

**A. I. Nº** - 191792.0009/13-9  
**AUTUADO** - ALAQUA COMERCIAL DE ÁGUA E ALIMENTOS DE ALAGOINHAS LTDA. - ME  
**AUTUANTE** - ALEX GUIMARÃES DE ARAÚJO  
**ORIGEM** - INFAZ ALAGOINHAS  
**INTERNET** - 05.08.2014

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0145-04/14**

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Comprovada a omissão de receita, cujo imposto foi exigido mediante o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições – SIMPLES NACIONAL. Modificado o percentual da multa indicada nesse item do lançamento, que passa para 75% (art. 44, I, da Lei 9.430/96). **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Provado erro na informação da receita e alíquota aplicada a menor. Exigência subsistente. Afastadas as preliminares de nulidade e a solicitação de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26.12.13, exige ICMS, no valor de R\$ 58.520,31, imputando ao autuado as seguintes irregularidades:

1. Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos meses de abril a dezembro de 2010. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 52.388,10, mais multa de 150%.
2. Efetuou recolhimento a menos 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 falta de pagamento de parte do imposto, em virtude de erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos, nos meses de março e maio a dezembro de 2010. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 6.132,21, mais multa de 75%.

O autuado apresentou defesa (fls. 49/54) e, referindo-se à infração 1, afirma que apesar de ter havido um desencontro entre o valor informado pelas financeiras e o detectado na sua escrita fiscal, tal fato não gerou qualquer prejuízo ao Estado. Menciona que a mão de obra do local é de baixa qualificação, mas se houve equívoco jamais teve a intenção de não recolher tributo.

Ressalta que as mercadorias que comercializa são do ramo de alimentos e, portanto, a base de cálculo deve ser estabelecida na legislação própria em razão do princípio da estrita legalidade, respeitando, assim, os limites impostos pela lei em sentido estrito. Diz que, no caso concreto, o valor total das saídas deveria ser reduzido nos percentuais indicados no art. 265, quando referente a mercadorias isentas, e ter a base de cálculo reduzida na hipótese do art. 266, ambos do RICMS-BA/12. Conclui que o valor apurado pelo autuante, R\$ 52.388,10, não representa o montante do imposto, mas sim a diferença de faturamento detectada pela fiscalização.

Afirma que *“é certo que o contribuinte deve ter o tributo a recolher, mas se houver, precisa ser calculado na forma regulamentar, ou seja, com as isenções e as reduções da base de cálculo,*

*haja vista ter sido levantada uma diferença no volume de saídas e todas elas tidas como 100% tributáveis”.*

Diz que, além da redução de base de cálculo, “*outro fator, esse até muito mais relevante, não foi indicado na autuação, o SIMBAHIA*”. Explica que, no exercício fiscalizado, era optante pelo regime do SIMBAHIA e teve um faturamento anual, ainda que fosse somado à omissão apurada, inferior ao limite legal, tanto assim que não foi desenquadrado do referido regime. Menciona que, se uma empresa é tributada pelo regime do SIMBAHIA, incorrendo qualquer das hipóteses previstas no art. 406-A do RICMS-BA, o imposto apurado e não recolhido, em razão de suas operações, deve seguir o mesmo rito.

Transcreve o disposto no art. 387-A do RICMS-BA/97 e, em seguida, afirma que “*Trazida ao feito, planilha de demonstrativo, tendo por base os números indicados pela própria fiscalização, só que aplicado o direito do Contribuinte, ao contrário do que diz o Auto, não resta ICMS a recolher, nos valores ali pretendidos*”.

Ao finalizar, menciona que não cometeu qualquer ato fraudulento e diz que as infrações são de natureza meramente escritural. Requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Solicita a realização de diligência para comprovar a veracidade de seus argumentos.

O autuante presta a informação fiscal (fls. 66 a 69) e, após fazer uma síntese dos fatos, afirma que a omissão de operações de saídas pagas por meio de cartão de crédito e/ou débito traz efetivo prejuízo ao Estado, o qual deixa de recolher tributo com base no art. 18 da LC 123/06.

Explica que o regime do Simples Nacional não permite a redução de base de cálculo de nenhum produto comercializado. Diz que o fato gerador do imposto é a receita proveniente de comercialização de produtos e serviços prestados, não excluindo a incidência do ICMS devido por substituição tributária, conforme o art. 13, inc. XIII, da referida LC 123/06.

Ressalta que o trabalho foi realizado com base nos dados informados pelo autuado nas Declarações Anuais de Simples nacional (DASN), segundo as quais a totalidade das receitas auferidas no período de janeiro a novembro de 2010 era decorrente de operações sem substituição tributária, sendo que apenas no mês de dezembro de 2010 foi declarada a existência de uma parcela de operações com substituição tributária.

Menciona que toda a legislação do antigo SIMBAHIA foi revogada em 30 de junho de 2007, por meio da Alteração nº 64 do RICMS-BA/97. Frisa que o próprio autuado fez a opção pelo regime do Simples Nacional em 24 de março de 2009, passando, a partir dessa data, a seguir a legislação do Simples Nacional.

Ao finalizar, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

## **VOTO**

No presente Auto de Infração, o autuado foi acusado de, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional, ter deixado de recolher ICMS em razão de omissões de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento das vendas pagas por meio de cartão de crédito/débito (infração 1) e de ter recolhido a menos o citado imposto estadual em decorrência de erro na informação da receita e/ou alíquota (infração 2).

Inicialmente, indefiro a solicitação de diligência feita pelo autuado, pois os elementos já existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

No mérito, quanto à infração 1, o autuado afirma que o desencontro entre os valores informados pelas administradoras de cartão e os apurados na sua escrita fiscal não gerou prejuízo para o Estado. Esse argumento defensivo não procede, pois, ao deixar de registrar em sua escrita fiscal operações de saídas, o autuado deixou de recolher ICMS que deveria ter incidido sobre a parcela

que foi omitida. As alegações referentes à carência de mão de obra qualificada e à ausência de intenção de não recolher tributo não são capazes de elidir a infração, pois, nos termos do art. 136 do CTN, “a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”.

O autuado afirma que, na apuração do imposto, deveriam ter sido consideradas as operações com mercadorias isentas e com redução de base de cálculo.

Conforme explicado na informação fiscal, a base de cálculo para a determinação do valor devido mensalmente pelas microempresas ou empresas de pequeno porte optante pelo Simples Nacional será a receita bruta total mensal auferida (Regime de Competência) ou recebida (Regime de Caixa), conforme a opção feita pelo contribuinte. Na apuração dessa receita bruta são deduzidas apenas as devoluções de vendas, as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos e as operações com fase de tributação encerrada por substituição tributária. Não há, portanto, previsão legal para redução de base de cálculo ou exclusão de operação isenta na apuração do imposto devido.

As operações com fase de tributação encerrada por substituição tributária, informadas pelo autuado, foram consideradas na ação fiscal. É relevante observar que, segundo informado pelo autuado nas DASN, apenas no mês de dezembro de 2010 houve operações sujeitas ao regime de substituição tributária.

Em sua defesa, o autuado faz alusão ao regime do SIMBAHIA, porém esse argumento defensivo não pode prosperar, pois a legislação do SIMBAHIA foi revogada em 30 de junho de 2007, como foi explicado pelo autuante na informação fiscal. Considerando que o presente Auto de Infração é referente a fatos geradores ocorridos no exercício de 2010, não há como se falar em SIMBAHIA.

O autuado afirma que o valor apurado pelo autuante, R\$ 52.388,10, não representa o montante da base de cálculo do imposto, mas sim a diferença de faturamento detectada pela fiscalização.

Esse argumento defensivo não se sustenta, uma vez que os pagamentos informados pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito foram confrontados com as vendas declaradas pelo fiscalizado como pagas com cartão. Nos termos do art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, com a redação vigente à época dos fatos, a divergência entre as vendas informadas pelas administradoras de cartão e as vendas declaradas pelos contribuintes autoriza a presunção de omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, cabendo aos contribuintes comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Ressalto que a presunção utilizada pelo autuante para apurar a omissão de operações de saídas de mercadorias com base nas vendas por meio de cartão tem respaldo no artigo 34 da LC 123/06, o qual prevê que se aplicam às microempresas e às empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional “todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional”.

Com base nesses dispositivos legais citados acima, fica claro que a presunção utilizada pelo autuante tem amparo expresso na legislação, ficando, porém, ressalvado ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Os argumentos defensivos não se mostraram suficientes para elidir a presunção legal que embasou o levantamento das vendas pagas com cartão de crédito. Considerando que o autuado não trouxe ao processo qualquer prova ou argumento capaz de elidir as infrações, as quais estão devidamente comprovadas pelos demonstrativos e documentos acostados ao processo, as infrações 1 e 2 subsistem em sua totalidade.

Ressalto que, no entanto, o percentual de multa consignado na infração 1 carece de reparo, pois a penalidade de 150%, prevista no art. 44, I e §1º da Lei nº 9.430/96, não está corretamente aplicada, uma vez que não restou comprovada a existência de dolo, fraude ou conluio. Portanto, a multa

indicada na autuação passa para 75% (art. 44, I, Lei 9.430/96), já que não estamos diante de fato que atraia a aplicação da penalidade qualificada de 150% (art. 44, §1º da Lei nº 9.430/96).

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, modificando, porém, a multa aplicada na infração 1 para 75%.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **191792.0009/13-9**, lavrado contra **ALAUCA COMERCIAL DE ÁGUA E ALIMENTOS DE ALAGOINHAS LTDA. ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 58.520,31**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da LC nº 123/06, c/c o art. 44, I e § 1º da Lei nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA