

A. I. Nº - 152452.0005/15-0
AUTUADO - MAGAZINE PETROLINA LTDA. - EPP
AUTUANTE - MARIA DA CONCEIÇÃO PATROCÍNIO ALEIXO
ORIGEM - INFRAZ JUAZEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 27.04.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0064-05/16

EMENTA: ICMS. 1. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS POR MEIO DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. EMPRESA OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A apuração do imposto foi realizada em consonância com o que determina a Legislação do SIMPLES NACIONAL, com utilização dos critérios da legislação do Estado da Bahia, constante do art. 4º, inciso 4º da Lei 7.014/96, em consonância com o art. 34 da Lei Complementar 123/06, não havendo o que falar em desenquadramento do SIMPLES NACIONAL. Mantida a infração. 2. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. A apuração do imposto devido deve obedecer ao previsto nos art. 18 a 21 da Lei Complementar 123/2006, bem como a aplicação das alíquotas para lavratura do Auto de Infração foram corretamente determinadas, utilizando-se a receita bruta acumulada nos 12 (dozes) meses anteriores ao do período de apuração com base no art. 18 da mesma Lei nacional, e respectivas tabelas, que é a legislação do SIMPLES NACIONAL. Infrações não elididas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/09/2015, exige ICMS no valor histórico de R\$65.211,16 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - 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 - Sem dolo. Constatada omissão de receita de operações tributadas pelo ICMS, evidenciada pela constatação de valores recebidos por meio de Cartão de Crédito/Débito sem a emissão dos correspondentes documentos fiscais. Presunção autorizada conforme determina o Artigo 4º, § 4º, inciso VI, alínea VII da Lei nº 7.014/96, corroborada pelo Artigo 34º, da Lei Complementar nº 123/06, referente aos exercícios 2013 e 2014. Salienta que o contribuinte emitiu Nota Fiscal de Venda a consumidor e Nota Fiscal - série 1, Pequeno Porte para consumidor final em substituição ao cupom fiscal, Pedido de uso da ECF-Iniciação para uso fiscal em 16/03/2013. Multa de 75% - Arts. 35, LC Nº 123/06; 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07 - Valor Histórico: R\$54.595,30;

INFRAÇÃO 2 - Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor. O contribuinte pagou a menor o ICMS Simples Nacional em Virtude de ter incorrido em erro na determinação da Base de Cálculo a das alíquotas aplicáveis nos exercícios de 2013 e 2014. Multa de 75% - Arts. 35, LC Nº 123/06; 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07 - Valor Histórico: R\$10.615,86.

O autuado, às fls. 44 a 48 dos autos, apresenta defesa e, logo, diz ser pessoa jurídica de direito privado estando enquadrada como empresa de pequeno porte, disciplinada, portanto, pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, no qual é optante pelo recolhimento de seus tributos na forma simplificada através do SIMPLES NACIONAL instituído pela lei complementar acima citada.

Registra que em recentes diligências a SEFAZ-BA realizou fiscalizações através do cruzamento de informações fiscais pelo sistema chamado “malha fina” com a finalidade de apurar o volume de vendas e consequentemente o ICMS devido pela empresa autora, sendo que no período fiscal, procedeu com o cruzamento das informações contidas nas Declarações do SIMPLES NACIONAL (PGDAS) fornecidas pelo contribuinte com as informações fornecidas pela operadora do cartão de crédito relativamente ao montante das operações realizadas.

Explica que diante do cruzamento das referidas informações, a autoridade fiscalizadora autuou a empresa por débitos de ICMS supostamente devidos em razão de ter feito declarações de valores a menor do que aquele informado pelas operadoras de cartão de crédito, resultando em saldo devedor, por omissão de receita, o que, diante desta divergência, através de seu órgão fazendário, constitui crédito tributário aplicando sobre essa diferença de vendas identificada a alíquota do ICMS e notificando a empresa para pagamento.

Esclarece que, ao realizar seus levantamentos e verificações, a empresa autuada verificou que há intransponíveis óbices na manutenção dos créditos tributários constituídos pela autoridade fiscal, isto porque as divergências apontadas pela fiscalização foram objeto de emissão de notas fiscais avulsas com recolhimento integral junto à SEFAZ de forma que o crédito tributário constituído pela autoridade já fora devidamente constituído pela empresa e efetivamente recolhido.

Declara que pode ser observado pelo levantamento da autoridade e seu cotejo com as notas que ora se apresentam em anexo, que os créditos tributários foram devidamente constituídos e recolhidos, sendo imperiosa a declaração de extinção do crédito tributário em virtude de seu pagamento.

Destaca outro ponto de extremo relevo, que a empresa, muito embora optante pelo simples nacional, teve sua autuação lavrada nos termos da legislação do ICMS normal do Estado da Bahia, quando a apuração deveria seguir a alíquota do SIMPLES NACIONAL. Disse que, caso as notas fiscais avulsas apresentadas não sejam suficientes à extinção total do crédito, ainda assim, caso restem faturamentos desacobertados de emissão de nota fiscal, a autuação merecerá reforma em seu aspecto quantitativo.

Registra que é possível constatar que o Fisco Estadual procedeu com a constituição do crédito de forma equivocada, pois sobre a base de cálculo identificada no sistema de “malha fina”, ao invés de utilizar a alíquota do SIMPLES NACIONAL, a autoridade fazendária constituiu o crédito tributário adotando a alíquota normal do Estado como se empresa autora fosse não optante do regime simplificado.

Pontua que ao constituir o crédito tributário em desfavor da empresa utilizando a alíquota de ICMS aplicável à apuração normal do imposto, deixando de utilizar a alíquota do SIMPLES NACIONAL, o Estado credor incorre em manifesta nulidade que deve ser prontamente corrigida. Desta forma, afirma que não pode ser compelida ao recolhimento de ICMS normal quando é contribuinte do SIMPLES NACIONAL, é possível constatar que o valor constituído no lançamento ora impugnado, foi apurado com base em alíquotas que não se enquadram no regime do Simples Nacional, devendo, portanto, ser retificado o valor do débito existente em nome da Autora agora nos moldes do que prevê a Lei Complementar nº 123/2006 e seus dispositivos regulamentares.

Chama atenção através dos termos do Art. 83 da Resolução CGSN nº 94, de 2011 no caso presente deve ser adotada a maior das alíquotas relativas à faixa de receita bruta de enquadramento do contribuinte, pois aplicando-se a regra insculpida da resolução supramencionada, tem-se que o contribuinte está enquadrado no Anexo I da Lei Complementar nº 123/2006, impondo-se que ao

faturamento identificado após o ajuste promovido pela SEFAZ/BA, o que faz incidir a alíquota de 3,95% (três vírgula noventa e cinco por cento).

Assim, sustenta que resta plenamente demonstrado o direito da empresa em não se submeter a exigência fiscal nos patamares em que constituído o crédito tributário impondo-se sua retificação para os valores determinados pela legislação de regência tal qual exposto acima.

Ressalta que quando da realização de lançamento de ofício suplementar para apuração de ICMS relativo a saídas não informadas pelo contribuinte deve o fisco utilizar a alíquota aplicável ao enquadramento fiscal daquele. Sendo assim, afirma que não há a menor possibilidade jurídica de aplicação da tributação prevista na legislação estadual de Pernambuco (tributação normal), em detrimento da sistemática prevista para o Simples Nacional, nos casos em que se constate omissão de receitas/saídas por contribuinte microempresa e empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional.

Destaca que a empresa não suportou a pena de exclusão do Simples Nacional permanecendo no regime favorecido mesmo após a apuração o lançamento efetuado pelo fisco. Pergunta que, uma vez que, permaneceu a empresa autuada no SIMPLES NACIONAL, porque teve contra si, constituído crédito tributário utilizando-se o critério quantitativo aplicado à tributação normal?

Chama atenção que o Fisco Estadual claramente equivocou-se dimensionando em excesso a alíquota aplicável no caso concreto constituindo crédito tributário em montante indevido. Reproduz a Lei Complementar nº 123/2006, em seu art. 39, § 2º e o regulamento da norma estabelecida no art. 39, §2º, o Comitê Gestor do Simples Nacional editou a Resolução CGSN nº 94, de 2011 - art. 83.

Assim, de acordo com as regras previstas nesta Resolução CGSN nº 94, de 2011, sustenta que a omissão de receitas/saídas deverá ser tributada na forma do Simples Nacional. Em outras palavras, para fins de cálculo do imposto e multa devidos pela ME ou EPP optante pelo Simples Nacional, deverão ser observadas as alíquotas do ICMS previstas nos anexos I ou II da Lei Complementar nº 123, de 2006 (entre 1,25% e 3,95%, de acordo com a faixa de receita bruta).

Desta forma, afirma que por ser da LC 123/2006 a responsável pelo disciplinamento legal das empresas que se encontram no Simples Nacional, deveria o Estado Réu ter utilizado a maior das alíquotas relativas à faixa de receita bruta de enquadramento da empresa contribuinte.

Por fim, pede: "*a) Que este ilustre órgão administrativo julgue procedente a presente impugnação para declarar a extinção do crédito tributário relativo aos períodos em que houve a emissão das competentes notas fiscais avulsas e o consequente recolhimento do crédito tributário; b) Sucessivamente, caso restem ainda períodos sem a devida emissão de notas fiscais que seja o retificado o lançamento efetuado pela autoridade fazendária para que seja apurado utilizando-se a alíquota máxima prevista para o ICMS no anexo de enquadramento da empresa contribuinte".*

Na fl. 60, a empresa autuada peticiona juntada de todas as notas fiscais avulsas emitidas pelo contribuinte, bem como todos os DAEs e seus respectivos comprovantes de recolhimentos, no qual alega demonstrar que a autuação foi lavrada nos termos da legislação do ICMS do Estado da Bahia, em alíquota superior ao previsto na legislação do SIMPLES NACIONAL.

Diz, ainda, que a partir dos documentos juntados, se satisfaz com a intimação por este órgão administrativo, consequentemente, requer a extinção do crédito tributário nos períodos que houve a emissão das competentes notas fiscais avulsas, devidamente comprovado com os recolhimentos. Por fim pede que seja retificado o lançamento efetuado pela autoridade fazendária para que seja apurada a alíquota máxima prevista para o ICMS no anexo de enquadramento da empresa contribuinte. Junta documentos, fls. 62/804.

Na informação fiscal, fls. 807/810, inicialmente, descreve as infrações e resume a peça defensiva.

Na contrarrazões, informa que o Auto de Infração em lide foi lavrado em 13/09/2015, para reclamar à falta de pagamento e pagamento a menor do ICMS Simples Nacional presumida por

meio do levantamento de venda com o pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, sem dolo, exercício de 2013 e 2014, dos valores supracitados. Fato constatado na Fiscalização Simples Nacional, conforme Ordem de Serviço nº 504194/15.

Esclarece que constatou alteração do PGDAS - Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório, somente no mês de janeiro, Apuração de 01/01/2013 a 31/01/2013, vale salientar que foi incluído nos cálculos e concedido o crédito declarado somente a parte referente ao ICMS, conforme planilha C2, coluna h- ICMS Declarado, (material entregue ao autuado em CD-RW, no ato da ciência). É importante frisarmos que a empresa passou pela malha fiscal e essa teve ações destinadas ao recadastramento da inscrição, identificar erros, e outros eventos que pudesse acarretar pagamento a menor – Simples Nacional, com Caráter informativo, orientador e espontâneo.

Salienta que o contribuinte foi autuado em 30/09/2013, PAF: 2113220068134 - Falta de recolhimento do ICMS Simples Nacional infração - 17.01.01 e Recolhimento a menor do ICMS declarado infração - 17.02.01, data de ocorrência 01/01/2011 a 15/01/2012. E, novamente constata-se Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, sem dolo, gerando falta de recolhimento e pagamento a menor do ICMS Simples Nacional do período 2013 e 2014, observamos que os exercícios em questão não foram fiscalizados anteriormente, contribuinte é reincidente na mesma infração.

Destaca que em relação às notas fiscais citadas pelo contribuinte como avulsa, refere-se a Notas Fiscais Pequeno porte, estão inseridas nas planilhas do programa PRODIFE – Processador de DFe, com a conotação Nota fiscal (NF); formulário documentos fiscais não eletrônicos, gravado na mídia CD-RW, demonstrativo Z na pagina 13; demonstrativo X2 pagina 16 e demonstrativo Y2 pagina 19 e 20; entregue ao autuado no ato da ciência em papel e gravado em mídia CD-RW.

Disse que a aplicação das alíquotas para lavratura do Auto de Infração em epígrafe foi determinada utilizando a receita Bruta acumulada nos 12 (dozes) meses anteriores ao do período de apuração com base no art. 18 da Lei Complementar nº 123/06, que é a legislação SIMPLES NACIONAL, demonstrativo C1 e C2, coluna H (alíquota do ICMS Simples Nacional), páginas 11 e 12.

Afirma que o auto de infração foi lavrado de acordo com a legislação vigente, o crédito foi constituído tendo em vista o confronto entre os valores constantes nas vendas declaradas através de documentos fiscais emitidos pelo contribuinte e os extratos fornecidos pela administradora de cartão de créditos e ou débitos (extraído do sistema da SEFAZ/INC – Informação do Contribuinte), não cabendo portanto Extinção total do crédito ou Nulidade.

Sendo assim, sustenta que as razões e as justificativas estão de acordo com a legislação vigente, motivo pelo qual requer que seja o presente Auto de Infração julgado Procedente.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, trata de duas infrações por descumprimento de obrigação principal, já devidamente relatadas.

Verifico do exame da infração, que não se trata de comparar as vendas realizadas com o montante das operações com cartões de crédito/débito, e sim o confronto entre o total de vendas efetuadas pelo contribuinte de acordo com os documentos fiscais emitidos e os correspondentes valores dos cartões de crédito/débito, fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões.

Assim, esclarece o autuante, que em relação às notas fiscais citadas pelo contribuinte como avulsa, refere-se a Notas Fiscais Pequeno porte e estão inseridas nas planilhas do programa PRODIFE – Processador de DFe, com a conotação Nota fiscal (NF); formulário documentos fiscais não eletrônicos, gravado na mídia CD-RW, demonstrativo Z na pagina 13; demonstrativo X2 pagina 16 e demonstrativo Y2 pagina 19 e 20; entregue ao autuado no ato da ciência em papel e gravado em mídia CD-RW. Assim, não há o que modificar no lançamento, pois já foram

consideradas.

A apuração do imposto devido na infração 02 obedece ao previsto nos art. 18 a 21 da Lei Complementar 123/2006, bem como a aplicação das alíquotas para lavratura do Auto de Infração foram corretamente determinadas, utilizando-se a receita Bruta acumulada nos 12 (dozes) meses anteriores ao do período de apuração com base no art. 18 da mesma Lei nacional, e respectivas tabelas, que é a legislação do SIMPLES NACIONAL, demonstrativo C1 e C2, coluna H (alíquota do ICMS Simples Nacional), página 11 e 12.

No que tange à infração 01, a apuração do imposto foi realizada em consonância com o que determina a Legislação do SIMPLES NACIONAL, com utilização dos critérios da legislação do Estado da Bahia, no caso da infração 01, constante do art. 4º, inciso 4º da Lei 7014/96, em consonância com o art. 34 da Lei Complementar 123/06, não havendo o que falar em desenquadramento do SIMPLES NACIONAL.

Lei Complementar 123/2006

...

Art. 34. Aplicam-se à microempresa e à empresa 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.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, mantendo integralmente as infrações 01 e 02.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **152452.0005/15-0**, lavrado contra **MAGAZINE PETROLINA LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$65.211,16**, acrescido da multa 75%, prevista nos arts. 35, da LC nº 123/06 c/c 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/04, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de abril de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE/RELATOR

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO - JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR