

PROCESSO - A. I. Nº 210426.0053/15-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e GILVAN LOPES DA SILVA - ME
RECORRIDOS - GILVAN LOPES DA SILVA - ME e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO –Acórdão 2ª JF nº 0067-02/16
ORIGEM - INFAZ SEABRA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06/10/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO C/JF Nº 0112-12/16

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Tal constatação indica que o sujeito passivo efetuou o pagamento com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Fatos demonstrados nos autos. O levantamento foi realizado em consonância com o disposto no art. 18, § 1º e § 3º, da LC nº 123/06. O aplicativo AUDIG é uma ferramenta que auxilia a fiscalização de empresas optantes pelo Simples Nacional, inexistindo previsão legal determinando sua utilização. Nulos os lançamentos a partir do mês de julho/13. Receita bruta anual da empresa ultrapassou em mais de 20% o limite estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei Complementar nº123/06, sendo excluída do regime de apuração do Simples Nacional. Competência exclusiva dos auditores fiscais. Redução da multa do segundo lançamento, de 150% para 75% por não ficar provado haver dolo, fraude ou conluio. Não acatadas preliminares de nulidades argüidas. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício por ter desonerado o sujeito passivo, julgando nulo parte do débito referente às duas infrações, a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99 e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, com base no art. 169, I, “b”, do mesmo Regulamento, contra Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que, por unanimidade, decidiu pela Procedência em Parte da exigência fiscal, sendo objeto do Recurso Voluntário apenas a infração 2, que trata da falta de recolhimento do ICMS em razão de saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais e escrituração na contabilidade, presumida pela constatação de suprimento de caixa sem a comprovação da origem do numerário, demonstrado pela existência de saldo credor na conta Caixa, nos meses de fevereiro a dezembro de 2013, no valor de R\$105.524,81, acrescido da multa de 150%, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, não ter recolhido ICMS em decorrência de não ter declarado a sua receita na DASN (infração 01) e presunção de omissões de saídas tributadas apuradas através de saldo credor de caixa.

Em sua defesa, a empresa autuado alega inobservância do devido processo legal em razão da ocorrência de duplicidade da exigência fiscal por entender ser impossível separar a presunção de omissão de saídas decorrentes de pagamento das compras com receitas não declaradas, cujas aquisições não foram declaradas no

livro caixa (infração 02), das receitas também não declaradas na DASN (infração 01). Alega ainda que o roteiro utilizado na apuração do saldo credor de caixa foi inadequado, pois não foram consideradas todas as suas disponibilidades financeiras, no caso, “Caixa e Bancos”.

Da análise das planilhas que serviram de sustentação para as exigências fiscais fls. 09 a 34 observo que na infração 01 foi exigido o imposto sobre as operações acobertadas por documentos fiscais de vendas emitidos pelo próprio contribuinte e não declarados na DASN e não oferecidas à tributação.

Na infração 02 foram constatados saldos credores de caixa, após a reconstituição “do livro Caixa” da empresa. O saldo credor de caixa ocorre quando são contabilizados pagamentos sem a existência de suporte financeiro para tanto, resultando no conhecido “estouro de caixa”. Como se sabe, o livro Caixa deve normalmente ter saldo devedor. A apresentação de saldo credor surge como uma disfunção, restando evidente que a empresa efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados. Nessa situação, a legislação do ICMS presume que tais Recursos são decorrentes de operações de comercialização (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, conforme determina o artigo 4º, § 4º, da Lei n. 7.014/96.

A fiscalização obedeceu aos seguintes procedimentos, conforme se observa no demonstrativo de fl. 12/13:

1. O saldo inicial foi extraído do livro Caixa escriturado pelo contribuinte;
2. Foram lançadas a débito (recebimentos) as vendas de mercadorias, de acordo com as notas fiscais emitidas no período fiscalizado, relacionadas às fl. 21/34.
3. A crédito foram considerados os pagamentos escriturados pelo contribuinte no livro Caixa, acrescido dos valores dos desembolsos omitidos, referentes às aquisições, também omitidas, através das notas fiscais relacionadas às fls.14/20.

O imposto foi exigido apenas sobre os saldos credores, após a aplicação do índice de proporcionalidade das mercadorias tributadas normalmente, comercializadas no período fiscalizado, conforme se observa à fl. 11.

Tomando como exemplo o mês de março de 2013 verifica-se que foi apurado um saldo credor de R\$252.413,56, conforme planilha à fl. 12. Este valor foi transportado para a planilha de fl. 7 e considerado como Receita Bruta omitida. Após a aplicação do percentual de 49,55% referente ao índice de proporcionalidade de operações tributáveis foi encontrada a “Receita Tributada omitida” de R\$125.070,92. Após a aplicação da alíquota de 3,48% foi apurado o imposto devido de R\$4.352,47.

Assim, inexistente a alegada duplicidade de exigência fiscal, pois uma infração não se confunde com a outra, pois a primeira diz respeito a falta de pagamento de imposto sobre valores acobertados por documentos fiscais e não declarados pelo contribuinte e consequentemente não oferecidos à tributação, enquanto que a infração 02 trata de uma presunção legal, indicando que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, apurada através do saldo credor de caixa.

Ressalto que somente haveria duplicidade de exigência fiscal se a auditoria de Caixa não tivesse considerado como receita os valores das notas fiscais emitidas pelo contribuinte e que foram objeto de exigência na infração 01, o que não foi o caso.

Também não acato o argumento do contribuinte de que não foram computadas todas as disponibilidades financeiras da empresa, “Caixa e Bancos”, pois na auditoria foram consideradas todas as entradas de Recursos acobertadas através de documentos fiscais, independente da modalidade de pagamento, se em espécie, cheque ou em cartão de crédito. Os pagamentos também seguiram a mesma metodologia. Assim, a auditoria diz respeito ao “Caixa” da empresa, e consequentemente englobam todas as movimentações financeiras independente de sua modalidade.

Esclareço que o termo “Caixa e Bancos” a que o sujeito passivo se refere certamente se trata das contas contábeis utilizadas para registrar os fatos contábeis no livro Diário de empresas que possuem contabilidade formalizada, o que não é o caso em questão.

A conta “Caixa” tem como finalidade registrar toda a movimentação em dinheiro enquanto que a conta “Bancos” registra-se as operações em cheques, depósitos e outras transações movimentações em conta corrente. Evidentemente se a empresa possuir contabilidade formalizada a auditoria deveria ter sido feita conjuntamente com as referidas contas a fim de abarcar todas as suas disponibilidades financeiras.

Assim, não acato a alegação de nulidade por inobservância do devido processo legal. Entretanto, como a própria autuante esclareceu a partir do mês de julho 2013 a receita bruta anual da empresa apresentou o valor de R\$4.593.061,64. Neste caso, ultrapassou em mais de 20% o limite estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei Complementar nº 123/06, sendo excluída do regime de apuração do Simples Nacional, passando a recolher o imposto através do regime normal de apuração, conforme estabelecido no § 9º do art. 3º do mesmo dispositivo legal a seguir transcrito:

“Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

(...)

*§ 9º A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do **caput** deste artigo fica excluída, no mês subsequente à ocorrência do excesso, do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12, para todos os efeitos legais, ressalvado o disposto nos §§ 9º-A, 10 e 12.”*

Assim, se faz necessário apontar na legislação tributária do Estado da Bahia, quem seria a autoridade administrativa que a norma conferiu de forma privativa a competência para realizar o lançamento tributário.

Assim é que o RPAF/BA prevê em seu Art. 42, com redação em vigor a partir de 01/07/09:

Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais, sendo que:

I - compete aos Auditores Fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

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.

Da leitura do dispositivo legal verifica-se que a competência para fiscalização em empresas optante pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de comércio é atribuída exclusivamente aos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados à lavratura do Auto de Infração.

Dessa forma, não obstante seja da alçada dos Agentes de Tributos Estaduais, no Estado da Bahia, a fiscalização no trânsito de mercadorias e nas empresas optantes pelo Simples Nacional, a partir da vigência da Lei 11.470/09, estando autorizados a aplicar respectivas penalidades, não detêm os mesmos, competência para lavrarem Autos de Infração, em face aos contribuintes fora daqueles limites. Isto porque tal competência é exclusivamente dos Auditores Fiscais. Assim, os fatos geradores a partir do mês de julho de 2013, não poderiam ser lavrados por Agente de Tributos, por carência de competência.

Em face da irregularidade apontada, concluo que fatos geradores ocorridos a partir de julho de 2013, foram formalizados por servidor sem competência legal.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal pela fiscalização de estabelecimentos, referentes aos fatos geradores ocorridos a partir do mês de julho de 2016, a salvo de falhas.

Assim julgo procedente em parte as infrações 01 e 02 nos valores de R\$23.146,31 e R\$40.226,89, respectivamente, conforme demonstrativo de débito às fls.103 e 104.

Retifico a multa exigida na infração 02 de 150% para 75% pois no caso em questão, não ficou provado a ocorrência de dolo, fraude ou conluio e sim de infração simples: omissão de saídas de mercadorias presumida através da constatação de saldo credor de caixa.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$63.373,20, corrigindo a multa da infração 2 de 150% para 75%.

Ante a desoneração do crédito exigido no lançamento fiscal que julgou nulo parte das duas infrações e adequação da multa aplicada na infração 2, os membros da 2ª JfF recorreram de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99.

Inconformado com a Decisão de primeira instância, a empresa interpõe Recurso Voluntário no que tange à infração 02 fls.140/148. Registra a tempestividade de sua peça Recursal. Afirma que a

2ª Junta de Julgamento Fiscal, julgou parcialmente procedente o Auto de Infração tendo reduzido os valores cobrados das infrações de nº 1 e 2, por conta da incompetência legal do servidor autuante, bem como, reduziu a multa da infração nº 2 de 150% para 75%, haja vista a não comprovação da existência de fraude.

Aduz, no entanto, que a 2ª Junta não observou, no que diz respeito à infração nº 2, que trata do suposto não recolhimento de ICMS presumido através de saldo credor na Conta Caixa, que o procedimento de auditoria realizado pelo fiscal autuante não é o adequado para empresas optantes do SIMPLES NACIONAL, ferindo o devido processo legal.

Assevera que a imputação deveria ser apurada com aplicação do sistema AUDIG de fiscalização, específico para apurar irregularidades cometidas por contribuintes optantes pelo SIMPLES NACIONAL. Dessa forma, entende que a exigência do imposto, com a metodologia de cálculo como foi efetuada no presente lançamento, não é apropriada ao enquadramento das empresas do Regime do Simples Nacional. Diz que não pode prosperar tal imputação, sob pena de ofensa ao princípio do devido processo legal, consoante as razões de fato e de direito que será exposto.

Sobre os princípios que regem o processo e procedimentos administrativos não contenciosos, cita o art. 2º do RPAF/99. Invoca a Constituição Cidadã sobre os direitos e garantias fundamentais ali assegurados. Cita o artigo 112 do CTN sobre o princípio *in dubio* pro contribuinte.

Relativamente à infração 2, reitera que a metodologia utilizada pela autuante para elaboração do Demonstrativo de Suprimento de Caixa de origem não comprovada se apresenta equivocada, por se utilizar de um procedimento dissociado da técnica, bem como, por desconsiderar que a empresa é optante do SIMPLES NACIONAL.

Explica que a auditoria das contas do ativo tem por objetivo a verificação da regularidade dos lançamentos e dos documentos que dão suporte à escrita contábil, compreende o exame dos lançamentos contábeis, conciliação de contas, ajustes e outras providências pertinentes, a fim de observar se valores foram ocultados ou contabilizados incorretamente, com o propósito de esconder sua verdadeira origem.

Ressalta que o referido regime tem método específico de apuração do imposto devido. Assim, no caso em exame, nos moldes como foi apurado o débito na infração constante no referido Auto de Infração, mostra-se inadequada à metodologia de cálculo utilizada, haja vista que traz incerteza quanto ao valor efetivamente devido.

Apresenta entendimento que a falta de certeza do valor devido resulta configurado, com base no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAFBA/99, que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para ser determinada com segurança e liquidez, impondo-se a nulidade desta infração.

Comenta que a autuante deixa de observar o devido processo legal, na medida em que exige o cumprimento da obrigação principal, utilizando método de apuração não respaldado em roteiros de auditoria adotados pela SEFAZ, sendo o roteiro utilizado impróprio para a situação, não permitindo que se determinasse com segurança a infração e o valor do imposto.

Salienta que o Sistema AUDIG gera demonstrativos e relatórios de informações a respeito do contribuinte, especialmente para aquele sujeito passivo da obrigação tributária optante pelo Simples Nacional, como é o caso dos autos.

Frisa que o auto em questão se refere a contribuinte inscrito no Simples Nacional e que o levantamento fiscal foi efetuado a partir dos livros e documentos fiscais apresentados pelo autuado. Assim, o imposto devido deveria ser apurado mês a mês, mediante aplicação do roteiro de auditoria AUDIG, apurando-se os movimentos de numerários e calculando-se a Receita Real para ser comparada com a receita informada pelo contribuinte no PGDAS.

Diz que neste tipo de Auditoria são emitidos relatórios, a exemplo de “ANÁLISE DO ICMS SIMPLES NACIONAL A RECOLHER” e, para determinação da alíquota, deve-se considerar a receita

global da empresa, ou seja, a receita omitida adicionada à receita declarada pelo contribuinte e não serão computadas para o cálculo do ICMS as vendas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, valor esse que será apurado no momento da segregação da receita, conforme previsto no § 4º do art. 18 da Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006. Discorre sobre o Simples Nacional e a Lei Complementar nº 123/2006. Transcreve acórdãos de Decisões deste órgão julgador administrativo baiano sobre a matéria, impondo-se a nulidade do lançamento tributário.

Argui como prejudicial de validade e eficácia da peça básica do processo administrativo fiscal instaurado requerendo, com amparo no princípio do contraditório pleno e amplo, assegurado pela Magna Carta (art. 5º, LV, CF/88), que as prejudiciais sejam apreciadas e decididas, com fundamentação própria e específica (CF/88, art. 93, IX), e inteligência do (art. 5º, II) que este Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF decida pela nulidade da Infração de nº 2 do Auto de Infração.

Na assentada de julgamento, sessão do dia 12.09.2016, foi solicitada e deferida vistas deste PAF pela Conselheira Juliana Santos da Silva.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado parcialmente o sujeito passivo do débito originalmente exigido nas infrações 1 e 2, como também, de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange à infração 2, que acusa o autuado da falta de recolhimento do ICMS em razão de saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais e escrituração na contabilidade, presumida pela constatação de suprimento de caixa sem a comprovação da origem do numerário, demonstrado pela existência de Saldo Credor na conta Caixa.

Inicialmente passo a apreciar o Recurso de Ofício.

O autuado é estabelecimento de contribuinte optante pelo Regime Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional. Como tal, se submete a um regime diferenciado de apuração de ICMS, estando sujeito as regras dispostas na Lei Complementar nº 123/06.

No presente feito, em fase de informação fiscal, a própria autuante constatou e esclareceu que a partir do mês de julho 2013 a receita bruta anual da empresa ultrapassou em mais de 20% o limite estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei Complementar nº 123/06. Neste caso, o contribuinte deve ser excluído do regime de apuração do Simples Nacional, passando a recolher o imposto através do regime normal de apuração, conforme estabelecido no § 9º do art. 3º do mesmo dispositivo legal. Com esta mudança, a autuante perde a competência para realizar lançamentos do crédito tributário nesta empresa, nos termos dos incisos I e II do art. 42 do RPAF/BA.

Entendo, portanto, que agiu acertadamente a 2ª JF ao anular os créditos originalmente exigidos a partir de julho de 2013, tanto da infração 1, como da infração 2, visto que lançados por servidor, a partir daquela data, incompetente, ante ao desenquadramento do contribuinte do Regime do Simples Nacional.

Observo ainda, que a multa sugerida na infração 2 de 150% foi reduzida para 75%, pois não restou comprovado nos autos a ocorrência de dolo, fraude ou conluio e sim de simples infração.

Sem reparos a fazer na Decisão “*a quo*”.

Passo a análise do Recurso Voluntário.

Constato que toda inconformidade do Recorrente cinge-se ao argumento de que a Decisão de piso teria desconsiderado que o procedimento de auditoria realizado pelo fiscal autuante para apurar a infração 2, não seria o adequado para empresas optantes pelo regime do SIMPLES NACIONAL, como é o seu caso, pois a imputação deveria ser apurada com aplicação do sistema

AUDIG de fiscalização, específico para apurar irregularidades cometidas por contribuintes optantes pelo citado regime.

Frisou que como consequência, a metodologia utilizada pela autuante para elaboração do Demonstrativo que deu suporte a acusação fiscal, se apresenta equivocada, por se utilizar de procedimento dissociado da técnica, provocando incerteza quanto ao valor efetivamente devido, resultando em lançamento de ofício que não contém elementos suficientes para se determinar com segurança e liquidez, a infração, impondo-se sua nulidade.

A Lei Estadual nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, dispõe que se presume a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar, entre outras, saldo credor na Conta Caixa (art. 4º, § 4º, inciso I). Ou seja, a lei estadual presume a falta de emissão de nota fiscal quando das vendas pelo contribuinte, de mercadorias tributáveis e, por ser presunção, admite prova em contrário, cabendo ao sujeito passivo o ônus da prova.

O enquadramento de uma empresa no Simples Nacional não a exclui de ser submetida a todos os procedimentos de fiscalização determinados na norma de regência para averiguação, ou mesmo homologação, dos lançamentos realizados e apresentados ao fisco estadual, uma vez que tal auditoria encontra-se expressamente determinada no art. 34, da LC nº 123/06 que assim expressa: *Aplicam-se à microempresa e à 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.*

É de saber notório que a Conta Caixa é de natureza devedora, sendo debitada pelas entradas de Recursos, nos recebimentos e creditada pelas saídas de Recursos, nos pagamentos. Seu saldo será sempre devedor, indicando dinheiro ou cheques em poder da empresa, ainda não depositados. Portanto, este roteiro de Auditoria demonstra a movimentação de numerário na empresa. Quando a fiscalização apura esta conta com saldo Credor, é legal a presunção de que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao autuado desconstituir a citada presunção.

No caso concreto, o Recorrente é optante do regime Simplificado do Simples Nacional não possuindo escrituração contábil - livro Diário e Razão, estando obrigado ao registro do livro Caixa que foi apresentado e tomado como base na auditoria. Foram consideradas todas as entradas de Recursos acobertadas através de documentos fiscais, independentemente da modalidade de pagamento, se em espécie, cheque ou em cartão de crédito. Os pagamentos também seguiram a mesma metodologia. Assim, a auditoria diz respeito ao “Caixa” da empresa, e consequentemente engloba toda a movimentação financeira, independentemente de sua modalidade.

Analisando o feito, observo que a autuante elaborou os demonstrativos sob a forma de anexos. A Infração 02 foi lançada através da reconstituição da conta Caixa utilizando os desembolsos com aquisições de mercadorias, bens e serviços, relacionados no Demonstrativo B1 (fls.14 a 20, do PAF), e das receitas com vendas de mercadorias, bens e serviços - Demonstrativo B2 (fls.21 a 34, do PAF), com os valores mensais apresentados no Demonstrativo A - Movimento Mensal de Caixa, anexo ao Processo, fls. 12 a 13.

No Demonstrativo A, além dos valores indicados nos Demonstrativos B1 e B2, foram incluídas também, as despesas que estavam lançadas no livro Caixa, conforme cópias anexas ao Processo (fls.36 a 68), como o pagamento de salários, GPS, FGTS, férias e 13º salário.

O Demonstrativo C1, anexo ao Processo fl.11 – apresenta na coluna Receita Bruta omitida os valores que deram origem ao cálculo do crédito reclamado, apurado com base na proporcionalidade das receitas tributadas. Portanto, o levantamento fiscal tomou por base os documentos fiscais e o livro Caixa do próprio Recorrente e a exigência fiscal encontra-se em

consonância com a legislação de regência.

A título de exemplo, no mês de março de 2013 verifica-se que foi apurado um saldo credor de R\$252.413,56, conforme planilha à fl. 12. Este valor foi transportado para a planilha de fl. 7 e considerado como Receita Bruta omitida. Após a aplicação do percentual de 49,55% referente ao índice de proporcionalidade de operações tributáveis foi encontrada a “Receita Tributada omitida” de R\$125.070,92. Após a aplicação da alíquota de 3,48% foi apurado o imposto devido de R\$4.352,47.

O recorrente alegou que a exigência do imposto, com a metodologia de cálculo como foi efetuada no presente lançamento, não é apropriada, pois a imputação deveria ser apurada com aplicação do sistema AUDIG de fiscalização, específico para apurar irregularidades cometidas por contribuintes optantes pelo SIMPLES NACIONAL.

Observo que o aplicativo Auditoria Digital – AUDIG foi desenvolvido e autorizado pela Diretoria de Planejamento da Fiscalização, para auxiliar os agentes fiscais na fiscalização de empresas optantes pelo Simples Nacional. Este aplicativo trata-se de um banco de dados onde são inseridas as informações a respeito do contribuinte em ação fiscal. A partir dos dados ali informados, como as entradas e saídas de mercadorias e serviços e registros constantes da escrituração fiscal do contribuinte resultam numa série de planilhas visando demonstrar o resultado então apurado. O citado AUDIG é, portanto, uma ferramenta utilizada pela fiscalização, que facilita a elaboração de planilhas que auxiliam na demonstração do valor do imposto apurado devido por empresas optantes pelo Simples Nacional. Nestes casos, o aplicativo AUDIG é utilizado para evitar que o imposto seja calculado com alíquotas aplicáveis a empresas do regime normal de apuração, o que não ocorreu neste processo.

Assim, constato que a autuante laborou em acerto. Após levantamento das parcelas consideradas como “saldos credores de caixa”, em face do cotejo entre os valores registrados na escrita fiscal do autuado e os respectivos documentos fiscais, considerando ainda a revenda de mercadorias do regime normal de tributação, abatendo os valores referentes as mercadorias sujeitas à substituição tributária e mesmo com isenção, sendo aplicada a proporcionalidade, nos termos da Instrução Normativa nº 56/2007.

Analisando os demonstrativos elaborados pela autuante, observo que atendem ao disposto no art. 18, § 1º, da LC nº 123/06. Foi apurada a receita bruta acumulada e, com base nessa receita, foi corretamente aplicada o percentual (“alíquota”) cabível dentre as previstas no Anexo 1 da LC nº 123/06 e determinações do § 3º, do art. 18 acima nominado.

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

§ 3º Sobre a receita bruta auferida no mês incidirá a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º deste artigo, podendo tal incidência se dar, à opção do contribuinte, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irrevogável para todo o ano-calendário.

Cabe observar que o sujeito passivo optou pelo enquadramento no SIMPLES NACIONAL instituído pela Lei Complementar nº 123/06. Tal opção resulta em um regime especial de apuração do imposto prevista no art. 18 e §§, que usa como parâmetro a “receita bruta” para determinar a base de cálculo e alíquotas necessárias para apuração do ICMS devido, havendo modificação na receita bruta sempre que for constatadas omissões, conforme ocorreu no presente caso, em função das omissões de vendas apuradas através da Auditoria da Conta Caixa, com mudança na alíquota aplicada, conforme procedeu a autuante em seu levantamento.

Em sendo assim, a infração foi apurada nos termos da legislação de regência, não tendo o condão de afastar a legitimidade da autuação, a ferramenta utilizada para apuração do *quantum* devido, se sistema AUDIG, ACCESS, EXCELL ou qualquer outro aplicativo, desde que obedecidas as regras determinadas em Lei.

Constato que em nenhum ponto de seu Recurso o autuado apresentou qualquer enfrentamento em relação à irregularidade apurada e, muito menos, carrearou aos autos elementos comprobatórios que pudesse elidir a presunção legal objeto da autuação. Observo ainda, que não ficou demonstrado que as ementas das decisões desse CONSEF, trazidas na peça recursal, se aplicam ao presente Auto de Infração, devido a peculiaridades presentes neste PAF.

Diante destes fatos, não prospera a alegação defensiva de que não se tem segurança e certeza dos dados lançados no *Demonstrativo* próprio de omissão de receitas, visto que os dados inseridos no levantamento fiscal e não contestados, foram obtidos da própria escrita fiscal do autuado.

Afasto o pedido de nulidade do lançamento, uma vez que não restou comprovado o alegado cerceamento ao direito de defesa, ou qualquer dos motivos de nulidades elencadas no art. 18 do RPAF/99.

Destaco que a Decisão de primeira instância não merece qualquer reparo considerando que foram devidamente apreciadas todas as questões de fato e de direito apresentadas no presente PAF e a mantenho com base em seus próprios fundamentos.

Ante ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 210426.0053/15-5, lavrado contra **GILVAN LOPES DA SILVA - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$63.373,20**, acrescido da multa de 75%, prevista no arts. 35, da 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

ANA CAROLINA ISABELLA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS