que alteraram a exigência, fl. 350.

Cumprida a diligência, o autuado requer parcelamento do débito, fl. 354; após a aprovação do pedido, o mesmo foi indeferido por falta de atendimento de requisitos previstos na Lei 8.047/01, acorde Termo de Indeferimento, fl. 360.

Cientificado o contribuinte do indeferimento do parcelamento, optou por não se pronunciar.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado, uma empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL – foi acusado de ter omitido operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido a irregularidade presumida por meio de levantamento das vendas pagas por meio de cartão de crédito e/ou débito (infração 1), ter efetuado recolhimento a menos ICMS antecipação parcial (infração 2), ter deixado de recolher valores referentes ao SIMPLES NACIONAL, em razão de erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos (infração 3).

Preliminarmente, o autuado suscita a nulidade do Auto de Infração, sob a tese de inobservância de requisitos dos artigos 15, II, alínea “a” e 39, RPAF BA, previsão de que deve constar na lavratura dos atos e termos processuais, a localidade e a denominação ou sigla da repartição fiscal.

Verifico presentes, no Processo Administrativo Fiscal em tela, os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos fiscais reclamados, estando o lançamento de ofício em acordo com o estabelecido nos termos dos artigos 39, RPAF BA (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), 142 do CTN (Código Tributário Nacional) ou súmula 473, STF. Inexiste qualquer equívoco na indicação dos dados da lavratura do Auto de Infração, inclusive, a repartição fazendária que vincula o autuado e o preposto fiscal, responsável pelo feito.

Tampouco houve qualquer dano ao direito à ampla defesa do contribuinte pela alegação de ofensa ao artigo 15, II, alínea “a”, RPAF BA, uma vez que ao sujeito passivo foi e está sendo oportunizada a possibilidade de respostas às infrações apuradas com a utilização de todos os meios de defesa admitidos no direito, de forma que o autuado pode contraditar com conhecimento de todos os atos processuais com as alegações que entendeu pertinentes e com os elementos de prova de que dispunha em favor das suas teses. No momento em que os autos careceram de esclarecimento foi designada diligência, em satisfação ao devido processo legal.

Rejeitado, pois, o pedido de nulidade arguida pelo autuado.

As exigências fiscais contidas no presente Auto de Infração estão respaldadas na legislação tributária vigente, especialmente na Lei Complementar nº 123/06, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, e na Resolução nº 30 do Conselho Gestor do Simples Nacional (CGSN), que dispõem sobre os procedimentos de fiscalização e lançamento referentes às empresas enquadradas no Regime do Simples Nacional.

No que se refere à primeira infração, omissão de saídas, presumida pela diferença apurada entre as informações manejadas pelas administradoras de cartões de crédito e as vendas informadas pelo estabelecimento autuado, a arguição defensiva é que as informações das instituições de cartões foram tomadas como verdade absoluta, sem considerar a possibilidade de erros.

O direito não assiste ao defendente. Nos termos da Lei nº 7.014/96 (artigo 4º, § 4º) 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, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Todas as operações efetuadas pelo autuado, com recebimento através de cartões de crédito e de débito foram informadas no Relatório Diário de Operações TEF que, apesar das cópias acostadas aos autos, fls. 09/234, foi designada diligência para a entrega do aludido relatório, consoante recibo firmado por preposto do estabelecimento autuado, fl. 352. Providência com objetivo de municiar o autuado na sua manifestação sobre cada operação informada pelas instituições administradora dos cartões e que não constavam das declarações de vendas informadas pelo autuado.

A opção pelo Simples Nacional por parte do contribuinte implica na vinculação ao Regime Especial Unificado de Arrecadação, conforme constante nos artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 123/06, cuja forma de arrecadação está prevista no art. 18 e §§, cujo pressuposto básico para determinação da base de cálculo e alíquota é a “receita bruta”.

Apesar de o impugnante não protestar no que se refere ao valor da exigência fiscal, apurada através dos vários demonstrativos acostados aos autos, além da sua entrega ao próprio autuado, observo que os valores das receitas foram retirados dos Extratos do Simples Nacional declarados à Receita Federal, cópias às fls. 278 e 281, respectivamente, para os exercícios de 2008 e 2009. A omissão de receita foi apurada a partir do confronto das notas fiscais / cupons fiscais (fl. 236/276) em correspondência de valor e data com os boletos de cartão de crédito / débito, discriminados no relatório TEF.

Nessa senda, restou apurada a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, através da vasta documentação apensada no PAF, fls. 278/298, considerando que o autuado ofereceu à tributação valores menores que os informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito, por meio de documentos fiscais que comprovam as vendas com pagamento na modalidade em cartão de crédito ou de débito, implicando R\$ 4.421,08, no exercício 2008 (fl. 296) e R\$ 17.208,44, no exercício 2009 (fl.298), que totaliza R\$ 21.629,22. Ocorre que durante a Informação Fiscal percebeu o autuante que em função do início da atividade do contribuinte, em abril de 2008, houve alteração no valor da receita bruta, o que também modifica a apuração da omissão, supra relatada, conforme consta de demonstrativos de fls. 342/343.

A exigência tributária resta, pois, modificada para R\$ 18.340,47 (infração 1) e R\$ 4.536,50 (infração 3), em conformidade com demonstrativo de fls. 340/341. Cabível observar que a terceira infração recolhimento a menos de ICMS contido no SIMPLES NACIONAL, é função direta da omissão de vendas apurada através de cartões de crédito, na primeira infração.

Cabível esclarecer que em novembro 2009, com relação à infração 1, o contribuinte declarou vendas de R\$ 9.135,75 (PGDAS), mas foi apurada uma diferença, inicial de R\$ 53.353,60 (cartões de crédito/débito) que, aplicada a alíquota cabível para o ICMS no SIMPLES NACIONAL (0,0284) implicou, inicialmente, ICMS R\$ 1.515,24, conforme consta no demonstrativo fiscal de fl. 298. Ocorre que, por equívoco do preposto fiscal, exigiu-se o valor de R\$515,24.

Na alteração retro-mencionada procedida pelo Agente de Tributos, responsável pela ação fiscal, durante a sua Informação Fiscal, a diferença apontada, em novembro de 2009, foi de R\$ 44.729,15 (cartões de crédito/débito) que, aplicada a alíquota cabível para o ICMS no SIMPLES NACIONAL (2,87%) implica ICMS R\$ 1.283,73, conforme consta no demonstrativo fiscal de fl. 343, valor que deve prevalecer para o mês de novembro 09. Entendemos que não se trata de agravamento da infração, uma vez que o valor apurado anteriormente era de R\$ 1.515,24, conforme os demonstrativos anexados aos autos, apenas transcrito para a peça inicial com o valor equivocado de R\$ 515,24. Como o valor exato e procedente da infração, naquele mês, importa R\$ 1.283,73, entendemos que se trata na realidade de redução da exigência. Considere-se, ainda, que tais valores e respectivos demonstrativos foram encaminhados, através de diligência fiscal, para o autuado com abertura do prazo de 30 dias para defesa, que optou por não se pronunciar.

Posto isso, restam caracterizadas as infrações 1 e 3, respectivamente, nos valores de R\$ 18.340,47 (fl. 343) e R\$ 4.389,48. Devendo a autoridade fazendária local envidar esforço para exigir a diferença verificada entre o valor inicialmente exigido na infração 3 e o valor encontrado, após as modificações procedidas no curso da ação fiscal, que a alterou para R\$ 4.536,50.

Na infração 2, a exigência é pelo recolhimento a menor de ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 26,00, referente à aquisição de mercadorias provenientes de fora do Estado, em agosto de 2009.

O preposto fiscal relacionou no demonstrativo de fl. 300, notas fiscais que demandaram a exigência. A arguição do autuado é que não cabe a aplicação da alíquota de 17% como quer o Fisco, mas 12% (art. 50, inciso II, RICMS BA).

Presentes nos autos, fls. 302/306, cópias das notas fiscais de aquisição das mercadorias, o DAE de pagamento parcial do imposto. O preposto do Fisco laborou corretamente, restando caracterizado o pagamento a menos do ICMS antecipação parcial, conforme estabelece o art. 352-A, RICMS, no valor de R\$ 26,00.

Em face do acima exposto, a Infração 1 é subsistente em parte, 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, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, o que não foi feito.

Assim, também na infração 2 restou provado o recolhimento a menos da antecipação parcial. A infração 3, igualmente, resta caracterizada em consequência da primeira infração, uma vez que os demonstrativos acostados ao processo comprovam a ocorrência de pagamento a menos do imposto devido na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional.

Por fim, alega o sujeito passivo o efeito confiscatório presente nas multas aplicadas para as infrações em tela. Novamente, não tem razão o impugnante, uma vez que as multas aplicadas para os contribuintes que cometem infração no âmbito do SIMPLES NACIONAL encontram previsão na própria LC 123/06, além da Lei Federal nº 9.430/96; com relação, contudo, à multa de 50% indicada pelo Agente de Tributos Estaduais, responsável pela autuação, não pode prevalecer, tendo em vista que a falta de recolhimento tempestivo do ICMS antecipação parcial reclama a imposição da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, Lei nº 7.014/96 (redação da Lei nº 10.847, de 27/11/2007).

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **209205.0004/11-8**, lavrado contra **O C BRANDÃO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$22.755,95**, acrescido das multas de 150% sobre R\$18.340,47, 75% sobre R\$4.389,48 e 60% sobre R\$26,00, previstas nos artigos 35 da LC nº 123/06; 44, I e §1º, da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07 e 42, II, “d”, Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de junho de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR