

A. I. Nº - 212145.0003/11-6
AUTUADO - LUCINALDA BORGES DA SILVA
AUTUANTE - ROMILDO JOSÉ GONÇALVES
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
INTERNET - 27/04/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0070-03/15

EMENTA: ICMS. 1. 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. Infração subsistente. 2. SIMPLES NACIONAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLIMENTO EFETUADO A MENOS. Infração comprovada, de acordo com o demonstrativo elaborado pelo autuante. Rejeitada a preliminar de nulidade. Reduzida a multa da infração 01. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/03/2011, refere-se à exigência de R\$13.017,62 de ICMS, acrescido das multas de 75% e 150%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Omissão de saída 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, no período de agosto de 2007 a dezembro de 2009. Valor do débito: R\$11.360,35. Multa de 150%.

Infração 02: 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 menor, no período de abril de 2008 a dezembro de 2009. Valor do débito: R\$1.657,27. Multa de 75%.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 203, apresentou impugnação (fls. 184 a 199), alegando que grande parte das mercadorias que adquiriu já foi objeto de pagamento do ICMS por Substituição Tributária pelo remetente, bem como muitas são isentas ou têm base de cálculo reduzida. Diz que as mercadorias não deveriam ser tributadas como se pretende, tendo em vista que já foram tributadas anteriormente. Alega que o autuante deveria fazer uma análise mais detida dos documentos para apurar a verdade fática da empresa, uma vez que as mercadorias não podem ser tributadas novamente, seja porque o imposto foi pago na saída do estabelecimento emitente, seja porque deveria ser utilizada base de cálculo menor, mesmo porque pretender cobrar ICMS de mercadorias que já tiveram o imposto pago ou isenta é aplicar a exação do *bis in idem*, fato que poderá ser constatado através da verificação das cópias das notas fiscais que, segundo o defendente, serão anexadas aos autos oportunamente. Salaria que o autuante não observou a Instrução Normativa 56/2007 e informa que se encontra enquadrado no regime de apuração do ICMS em função da receita bruta no período fiscalizado, logo, é microempresa, optante do SIMBAHIA, portanto, tem direito ao crédito de 8% a ser deduzido da alíquota de 17%. Quanto à infração 02, o autuado apresenta DAS relativo ao pagamento do ICMS pelo Simples Nacional para que sejam apurados os valores efetivamente devidos, assegurando

que os valores foram recolhidos. Alega que a imputação, além de contrariar os princípios que regem a legislação tributária como é o caso do princípio da verdade material, verdade real, o autuado, sendo uma microempresa, inscrita no regime especial unificado de arrecadação de tributos e contribuições, tem o direito constitucionalmente assegurado de fazer o recolhimento do imposto de acordo com as regras do Simples Nacional, o que lhe garante um tratamento mais benéfico e diferenciado. O defendente apresenta preliminar de nulidade do roteiro de auditoria realizado, alegando falta de previsão legal para a cobrança do imposto, tendo em vista que o lançamento encerra em si um patente equívoco consistente na cobrança de imposto de mercadorias declaradamente já pago quando da remessa das referidas mercadorias, bem como isentas ou não tributáveis em razão da redução da base de cálculo. Diz que o autuante elaborou demonstrativos tentando comprovar que há omissão de saída de mercadoria tributável presumida por levantamento de venda a cartão de crédito ou débito. Em tal demonstrativo, limitou-se a elencar as vendas dos exercícios, bem como as compras efetuadas e pagas dentro do mesmo exercício.

Afirma que não estão presentes os “pressupostos”, que autorizam a presunção, pois o autuante limitou-se a elaborar demonstrativos de vendas e compras dentro dos períodos fiscalizados, concluindo que a empresa autuada omitiu receita tributável sem fazer uma análise completa dos documentos presumindo omissão sem embasamento legal vez que na situação em específico a Instrução Normativa orienta que o autuante deve abster-se de aplicar a presunção pelo fato de as mercadorias serem não tributadas. Cita decisões do CONSEF por inobservância do devido processo legal, transcrevendo as ementas. O defendente destaca que as presunções previstas no art. 1º, § 3º, do RICMS não se desviam do fato gerador do ICMS (a saída de mercadorias tributárias), tanto o é que os resultados dessas espécies de auditorias representam, em verdade, uma presunção *juris tantum* de omissão de saída de mercadorias tributáveis, vale dizer, o tributo exigido nesta espécie de auditoria é apurado, presumidamente, na saída de mercadorias tributáveis, entretanto não há provas contundentes da omissão perpetrada fato que será provado durante o PAF.

Pugna pela total nulidade, e se assim não entender esse Órgão Julgador, no mérito, julgue o Auto de Infração improcedente, considerando a comprovação da inexistência de omissão de saídas tributáveis, seja porque as mercadorias objeto da imputação são tributadas na fonte, seja porque todas as saídas foram registradas nas DMEs, até porque junta aos autos os DAEs de pagamento da antecipação parcial para provar que não há omissão de receita tributável, isto porque, as vendas efetuadas pela empresa foram tributadas. Diz que a ação fiscal restringiu-se apenas na análise comparativa dos extratos de venda por cartão de crédito/débito emitidos pela empresa e pela administradora de cartão, quando deveria ser pautada em todos os elementos que poderiam efetivamente afirmar quanto a uma provável omissão de saídas de mercadorias. Que não pode prosperar a imputação de omissão de receita, vez que as mercadorias foram registradas através das notas fiscais de saída. Informa que está apresentando valores relativos a alguns meses do período fiscalizado a fim de demonstrar que a presunção fiscal, neste caso, não prospera já que as vendas de mercadorias, objeto da imputação, foram registradas em notas fiscais de saída em quase sua totalidade.

Assegura que não houve omissão de saída porque as mercadorias que saíram da empresa por venda a crédito, débito, dinheiro ou cheque, não saíram desacompanhadas de nota fiscal, seja emitida pelo sistema ECF, seja por talão de notas de venda a consumidor, fatalmente a ação fiscal será julgada improcedente, corroborando com o entendimento consolidado deste Órgão, conforme decisões que transcreveu as ementas. Diz que o autuante deveria fazer uma análise mais aprofundada na escrita fiscal do contribuinte para verificar se aqueles valores informados são reais, se efetivamente ocorreu a omissão pretendida tendo em vista que, quando se trata de tributação, deve sempre levar em consideração os fatos ocorridos, a verdade real, especialmente quando a imputação decorreu da utilização da presunção fiscal que inverte o ônus probante para o contribuinte. Também alega que o autuante equivoca-se ao imputar ao defendente a infração nº

01, exigindo o pagamento do ICMS sob o argumento de omissão de saídas de mercadorias tributáveis em decorrência do valor informado à SEFAZ ser inferior ao valor informado às administradoras de cartão de crédito, contraria o princípio da verdade material, vale dizer, não observa de maneira mais detida a realidade dos fatos e que o ICMS cobrado, ou não é devido ou já foi pago pelo remetente, e a receita da venda dessas mercadorias já foi considerada nas entradas e sobre ela incidiu o pagamento do ICMS pelo regime da Substituição Tributária, conforme se depreende da leitura do art. 356 do RICMS/BA. Reitera a alegação de que o autuante não observou Instrução Normativa 56/2007. Neste sentido transcreve ementas de Acórdãos do CONSEF.

Por fim, o defendente requer a nulidade total do presente Auto de Infração. Caso assim não entenda este Órgão Colegiado, o autuado postula pela improcedência, requerendo a posterior juntada de cópia de notas fiscais a fim de comprovar as alegações defensivas.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 250/251 dos autos, dizendo que, dos documentos solicitados na intimação para a realização da ação fiscal, foram apresentadas as notas fiscais de entradas em operações internas e interestaduais. Da análise efetuada nos mencionados documentos não foram constatadas mercadorias da substituição tributária, e tal levantamento foi realizado em virtude de constar na relação de DAE dos exercícios fiscalizados o código de receita 1145, que foi utilizado equivocadamente pelo autuado, quando deveria ser o código 2175 (Antecipação Parcial). Já o código 2183 também é encontrado na relação citada até o exercício de 2009. Diz que a antecipação parcial não encerra a fase de tributação e o código de atividade econômica do contribuinte é comércio varejista de cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal, não possui CNAE secundário, portanto, não abrange produtos da substituição tributária, relacionados no art. 353 do RICMS/BA. Em seguida, o autuante apresenta explicações sobre a base de cálculo do imposto exigido, contestando as alegações do autuado.

Afirma que o autuado não trabalha com os produtos relacionados no inciso II do art. 353 do RICMS/BA e que o levantamento fiscal foi efetuado com base nas informações prestadas pelo contribuinte no PGDAS e nos dados constantes nos relatórios das administradoras de cartão de crédito ou de débito, tendo sido fornecidas cópias ao autuado, afastando qualquer hipótese de cerceamento de defesa. Pede a procedência do Auto de Infração.

Às fls. 254/255 esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que o autuante juntasse os Relatórios de Informações TEF - Diários, por operação, com os valores de vendas realizadas por meio de cartões de crédito ou de débito, no período fiscalizado.

Em relação ao levantamento fiscal correspondente ao Simples Nacional, foi solicitado que fossem elaborados novos demonstrativos com esclarecimentos sobre as expressões utilizadas, a exemplo de "NF OUTROS", "RED Z CARTÃO", "RED Z OUTROS" "COMPRA LEGAL NÃO DECLARADA" "PROP ST", de modo que o título ou o cabeçalho indique do que se trata, e os demonstrativos sintéticos acompanhados de demonstrativos analíticos, permitindo a compreensão dos cálculos efetuados.

Após o refazimento dos cálculos foi solicitado que a Inspeção Fiscal entregasse ao autuado cópia de todos os elementos que fossem anexados aos autos pelo autuante, inclusive o Relatório TEF, mediante recibo firmado pelo contribuinte ou seu representante legal, com a indicação do prazo de trinta dias para o defendente se manifestar, reabrindo o prazo de defesa.

Em atendimento ao solicitado, o autuante juntou aos autos novo levantamento fiscal denominado "AUDIG, conforme fls. 258 a 287, e encaminhou o PAF à Carteira de Cobrança (fl. 291) para ciência do autuado acerca dos novos demonstrativos.

Consta à fl. 288, declaração prestada pelo defendente de que recebeu CD-R contendo todos os relatórios TEF por operações, diários e mensais, bem como relatórios complementares relativos

ao presente Auto de Infração. Também declarou que foi conferido o conteúdo das referidas mídias, constatando a existência dos demonstrativos.

O defendente se manifestou às fls. 294 a 305 alegando quanto à imputação nº 01, que grande parte das mercadorias adquiridas já foi objeto de pagamento do ICMS por Substituição Tributária pelo remetente, e que muitas mercadorias são isentas ou têm base de cálculo reduzida, ou seja, as mercadorias não deveriam ser tributadas novamente como se pretende, tendo em vista que já foram tributadas anteriormente.

No que tange à infração de nº 02, o autuado alega que apresentou DASN referente ao pagamento do ICMS pelo Simples Nacional para, se for o caso, sejam apurados os valores efetivamente devidos, já que os valores foram recolhidos.

Entende que as imputações contrariam os princípios que regem a legislação tributária como é o caso do princípio da verdade material, verdade real, haja vista que o autuado é uma microempresa inscrita no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional; tem o direito constitucionalmente assegurado de fazer o recolhimento do imposto de acordo com as regras do referido regime. Afirmar que a Junta de Julgamento Fiscal, ao decidir sobre lavratura de auto de infração, nunca deverá resolver de plano, sem qualquer aprofundamento quanto a real existência do fato gerador.

O defendente alega que o presente auto de infração merece ser revisto para ser julgado nulo ante a completa falta de previsão legal para a cobrança do imposto que a exação fiscal aqui considera devido. Frisa que em sede de Recurso de Revista, estando presentes todos os Conselheiros da 1ª e 2ª CJF, já se pronunciaram no sentido de que o preceito contido no art. 4º da Lei 7.014/96, que autoriza a chamada presunção legal para cobrar ICMS por possíveis omissões anteriores de saídas de mercadorias, não pode ser aplicado com base em simples indícios.

Diz que, ao contrário, se deve comprovar, com todos os documentos, demonstrativos, livros e tudo o mais que compõe a escrita fiscal e contábil do contribuinte. No caso em tela, diz que o autuante elaborou demonstrativos tentando comprovar que há omissão de saída de mercadoria tributável presumida por levantamento de venda a cartão de crédito ou débito. Em tal demonstrativo, limitou-se a elencar as vendas informadas pela administradora de cartões de crédito e débito.

Diz que se pode inferir é que tal atitude causa uma situação embaraçosa ao contribuinte, que se vê obrigado a provar que a situação não reflete a realidade dos fatos, e em razão de tais atitudes tem havido as decisões do CONSEF pela nulidade de autuações, a exemplo do ACÓRDÃO JJF Nº 0085-04/09.

Afirma que o autuante deixou de observar, além das regras de direito material que dizem respeito a ser ou não ser devido o imposto, que no caso em análise não poderiam ser tributadas, como também quanto às regras de direito processual, que determinam como deve agir o preposto fiscal na constituição do crédito tributário, o que não foi observado nos termos da Instrução Normativa nº 56/2007, já que neste caso não poderia tratar de presunção fiscal nos termos da Lei 7.014/96.

O defendente entende que o autuante deveria fazer uma análise mais detida dos documentos para apurar a verdade fática da empresa, vez que as mercadorias não podem ser tributadas novamente, seja porque o imposto foi pago na saída do estabelecimento emitente, seja porque foi pago na entrada como antecipação parcial, seja porque são mercadorias isentas ou até mesmo porque possui base de cálculo reduzida.

Diz que a imputação de omissão de receita não corresponde aos fatos realizados, uma vez que as mercadorias tributadas são isentas ou que tiveram sua fase de tributação encerrada em razão da substituição tributária, não havendo, portanto, que se imputar a omissão de saída de mercadorias

tributáveis, quando a autuada comprova o pagamento da antecipação parcial relativo às mercadorias pagas pelo regime normal de tributação, nos termos do art. RICMS/BA - art. 352-A.

O defendente também entende que houve inadequação do roteiro de auditoria empregado para a empresa do Simples Nacional, reafirmando que foi constatada duplicidade de cobrança do imposto, porque não poderia o autuante efetuar o lançamento em apreço sem considerar que durante o exercício fiscalizado as saídas das mercadorias informadas pelas administradoras de cartões abrangem outras formas de pagamentos, conforme constatação feita pelo autuante em seu demonstrativo denominado “cálculo da receita apurada”. Diz que se deve concluir pela total improcedência do auto de infração em apreço para fins de cobrança de imposto porque o Autuado prova a inexistência de omissão de saídas tributáveis porque como o próprio autuante constatou foram lançadas no ECF as operações realizadas por meio de cartão de débito como sendo dinheiro e/ou recebimentos diversos, descabendo a exigência do lançamento do crédito tributário.

Afirma que a ação fiscal restringiu-se a apenas a análise comparativa dos extratos de venda por cartão de crédito/débito emitidos pela empresa e pela administradora de cartão, quando deveria ser pautada em todos os elementos que poderiam efetivamente afirmar quanto a uma possível omissão de saídas de mercadorias, não pode prosperar a imputação de omissão de receita, vez que ocorreram vendas através de cartão de crédito registradas no ECF como outro modo de pagamento. Sobre essa questão cita decisões do CONSEF, transcrevendo as ementas.

Por fim, o defendente requer a nulidade do presente Auto de Infração. Caso assim não for entendido, postula pela improcedência do lançamento.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante às fls. 313/314, dizendo que em atendimento à diligência encaminhada por esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal, à fl.254, foram elaborados novos demonstrativos a partir da folha 258, legendados, explicitando todos seus mecanismos, tabela dos anexos da Lei Complementar 123/2006, e demais relatórios com riqueza de detalhes dos demonstrativos referenciados, gravado em mídia, fls. 289 e 290, entregues ao autuado mediante recebo e conferência dos seus conteúdos, inclusive Relatório de informações TEF – Diários, por operações, com os valores de vendas realizadas por meio de cartões de débitos ou de créditos nos períodos fiscalizados, tendo sido reaberto prazo de defesa.

Diz que o autuado, em sua nova peça de defesa não acrescentou nada para refutar o crédito tributário constituído. Quanto ao argumento defensivo de que não foram consideradas as operações com mercadorias isentas, não tributadas, com substituição tributária, com redução de base de cálculo e com imposto recolhido a título de antecipação tributária parcial, o autuante informa que no período fiscalizado o autuado não operava com mercadorias com benefícios fiscais e ainda mais é de conhecimento público que a tributação de saídas de sua empresa tem como forma de apuração de imposto o Simples Nacional que tem como base de cálculo o faturamento, com a devida segregação da base cálculo dos valores das mercadorias com o ICMS pago pela substituição por antecipação tributária total, ou seja, com fase de tributação encerrada, como prevê a Lei nº 123/2006.

Em relação à Instrução Normativa nº56/2007, informa que não há nas peças defensivas nenhuma citação de demonstrativos com cópias dos documentos fiscais de aquisições nos períodos fiscalizados com benefícios fiscais ou de substituição por antecipação tributária total com fase de tributação encerrada pelo ICMS. Cita os arts. 123 de 143 do RPAF/BA e afirma que são inócuas as afirmações do defendente.

Sobre a alegação de que foram lançadas no ECF operações por meio de cartão de débito como sendo dinheiro e/ou recebimentos diversos, o autuante afirma que o defendente, no período fiscalizado, não utilizou ECF e sim Notas Fiscais de Venda ao Consumidor (NFVC) conforme relações das notas fiscais emitidas pelo contribuinte, fls. 47 a 49, 97 a 116 e 162 a 180, como também na mídia gravada à fl. 290. Entende que o defensor tentou adaptar o texto da Ementa do

Acórdão JF Nº 0103-01/06 para a realidade em tela, o que não se aplica para caso em análise, com isto, tentando confundir os membros da Junta de Julgamento.

Também entende que o defendente se equivocou, porque, em nenhum momento, foi afirmado pelo autuante desde o início da constituição do crédito tributário que de todas as operações de saída com emissão documentos fiscais foram 100% emitidas com notas fiscais de vendas ao consumidor. Tomando como exemplo o exercício de 2008, diz que está explícito nos relatórios e demonstrativos elaborados que dos batimentos e cruzamentos eletrônicos efetuados destes documentos fiscais emitidos pelo contribuinte (NFVC) versus os relatórios de informações das administradoras de cartões TEF – Diários, por operação, com os valores de vendas realizadas por meio de cartões de crédito/débito e quando não havendo correspondência, surge daí as diferenças das vendas com cartões de crédito e/ou débitos (TEF), conforme fl. 268. Diz que se presume falta de emissão de documentos fiscais correspondentes aos pagamentos efetuados com cartões, para suplantar as divergências encontradas. Aqueles documentos fiscais, no caso NFVC, que não houve correspondência com as informações das administradoras de cartões é evidente que foram quitados com outras formas de pagamento, como em espécie, cheques etc.

Explica a metodologia de apuração do imposto exigido e diz que se trata de presunção "*Juris Tantum*", cabendo prova em contrário de responsabilidade da impugnante. Requer a procedência do presente Auto de Infração.

À fl. 318 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência solicitando que o autuante intimasse o contribuinte para apresentar demonstrativo dos boletos emitidos pelas vendas realizadas com cartões de débito/crédito e respectivos documentos fiscais, possibilitando a exclusão, no levantamento fiscal, dos valores efetivamente comprovados.

Se apresentados os elementos comprobatórios, que solicitasse ao contribuinte os boletos e respectivos documentos fiscais originais, e fizesse o confronto com os demonstrativos que do defendente, excluindo do levantamento fiscal os valores efetivamente comprovados, por meio de documentos apresentados pelo autuado, correspondentes às vendas efetuadas com cartão de crédito ou de débito, de acordo com as datas e valores. Elaborasse novos demonstrativos apurando o débito remanescente.

Após o refazimento dos cálculos foi solicitado que a Inspeção Fiscal entregasse ao autuado cópias do encaminhamento de diligência e de todos os elementos que fossem anexados aos autos pelo autuante, com a indicação do prazo de dez dias para o mesmo se manifestar.

O defendente foi intimado, conforme Intimação Fiscal à fl. 321, constando assinatura do contribuinte, datada de 15/09/2014. Entretanto, o autuado não apresentou os elementos solicitados.

VOTO

O defendente apresentou preliminar de nulidade do roteiro de auditoria realizado, alegando falta de previsão legal para a cobrança do imposto, afirmando que o lançamento encerra em si um patente equívoco consistente na cobrança de imposto de mercadorias declaradamente já pago quando da remessa das referidas mercadorias, bem como isentas ou não tributáveis em razão da redução da base de cálculo.

Não acato a alegação defensiva, considerando que a modalidade de cobrança de ICMS é prevista na legislação deste Estado, na medida em que prevê que 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, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96.

Por outro lado, de acordo com o § 4º do art. 18 da Lei Complementar 123 de 14/12/2006, o contribuinte do Simples Nacional deverá considerar destacadamente, para fins de pagamento do imposto: a) as receitas decorrentes da revenda de mercadorias; b) as receitas decorrentes da venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte; c) as receitas decorrentes da prestação

de serviços, bem como a de locação de bens móveis; d) as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária; e) as receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou do consórcio previsto na referida Lei Complementar. Portanto, no cálculo do imposto devido por contribuinte do Simples Nacional, a LC 123/2006 já estabelece as exclusões que devem ser efetuadas, incluindo-se nestas exclusões as mercadorias enquadradas na Substituição Tributária.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada 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. O PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o primeiro item do Auto de Infração trata de omissão de saída de mercadoria tributada, apurada 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 de crédito, no período de março de 2008 a dezembro de 2009.

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.

O autuado alegou que grande parte das mercadorias adquiridas pela autuada já foi objeto de pagamento do ICMS por Substituição Tributária pelo remetente, bem como muitas são isentas ou têm base de cálculo reduzida. Diz que as mercadorias não deveriam tributadas como se pretende, tendo em vista que já foram tributadas anteriormente. Entretanto, o defendente não apresentou elementos suficientes para comprovar suas alegações, o que possibilitaria aplicar o disposto na Instrução Normativa 56/2007, haja vista que neste caso, deveriam ser comprovados os percentuais de mercadorias tributáveis, não tributáveis e da substituição tributária.

Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, o que deveria ser elidido 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, tendo sido entregue ao sujeito passivo um CD contendo os Relatórios Diários por Operação TEF, o que possibilitou fazer o confronto dos valores obtidos nas reduções “Z” e notas fiscais de vendas com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito.

O defendente afirmou que não houve omissão de saída porque as mercadorias que saíram da empresa por venda a crédito, débito, dinheiro ou cheque, não saíram desacompanhadas de nota fiscal, seja emitida pelo sistema ECF, seja por talão de notas de venda a consumidor.

À fl. 318 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência solicitando que o autuante intimasse o contribuinte para apresentar demonstrativo dos boletos emitidos pelas vendas realizadas com cartões de débito/crédito e respectivos documentos fiscais, possibilitando a exclusão, no levantamento fiscal, dos valores efetivamente comprovados. Entretanto, o defendente foi intimado à fl. 321 e não apresentou os elementos solicitados.

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.

Observe que o Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar 123/2006, que estabelece um tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno

porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias.

O autuado também alegou que se encontra enquadrado no regime de apuração do ICMS em função da receita bruta no período fiscalizado, que é microempresa, optante pelo SIMBAHIA, portanto, tem direito ao crédito de 8% a ser deduzido da alíquota de 17%. Sobre essa alegação, observo que não se trata de levantamento fiscal do período de vigência do SIMBAHIA, que esteve em vigor até junho de 2007, e no período fiscalizado (a partir de agosto de 2007) o contribuinte já se encontrava no regime de apuração de tributos do Simples Nacional.

No levantamento fiscal, o autuante adicionou às vendas declaradas por meio de documentos fiscais os das operações não declaradas pelo contribuinte, realizadas através de cartões, nos respectivos meses, apurando a receita. Com a nova receita calculada é que foram apurados os débitos constantes nas infrações 01 e 02 deste Auto de Infração, sendo observadas as alíquotas constantes no Anexo 1 da referida LC 123/06.

Quanto à segregação de mercadorias da substituição tributária, conforme estabelece o § 4º do art. 18 da Lei Complementar 123 de 14/12/2006, não foi apurada a existência dessas mercadorias, ou seja, não houve proporcionalidade das mercadorias da ST, sendo confirmado pelo autuante que o defendente não trabalha com os produtos relacionados no inciso II do art. 353 do RICMS/BA.

Sobre o argumento do autuado de que também comercializa produtos isentos da cobrança do ICMS, observo que o regime de apuração de tributos 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 123/86, inexistindo previsão para excluir operações com mercadorias isentas de ICMS.

Entendo que está caracterizada a infração apontada no Auto de Infração, sendo devido o imposto apurado no demonstrativo elaborado pela autuante, tendo sido apurado o débito considerando a condição do autuado como optante pelo sistema de apuração do Simples Nacional. Mantida a exigência fiscal.

Infração 02: 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 menor, no período de março de 2008 a dezembro de 2009.

O autuado apresentou os DAS relativos ao pagamento do ICMS pelo Simples Nacional para que fossem apurados os valores efetivamente devidos, dizendo que os valores foram e recolhidos. Alegou que a imputação, além de contrariar os princípios que regem a legislação tributária como é o caso do princípio da verdade material, verdade real, o autuado, sendo uma microempresa, inscrita no regime especial unificado de arrecadação de tributos e contribuições, tem o direito constitucionalmente assegurado de fazer o recolhimento do imposto de acordo com as regras do Simples Nacional, o que lhe garante um tratamento mais benéfico e diferenciado.

Constato que no levantamento fiscal denominado AUDIG foram considerados os valores declarados na DASN ou recolhido pelo contribuinte, conforme a coluna F do demonstrativo “ANÁLISE DO ICMS SIMPLES A RECLAMAR”. Neste caso, o cálculo dos valores exigidos foi efetuado com a nova receita calculada em razão da omissão de receita apurada na auditoria de cartão de crédito. O defendente não apresentou qualquer demonstrativo para contrapor os dados apurados pelo autuante e não houve contestação aos cálculos.

Entendo que está caracterizada a infração apontada no Auto de Infração, sendo devido o imposto apurado no demonstrativo débito elaborado pelo autuante, tendo sido apurados os valores considerando a condição do autuado como optante pelo Simples Nacional, no período fiscalizado. Mantida a exigência fiscal.

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação na infração 02 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%, com base no art. 35 da LC 123/06 combinado com o art. 44, I da Lei 9.430/96 e art. 16, inciso I da Resolução CGSN Nº 30 de 07/02/2008.

Os mencionados dispositivos legais estabelecem que “o descumprimento de obrigação principal devida no âmbito do Simples Nacional sujeita o infrator às seguintes multas:

I - 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido (art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)”

De acordo com o § 1º do art. 44 da Lei 9.430/96 e inciso II do art. 16 da Resolução CGSN Nº 30 de 07/02/2008, aplica-se a multa de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido, nos casos previstos nos artigos 71 (sonegação), 72 (fraude) e 73 (conluio) da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964. Neste caso, a legislação estabelece que multa duplicada quando forem identificadas as hipóteses descritas nos referidos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964, quais sejam sonegação, fraude e conluio.

Para se aplicar o mencionado dispositivo legal de forma a duplicar a multa para 150% é necessário estar caracterizado nos autos o dolo, elemento subjetivo que não pode ser presumido, devendo ficar demonstrado e comprovado. No caso em exame, o autuante, fundamentou a exigência do imposto como omissão de saídas e não apontou, sequer, qual dos três ilícitos descritos na Lei 4.502/64 que teria motivado a duplicação da multa exigida.

Assim, considerando as definições referentes à sonegação, fraude e conluio constantes nos arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502, de 30/11/1964, entendo que não houve no presente PAF o registro de fatos que comprovem a existência dos referidos elementos para ensejar a aplicação da multa no percentual de 150%, devendo ser reduzida a referida multa aplicada na infração 01, para 75%.

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 **212145.0003/11-6**, lavrado contra **LUCINALDA BORGES DA SILVA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$13.017,62**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da LC 123/06; art. 44, I e § 1º, da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de abril de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA