

PROCESSO - A. I. Nº 210443.0006/13-6
RECORRENTE - SERAFERTIL COMÉRCIO VAREJISTA DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO –Acórdão 2ª JJF nº 0163-02/14
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 11/06/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0120-11/15

EMENTA: ICMS. 1. REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE-SIMPLES NACIONAL. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU ALÍQUOTA APLICADA A MENOS. NÃO RECOLHIMENTO DE PARTE DO ICMS. Provado o cometimento da infração. 2. VENDAS ATRAVÉS DE 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 tributadas sem pagamento do imposto devido. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/12/2013 para cobrar ICMS no valor de R\$120.559,14, em decorrência do suposto cometimento de 02 infrações, abaixo descritas:

INFRAÇÃO 01 – 17.02.01 – Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte-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. Valor histórico R\$116.004,47.

INFRAÇÃO 02 – 17.03.02 - 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. Valor histórico R\$4.554,67.

Consta na descrição dos fatos as seguintes informações:

Aplicação do roteiro de fiscalização TEF levantou que o contribuinte recolheu a menor o ICMS - Simples Nacional, anos 2009 e 2010, proveniente da informação, no PGDAS - Simples Nacional, de receita menor que a apurada na fiscalização e que realizou vendas de mercadorias tributadas através do cartão de crédito/débito sem emissão de nota fiscal, conforme comparação feita através das informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartão de crédito/débito e notas fiscais/reduções Z emitidos pelo contribuinte.

Foram apresentadas Defesa tempestiva as fls. 32 a 52 pugnando pela nulidade e improcedência das infrações, bem como a respectiva Informação Fiscal pela Autuante, às fls. 59 e 63, rebatendo as justificativas defensivas, expondo o entendimento da procedência total do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a novo julgamento pela 2ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela Procedência das exigências fiscais, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir ICMS em decorrência de 02 duas infrações que se encontram relacionadas. Na segunda infração, é imputado ao autuado ter omitido saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e de cartão de crédito. Na primeira, é decorrente de ter deixado de recolher valores referentes ao Regime Especial Unificado de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte-Simples Nacional, implicando em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos.

Portanto, não resta dúvida que a infração 01 é decorrente da infração 02, razão pela qual o exame da questão será feito conjuntamente.

Em relação a arguição de inconstitucionalidade, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Não acolho as preliminares de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Observo que o autuado recebeu cópia do Demonstrativo de Débito, fls. 04 a 06, 16 a 29 e Cd à folhas 15 dos autos, constando, detalhadamente, a indicação da infração, Data da Ocorrência, Data de Vencimento, Base de Cálculo, Alíquota, o Débito, o Percentual da Multa aplicada, Acréscimos Monetária, o Valor da Multa, o Total de cada parcela, os Valores Sujeitos a Redução, Apuração da Divergência das Vendas com Cartão de Crédito (TEF), Cálculo da Receita Apurada, Receita Parcial Identificada Pelos Documentos Emitidos, Identificação da Receita Real Incluindo Omissões Apuradas – Anexo 2-A, Apuração da Base de Cálculo ICMS - Anexo 2-B e Análise ICMS do Simples Nacional a Reclamar, todos entregues ao contribuinte, além do Relatórios Diários de Operações TEF, conforme recibo firmado à folha 14 dos autos.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

No mérito, observo que, no roteiro de cartão de crédito, o levantamento realizado compara os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito e/ou débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão do art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96, com redação dada pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02.

Trata-se de uma presunção “juris tantum”, ou seja, admite prova contrária, portanto, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção, indicando quais operações foram pagas com cartão de crédito e/ou débito, sendo os cupons fiscais emitidos como se os pagamentos fossem em dinheiro ou quais as notas fiscais série D-1 teriam sido pagas com cartão ou qualquer outro fato capaz de elidir a presunção. Entretanto, o contribuinte, apesar de receber o Relatório Diário Operações TEF, tendo o prazo de defesa reaberto em 30 (trinta) dias, não indicou quais seriam essas operações.

Caberia ao autuado ter elaborado um demonstrativo cotejando as operações informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito com os documentos fiscais emitidos para acobertá-las, resumindo-os mensalmente, no período objeto da autuação. Assim, sendo presunção legal relativa, ou seja, admite prova em contrário do sujeito passivo, compete ao autuado o ônus de elidi-la. Ônus do qual, como visto, não se desincumbiu o impugnante. Aplicando-se, assim, o disposto nos art. 142 e 143 do RPAF/BA, abaixo reproduzidos:

“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.”

Em relação ao argumento defensivo de que comercializa com produtos isentos, cabe destacar que a Lei Complementar nº 123/06, que instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte, denominado Simples Nacional, estabelece expressamente, no art. 24, abaixo reproduzido, que as microempresas e as empresas de pequeno porte inscritas neste regime, não poderão utilizar ou destinar qualquer valor a título de incentivo fiscal:

Art. 24. As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não poderão utilizar ou destinar qualquer valor a título de incentivo fiscal.

No mesmo sentido, no âmbito da legislação estadual, esta vedação se encontra inserida no RICMS/97, art. 385, in verbis:

Art. 385. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos fiscais relativos ao ICMS, bem como não poderão utilizar qualquer valor a título de incentivo fiscal.

Da inteligência dos dispositivos acima transcritos, ao optar pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições fica o contribuinte impedido de utilizar simultaneamente qualquer benefício ou desoneração tributária.

É importante salientar que a adesão ao Simples Nacional é facultativa e não obrigatória. Cabendo ao contribuinte, ao fazer sua opção pelo Regime Simplificado, proceder a uma análise sobre a conveniência, ou não de aderir ao regime, já que, sendo a preponderância de suas operações isentas, caberia uma avaliação comparando a repercussão da adoção de Regime Normal de Apuração.

O referido regime é específico de apuração simplificada com base na Receita Bruta auferida pelo optante, que serve de parâmetro para o cálculo de vários impostos, contribuições fiscais e previdenciárias.

A apuração alíquotas e base cálculo pelo regime do Simples Nacional é definido pelo o art. 18 e dos §§ 1º e 4º, itens I a V da Lei Complementar nº 123/06, in verbis:

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I desta Lei Complementar.

§ 1º Para efeito de determinação da alíquota, o sujeito passivo utilizará a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao do período de apuração.

[...]

§ 4º O contribuinte deverá considerar, destacadamente, para fim de pagamento:

I - as receitas decorrentes da revenda de mercadorias;

II - as receitas decorrentes da venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte;

III - as receitas decorrentes da prestação de serviços, bem como a de locação de bens móveis;

IV - as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária e tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), bem como, em relação ao ICMS, antecipação tributária com encerramento de tributação;

V - as receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou da sociedade de propósito específico prevista no art. 56 desta Lei Complementar.

Portanto, a apuração da base de cálculo depende da Receita Bruta auferida, conforme análise dos dispositivos acima, não resta dúvida alguma de que inexistia previsão para redução ou eliminação parcial da receita de vendas de mercadorias. O art. 18 da Lei Complementar nº 123/06, bem como o art. 3º, § 9º da Resolução nº 31/08 só autorizam a segregação das receitas oriundas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Logo, o contribuinte optante do Simples Nacional, por falta de previsão legal, não pode excluir da receita bruta decorrente da revenda de mercadorias qualquer valor, mesmo se tratando de mercadorias amparadas por isenção, uma vez que o sistema de apuração do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições é exclusivo e não contempla a exclusão de qualquer mecanismo ou instituto tributário.

Esse mesmo entendimento foi manifestado pela 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, mediante ACÓRDÃO C/JF nº 0255-13/13, conforme Ementa abaixo transcrita:

*3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO C/JF Nº 0255-13/13*

EMENTA: ICMS. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Os contribuintes inscritos no Simples Nacional não podem realizar operações amparadas por isenção ou por quaisquer outros benefícios fiscais. As receitas auferidas nas operações com produtos horti-fruti-granjeiros deverão integrar a receita bruta mensal do estabelecimento para fins de recolhimento mensal do imposto. Lei Complementar nº 123/06, art. 24 e RICMS-BA/97, art. 385. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime. Grifei.

De igual modo, este entendimento encontra-se firmado em Parecer /DITRI nº 05931/2009, que em resposta a consulta sobre matéria semelhante, informa que a comercialização de mercadorias com esse tipo de benefício fiscal, não serão desoneradas do imposto, devendo as receitas relativas a estas saídas, integrarem a receita bruta mensal auferida pelo estabelecimento, para fins de recolhimento do Simples Nacional.

Logo, as infrações 01 e 02 são procedentes.

No tocante a multa aplicada, em relação a infração 02, o CONSEF firmou o entendimento que deve ser de 75%, conforme prevê o art. 44, I, da Lei federal nº 9.430/96, pelo que fica corrigida.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a decisão, a empresa interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 113 a 130, objetivando a revisão do julgamento, repisando os argumentos já exposto em sede de defesa.

Inicia seu arrazoado arguindo que, em relação à infração 1, a acusação formulada no auto de infração não guarda correspondência com os mapas elaborados, de modo a detalhar a acusação com clareza e sem qualquer dúvida. Ao contrário, optou o auditor por instalar a confusão e a dúvida, a dificultar a defesa do autuado, pois os argumentos da acusação encontram-se desprovidos de fundamentação, nada esclarece, nada detalha, estando desprovido de informações complementares, porque não contempla no texto o erro a que alude.

Alega que se trata de empresa do ramo de Comércio Varejista de Produtos “Agropecuário”, como tal isenta do ICMS força do artigo 14 do Regulamento do ICMS-BA, cujas informações da receita apurada foram efetivadas de acordo com a norma legal, ficando a defendente desprovida de qualquer elemento no auto de infração que contrariasse tal procedimento, se é que existe fato motivador para a infração em comento.

Diz que da narrativa dos fatos aflora sua nulidade, na medida em que o auditor não deixa clara a suposta infração cometida, confundindo o defendente e dificultando sua defesa, citando o artigo 5º, LV, da Constituição Federal, transcrevendo doutrina sobre o tema.

Argumenta que, de outra banda, a narrativa do fato motivador do ilícito veio acompanhada de dúvida, em dissonância com a capitulação legal do fato, ou seja, o artigo 21, I da Lei Complementar nº 123/06, por isso mesmo que beneficia o autor, porque no direito tributário pátrio as dúvidas devem ser dirimidas sempre a favor do contribuinte e não do fisco (*in dubio pro contribuinte*), a teor do comando gravado no artigo 112, I a IV, do CTN (Lei Complementar nº 5.172/66). Cita doutrina sobre o tema.

Reitera que deve o item em comento ser declarado totalmente nulo, porque não aponta com clareza e certeza a suposta acusação, imperando a dúvida na acusação, a dificultar a defesa do autor.

Quanto à infração 02, aduz que, assim como na primeira acusação, a improcedência do suposto ilícito acima deve ser decretada por esse Conselho de Fazenda.

Sustenta que os dispositivos indicados no Auto de Infração afrontam os artigos 5º, LV e 155, II, da Constituição Federal; o artigo 1º, do Decreto-Lei nº 406/68; e a Lei Complementar nº 87/96.

Ressalta que os diplomas acima, como principais reguladores do ICMS, não contemplam a figura da “PRESUNÇÃO FISCAL PELA VENDA COM CARTÃO DE CRÉDITO” como fato gerador do ICMS, especialmente os dispositivos constitucionais.

Aduz que o fato gerador do ICMS sempre foi e continua sendo a circulação econômica ou jurídica da mercadoria. Na circulação econômica, vislumbra-se um negócio jurídico consistente na venda, troca, escambo de mercadorias; já na circulação jurídica ocorre uma situação de transferência de um para outro estabelecimento da mesma empresa.

Salienta que a definição de fato gerador do ICMS também está regulada na Lei Complementar nº 87/96, em seu artigo 2º, I, II, III, IV, V, par. 1º, I, II, III e parágrafo 2º, criada por previsão constitucional, como descrito acima. Nenhum dos dispositivos acima da supradita Lei

Complementar nº 87/96 incluiu o CARTÃO DE CRÉDITO como fato gerador de ICMS, nem podia, posto que, em assim o fazendo, o legislador complementar estaria contrariando a descrição de fato gerador previsto na própria constituição Federal, citando doutrina para embasar sua alegação.

Destaca que os dados colhidos pelo fisco perante as administradoras, admitindo-se, o que não é o caso, repita-se, deveriam vir discriminando os valores dos juros incidentes nos cartões, assim como o valor do cartão de débito e crédito, o que inocorreu, fulminando de nulidade a acusação.

Afirma que a mera presunção não pode ser objeto de lavratura do auto de infração se não for provada e materializada.

Entende que o auto de infração lavrado com base em presunção fiscal, a exigir do contribuinte a apresentação de prova de fato negativo é nulo de pleno direito e ato nulo não gera direitos porque ninguém os adquire contra a lei.

Ao final, requer a improcedência do Auto de Infração.

No Parecer de fls. 140 a 142 a d. procuradora Maria José, após breve resumo dos fatos, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Em sua manifestação, a n. Procuradora fala que as infrações são absolutamente claras e devidamente tipificadas, estando alicerçadas nos demonstrativos fiscais às fls. 04 e 06 e 16 a 29, nas cópias das reduções “Z” e nos relatórios TEF. Assim, entende que foram preenchidos todos os requisitos descritos no artigo 39 do RPAF/BA.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade, diz que a mesma deve ser rechaçada *“posto que o lançamento tributário está amparado em norma constitucional (art. 155, inc. II, da Constituição Federal) e na lei do ICMS”*.

No mérito, alega que o autuante descreveu com perfeição os fatos geradores e a legislação tributária aplicável ao caso, afirmando que o débito tributário fora apurado através de levantamento comparativo dos valores fornecidos pela instituição financeira e administradoras de cartão de crédito, com as saídas declaradas pelo Contribuinte como vendas realizadas por cartão de crédito ou débito, presumindo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido.

Fala que, diante da acusação, o Recorrente *“não logrou êxito em elidir a presunção ‘juris tantum’ de operações não registradas”*. Fala que caberia ao contribuinte *“elaborar um demonstrativo cotejando as operações informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito com os documentos fiscais emitidos para acobertá-las”*.

Quanto ao argumento de comercializa produtos isentos, assevera que a Lei Complementar nº 123/06 estabelece expressamente, no art. 24, que as microempresas e as empresas de pequeno porte, inscritas neste regime, *“não poderão utilizar ou destinar qualquer valor a título de incentivo fiscal”*.

Ademais, realça que a adesão do SIMPLES NACIONAL não é obrigatória e sim facultativa, sendo que, por falta de previsão legal, o Contribuinte não pode excluir da receita bruta revendas de mercadoria de qualquer valor, mesmo tratando de mercadorias isentas, *“uma vez que o sistema de apuração do Regime Especial Unificado de Apuração de tributos e Contribuições é exclusivo e não contempla a exclusão de qualquer mecanismo ou instituto tributário”*.

Ao final, opina novamente pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de nulidade)

Temos sob análise Recurso Voluntário contra a decisão da 2ª JJF que julgou procedente o lançamento fiscal composto de duas infrações, das quais, a primeira, referente a recolhimento a menor de ICMS devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, no regime do

SIMPLES NACIONAL, e a segunda, por omissão de saídas de mercadorias tributadas, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Em sede de questões preliminares, foi ventilado pelo Recorrente que o Auto de Infração deveria ser considerado nulo por cerceamento ao direito de defesa, uma vez que o lançamento fiscal não teria sido suficientemente claro em apontar as operações que formaram a base de cálculo das infrações por falta de ICMS e, por conseguinte, os métodos de apuração realizados pela fiscalização, prejudicando a sua ampla defesa, o que incidiria em desrespeito ao quanto disposto no artigo 2º e no inciso III do art. 39, ambos do RPAF/BA, abaixo transcritos:

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

(...)

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

(...)

III - a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta;

É de notória sabença, que todo Auto de Infração lançado pela fiscalização deverá ser claro, preciso e sucinto para que haja a compreensão pelo sujeito passivo daquilo que está sendo acusado.

Compulsando os autos, creio que não estão presentes tais requisitos fundamentais para que sejam garantidas a ampla defesa e o pleno contraditório. Muito pelo contrário. Os relatórios e demonstrativos que dão ensejo a este Auto de infração, processados por um programa de computador específico chamado AUDIG, são confusos e nada explicativos, os que tornam incompatíveis com as normas Regulamentares do Procedimento Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, em consonância com as normas acima explicitadas.

Sendo assim, torna-se impossível contestar os números e fatos por ele apurados (Relatórios AUDIG).

Diante da situação trazida nos autos, não vejo, em nenhuma hipótese, como dizer ao contribuinte, um micro empresário, que tais demonstrativos são concisos, claros e precisos.

Não é porque o Simples Nacional contemple uma cesta de tributos, que o Ente tributante tem a permissão de se furtar a clareza e precisão na demonstração de quanto se deve de ICMS e, não menos importante, o porquê se deve.

Não é devido à natureza desta cesta de tributos imiscuída no Simples Nacional que há a permissão do Fisco em elaborar demonstrativos absurdamente confusos e montar explicações que não se coadunam com o espírito do Regime de Tributação especial. Desta forma, entendo que o presente Auto de Infração, nem de longe, concretiza o quanto expresso no art. 1º da LC 123/06, bem como no art. 170, XI da nossa CF, referente ao tratamento diferenciado e favorecido previsto para as Microempresas.

Assim, com a evidente complexidade dos cálculos que embasam a autuação e a indubitável impossibilidade fática de um microempresário averiguar os critérios de apuração do imposto, mês a mês, entendo que o presente Auto de Infração, da maneira com este se processa, é nulo por não observar os requisitos de clareza e precisão previstos no art. 39, III, do RPAF/BA.

Por tudo quanto acima alinhavado, considero as infrações 1 e 2 nulas.

Entretanto, por força do quanto disposto no parágrafo único do art. 154 do RPAF/BA, sendo vencido neste colegiado quanto a questão de nulidade acima debatida, passo para a análise do mérito do Auto de Infração.

A infração 2 cobra a omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumida por meio de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado pela

administrados de cartões, com base no art. 18 e 26, I da LC 123/06, c/c o art. 4º, §4º da Lei Estadual nº 7.014/96 e a infração 1 é referente a falta de recolhimento de valores referentes ao Regime Especial Unificado de Tributos devidos pela Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, implicando no não recolhimento de parte do ICMS devido, com base no art. 21 da LC 123/06.

Vejo que as infrações estão conectadas, pois, como bem mencionou o julgamento de piso, o motivo fático de ambos os lançamentos é o mesmo, ou seja, uma vez constatada a omissão de saídas de mercadorias (infração 2), com base na presunção legal perquirida através de levantamento de vendas, foi lançada infração quanto ao recolhimento a menor do ICMS contido no SIMPLES NACIONAL (infração 1), por falta da correta apuração de receita ou faturamento.

A princípio, não afastada a omissão de saídas pelo contribuinte, entendo que, por consequência, houve a tributação a menor dentro da complicada aplicação do regime jurídico do SIMPLES NACIONAL.

Devido ao um aumento da receita apurada nos últimos 12 meses pela fiscalização, com a constatação da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, houve uma alteração dos percentuais e alíquotas aplicadas sobre o ICMS incidente neste regime de tributação especial que foi demonstrado de forma emaranhada nos demonstrativos fiscais ora colacionados.

Vejo que o Recorrente não logrou êxito em elidir as acusações levantadas contra si, uma vez que, não houve a devida comprovação de que os valores informados pelo próprio contribuinte a SEFAZ como vendas através de cartão de crédito ou débito não eram inferiores aos informados pelas administradoras de cartão, ou seja, não apontou qualquer falha nos demonstrativos fiscais quanto a omissão de receita/faturamento apontada.

Dessa forma, com na há nos autos nenhuma prova que indique a incorreção dos valores lançados pelos Autuantes, mas tão somente uma negativa genérica de não cometimento das exações, devo aplicar o quanto disposto no art. 143 do RPAF, a seguir transcrito:

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Quanto aos demonstrativos de cálculos do SIMPLES NACIONAL, já expressamos que são de difícil compreensão por se tratar de uma reunião de tributos a serem calculados e cobrados de uma vez só. Já foi explicitado na decisão de piso que os demonstrativos são gerados através de um programa de computador específico, pois é a “única” maneira de se encontrar os valores perquiridos ante a complexidade do regime do SIMPLES NACIONAL.

Segundo consta, trata-se de uma tentativa de se simplificar o que por sua natureza é extremamente complexo, já que temos um emaranhado de normas regulamentando vários impostos de todos os entes da Federação, mas que são cobrados em uma única guia de recolhimento.

Também devo explicitar que a constituição da base de cálculo da omissão lançada no item 02 é baseada numa presunção legal, prevista no art. 4º, §4º, VI, 'b' da Lei nº 7.014/96 do Estado da Bahia, cabendo ao Contribuinte elidi-la com a apresentação de documentos fiscais suportando as operações ou com a comprovação de situações atípicas, o que, repito, não foi feito.

Desta forma, julgo procedentes as infrações 1 e 2.

Por fim, impende esclarecer que a adesão ao Simples Nacional é facultativa e não compulsória, constituindo-se em submissão a um regime específico de apuração simplificado com base na Receita Bruta auferida pelo optante que serve de parâmetro unificado para o cálculo de vários impostos, contribuições fiscais e previdenciárias.

A Lei Complementar nº 123/06, que instituiu o Simples Nacional em seu art. 24, estabelece a vedação da utilização de qualquer valor a título de incentivo fiscal, ou seja, fica o contribuinte impedido de utilizar simultaneamente qualquer outro benefício ou desoneração tributária.

Ademais, como a apuração da base de cálculo no Simples Nacional depende da Receita Bruta auferida, da análise do art. 18 e dos §§ 1º e 4º, itens I a V da Lei Complementar nº 123/06, que trata das Alíquotas e Base Cálculo, não há previsão para redução ou eliminação parcial da receita de vendas de mercadorias.

Assim, o contribuinte, ao fazer sua opção pelo Regime Simplificado, deve antes proceder a uma análise sobre a conveniência, ou não de aderir ao Simples Nacional, já que, sendo a preponderância de suas operações isentas, caberia uma avaliação comparativa entre o sistema do SIMPLES NACIONAL e o Regime Normal de Apuração do ICMS.

Diante do todo exposto, por força do art. 155, parágrafo único do RPAF/BA, julgo PROCEDENTE as infrações 1 e 2, para NÃO PROVER o Recurso Voluntário interposto.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de nulidade)

Data maxima venia, divirjo do entendimento do nobre Conselheiro Relator quanto à validade do lançamento de ofício, embora o acompanhe quanto ao Não Provimento do Recurso Voluntário quanto ao mérito.

Observo que estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se quanto ao mérito neste processo.

Vê-se no texto do apelo recursal que o contribuinte não questiona de forma específica nem formato, nem dados, dos demonstrativos fiscais acostados às fls. 16 a 29 dos autos, dos quais recebeu cópia.

Em verdade, no recurso que interpõe o contribuinte questiona o teor de normas atinentes ao regime denominado Simples nacional mas, tal como já exposto inclusive no Parecer da PGE/PROFIS neste processo, as regras referentes à forma de apuração da base de cálculo do ICMS incluído na denominada "cesta de tributos" dos contribuintes que escolhem inscrever-se neste sistema de tributação, estão previstas na Lei Complementar nº 123/2006, com a qual coaduna-se a Lei estadual baiana nº 7.014/96. Portanto, tratando-se de Lei complementar Federal, e de Lei Ordinária estadual, não cabe a este Contencioso apreciar se afrontariam ou não, a Constituição da República.

Por outro lado, verifico que nos demonstrativos fiscais que mencionei, de fls. 16 a 29, o Fisco discrimina detalhadamente os dados relativos às operações do contribuinte, que não foram contestados. Assim, nesses demonstrativos fiscais constam, de forma totalizada, os valores mensais informados a esta SEFAZ pelas administradoras de cartões de crédito/débito; os valores mensais que constam nos cupons fiscais e nas notas fiscais emitidos pelo autuado; as divergências mensalmente apuradas, referentes a esses valores; o cálculo mensal da proporção entre operações com mercadorias tributadas pelo regime normal de apuração e os valores relativos a operações com mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária; a aplicação do teor da Instrução Normativa nº 56/2007, em favor do contribuinte. Após tais discriminações de valores mensais o Fisco, utilizando como base de cálculo os montantes das diferenças mensais encontradas, foi cobrado o imposto lançado na Infração 02.

Em relação à Infração 1, o Fisco acresceu, aos valores declarados pelo contribuinte nas DASNs emitidas, os montantes apurados como receitas não declaradas. Como decorrência de tal soma, a base de cálculo do imposto devido pelo regime Simples Nacional restou corrigida para mais, com o que foram alcançadas alíquotas maiores do que aquelas originalmente utilizadas pelo

contribuinte para o recolhimento do imposto, e a partir da aplicação das alíquotas corretas sobre as base de cálculos também apuradas no levantamento fiscal, o Fisco cobrou o imposto lançado na Infração 1.

Resta clara a forma de apuração do tributo lançado.

Por conseguinte, voto pelo não acolhimento da pretensão do contribuinte em relação à nulidade suscitada.

Quanto ao mérito, acompanho o voto do ilustre Relator, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto à preliminar de nulidade e, por unanimidade em relação ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210.443.0006/13-6**, lavrado contra **SERAFERTIL COMÉRCIO VAREJISTA DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$120.559,14**, acrescido da multa de 75%, prevista no arts. 35, LC 123/06 e 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de nulidade) – Conselheiros(as): Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva, Raísa Catarina Oliveira Alves Fernandes, Eduardo Ramos de Santana, Rosany Nunes de Mello Nascimento e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Preliminar de nulidade) – Conselheiros(as): Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de maio de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Preliminar de nulidade)

OSMIRA FREIRE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - VOTO VENCEDOR
(Preliminar de nulidade)

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS