

**A. I. Nº** - 2173660020/14-1  
**AUTUADO** - COMERCIAL DE ALIMENTOS BONS IRMÃOS LTDA - ME  
**AUTUANTE** - WILSON DE ALBUQUERQUE MELO JUNIOR  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 04. 09. 2015

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0134-01/15**

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS REFERENTES AO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESA E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. **b)** CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO. RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS DECLARADO DEVIDO A ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA. Valor da receita informada na DASN inferior ao encontrado nos documentos emitidos. Valor das saídas com isenção compõe a base de cálculo na apuração do ICMS devido por optantes do Simples Nacional. Fatos demonstrados nos autos. Lançamentos mantidos. Redução da multa do segundo lançamento, de 150% para 75% por não ficar provado haver dolo, fraude ou conluio. É competência dos agentes de tributos a fiscalização dos contribuintes optantes pelo Simples Nacional. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2014, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$ 17.344,66, em decorrência das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. 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, de janeiro a novembro de 2012 e de janeiro a dezembro de 2013, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 16.759,07, acrescido de multa de 75%.
2. Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões - Com dolo, nos meses de dezembro de 2012 e janeiro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 585,59, acrescido de multa de 150%.

Foram anexados, pelo Autuante, ao Auto de Infração, o Demonstrativo de Débito, o Termo de Início de Fiscalização, o Termo de Entrega do Auto de Infração, Demonstrativos e Planilhas do Programa AUDIG- Auditoria Digital, o Termo de Entrega de Relatórios TEF-Transferência Eletrônica de Fundos, o Termo de Devolução de Documentos Fiscais, o Anexo Geral 1 contendo a

proporcionalidade da substituição tributária pelas compras, a Apuração da Divergência das Vendas com Cartão de Crédito (TEF), o Anexo 2 com o Cálculo da Receita Apurada, Anexo 3 com a Análise do ICMS Simples Nacional a Reclamar, o Extrato do Simples Nacional e as Reduções Z.

O autuado, por meio de advogado legalmente constituído, apresentou impugnação contra o Auto de Infração (fls. 197 a 200) com base nos seguintes argumentos:

1. Afirmou que, nos termos do art. 28, § 1º do RPAF, “*o procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso*” e que o auto de infração entregue a impugnante não obedece às regras contidas na legislação hodierna, especialmente quanto à sua formalidade legal. Segundo ele, a O.S. nº 505111/14, de 16/05/2014, impulsionou o início de fiscalização do contribuinte do simples nacional, porém somente em 16/09/2014 a impugnante recebeu a intimação para apresentação de documentos fiscais referentes aos exercícios de 2012 e 2013, que foram apresentados em 18/09/2014.
2. Defendeu que a constituição do crédito tributário, nos termos do Art. 42, I, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, compete aos auditores fiscais, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.
3. Afirmou que “a irregularidade repousa só e simplesmente no recolhimento a menos de ICMS declarado referente ao regime do Simples Nacional” (fl. 199) e que o Autuante computou as mercadorias isentas do ICMS previstas no art. 265 do RICMS/BA. Utiliza o art. 155, Parágrafo 2º, I, da CF/88 para afirmar que “o ICMS será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal” (fl. 199).
4. Quanto à Infração 02, afirma que não houve a omissão pretendida, que o fiscal não contabilizou as reduções Z do período e que este não a devolveu à impugnante para que a juntasse à impugnação do Auto de Infração.

O autuante, por meio de Informação Fiscal (fls. 205 e 206), pede a procedência total do Auto de Infração com base nos seguintes argumentos:

1. Em relação ao argumento “1” do autuado, afirma que a data constante do Termo de Início de Fiscalização [17/05/2014] constitui mero erro de digitação e junta ao processo, a título de prova, todos os dados referentes à Ordem de Serviço 505111/14.
2. Em relação ao argumento “2”, transcreve o que está disposto no art. 42, II do RPAF.
3. Em relação ao argumento “3”, afirma que a infração “recolhimento a menor do ICMS declarado” decorre de outra, que é a omissão de saídas nas operações com cartão de crédito/débito. Afirmou também que não há previsão legal para a exclusão das receitas obtidas nas operações com mercadorias isentas, mas que o valor dessas operações deve integrar a base de cálculo do tributo.
4. Em relação ao argumento “4”, afirma que o Termo de Devolução de Documentos Fiscais (às fls. 12), as cópias das reduções Z, a mídia entregue ao autuado com os arquivos gravados e os demonstrativos que foram entregues provam o contrário do defendido pelo autuado.

Encerra afirmando que não foram contestados, especificamente, nenhum dos valores autuados.

## VOTO

Em relação à Infração 01, foi constatado que de fato houve erro de digitação no termo de início de fiscalização (fl. 10). O equívoco foi comprovado mediante apresentação do documento referente à Ordem de Serviço nº 505111/14 (fl. 207) e que, portanto, não há como considerar o argumento de defesa de que o o Auto de Infração não atendeu as formalidades legais, embasado no art. 28, § 1º do RPAF, mesmo porque o dispositivo referido pelo autuado apenas lhe garantiria o direito à denúncia espontânea, caso houvesse de fato o esgotamento do prazo do procedimento de fiscalização.

O argumento “2” do autuado, assim como exposto pelo autuante na Informação Fiscal, não possui fundamento, haja vista que o inciso II do próprio art. 42 do RPAF afirma a competência dos agentes de tributos no caso em questão.

“Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que:

II - compete aos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.”

Quanto ao argumento “3” do autuado, incluo aqui o art. 320 do RICMS/BA:

“Art. 320. 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.”

Dessa forma, por se tratar de Empresa de Pequeno Porte e optante pelo Simples Nacional, o autuado não possui o direito de compensar créditos fiscais relativos às entradas de mercadorias com débitos gerados nas saídas subsequentes. Também não há previsão legal para a exclusão das receitas obtidas nas operações com mercadorias isentas.

Em relação à Infração 02 e ao argumento “4”, o autuado apresenta, de forma infundada, uma argumentação que se restringe a afirmar que não houve omissão pretendida –dolo-, que não houve a contabilização das reduções Z do período e que esta não foi devolvida para que fosse juntada à impugnação do Auto de Infração. Constato, após a análise do processo, que houve a contabilização das reduções Z (fls. 13 a 28) e que, assim como foi afirmado pelo autuante, houve a devolução das Reduções Z do exercício 2012 e 2013, segundo o Termo de Devolução de Documentos Fiscais (fl. 12).

Quanto ao dolo sugerido pelo Autuante para aplicação de multa de 150% na infração 2, nos termos do § 1º do art. 44 da lei Federal nº 9.430/96, cumpre-nos esclarecer que a multa seria de 150% apenas nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. O art. 71 cuida de ação ou omissão dolosa (situação em que, com emprego de maquinções ou má fé, o contribuinte induz a autoridade fazendária a erro, impedindo ou retardando o conhecimento dos fatos). O art. 72 cuida de fraude (logro, burla, ilusão ou falsificação visando impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador a fim de reduzir o montante do imposto devido ou evitar o seu pagamento). O art. 73 cuida de conluio (combinação, trama ou conspiração entre duas ou mais pessoas).

Nos autos não ficou provado a ocorrência de dolo, fraude ou conluio. Dolo, fraude ou conluio não se presumem. A infração 2 não se trata de infração qualificada, e sim de infração simples: omissão de saídas de mercadorias presumida por meio de levantamento de vendas em valor inferior ao informado por administradora de cartões. Assim, a multa aplicável é de 75%.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, corrigindo a multa da infração 2 de 150% para 75%.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2173660020/14-1**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS BONS IRMÃOS LTDA - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 17.344,66**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, c/c o art. 35 da Lei Complementar nº 123/06, e dos acréscimos legais.

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

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR