

A. I. N° - 232331.0008/16-5  
AUTUADO - JORGE LUIS SILVA NETO - ME  
AUTUANTE - LEA LÚCIA MOREIRA WEST  
ORIGEM - INFAS ATACADO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 20/12/2016

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0266-03/16**

**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 apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido. Infração não elidida. 2. SIMPLES NACIONAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. O sujeito passivo não elidiu a acusação fiscal restando configurada a subsistência deste item da autuação. Preliminar de nulidade rejeitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 15/06/2016, refere-se à exigência de R\$302.186,53 de ICMS, acrescido da multa de 75%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - **17.03.16.** Omissão de saídas de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2015. Exigido o valor de R\$129.333,73, acrescido da multa de 75%;

Infração 02 - **17.02.01.** Recolhimento efetuado a menos do ICMS declarado referente 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 imposto, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2015. Exigido o valor de R\$172.852,80, acrescido da multa de 75%.

O autuado apresenta impugnação, fls. 140 a 145, expressando suas razões de defesa nos termos seguintes.

Depois de reproduzir o teor da acusação fiscal, observa que, por se tratar de contribuinte optante do Simples Nacional, há de ser aplicada a legislação federal que regulamenta a matéria, qual seja a Lei Complementar 123/06, regulamentada pelo Comitê Gestor do Simples Nacional através da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011. Frisa que o Fiscal deixou de cumprir seu mister na íntegra, o que culminou no cometimento de ilegalidade no lançamento fiscal.

Pondera que reiterada infração induz à obrigatoriedade exclusão de ofício do Simples Nacional.

Sustenta que, entendendo fazer jus à isenção legal conferida pela legislação estadual do ICMS, procedeu à exclusão da alíquota dessa exação quando do cálculo do valor do Simples Nacional para as competências de janeiro/2013 a dezembro/2015, ou seja, perpetrou infração à legislação reiteradamente por 36 meses.

Afirma que, uma vez identificada a reiterada infração à legislação tributária que regulamenta a matéria, cumpre à autoridade fiscal, obrigatoriamente, atender ao quanto disposto no art. 75, da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, que transcreve.

Revela que, conforme amplamente afirmado pela autoridade fiscal, procedeu à exclusão da base de cálculo do Simples Nacional da parte devida a título de ICMS por entender ser titular de isenção fiscal, incorrendo em infração ao art. 29 da Lei Complementar 123 e ao art. 4º da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, que reproduz.

Registra que no âmbito federal, as decisões proferidas pelas Juntas de Julgamento da DRJ não destoam do entendimento ora sustentado, conforme se infere do julgado cuja emente transcreve.

Revela a ilegalidade cometida pela fiscalização, uma vez que se omitiu de sua obrigação legal de proceder à exclusão do contribuinte do Simples Nacional após identificação de reiterada (36 infrações) infração à legislação tributária – em total prejuízo ao contribuinte que goza de isenção do ICMS concedida pela legislação estadual. Assevera que, uma vez perpetrada a exclusão do contribuinte do Simples Nacional, ao fiscal cumpre proceder à constituição do crédito tributário a partir da legislação estadual que regulamenta o ICMS na unidade da federação respectiva – o contribuinte autuado é isento a partir da legislação do Estado da Bahia.

Menciona que o procedimento legal não fora realizado na íntegra pela fiscalização em razão da sanha arrecadatória do Fisco Estadual, uma vez que a autoridade fiscal, a partir da legislação estadual estar-se-á diante de isenção legal conferida ao contribuinte. Prossegue assinalando que nesse esteio, infere-se a ilegalidade do Auto de Infração, pelo fato do Fisco Estadual não ter sido precedido a sua exclusão de ofício que incorreu em comportamento reiterado de infração à legislação tributária.

Menciona que a fiscalização se esqueceu de seguir na íntegra a legislação federal que regulamenta a matéria, tendo utilizado exclusivamente os dispositivos que favorecem ao fisco estadual, à revelia do procedimento legal estampado na norma regente, isso porque, o disposto no art. 79 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, cujo teor reproduz.

Sustenta que nesse esteio, infere-se a manifesta constitucionalidade e ilegalidade do lançamento fiscal realizado pela Secretaria da Fazenda da Bahia - ente federado - para fins de constituir crédito tributário decorrente de obrigação principal mediante “Auto de Infração” próprio da SEFAZ, vez que há previsão legal vinculando a autoridade fazendária para proceder ao lançamento através de Auto de Infração e Notificação Fiscal - AINF, emitido por meio do Sistema Eletrônico Único de Fiscalização, o que macula o auto de infração de vício insanável.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração, em razão das inúmeras ilegalidades e constitucionalidades cometidas pela fiscalização e identificadas nesse arrazoado, em especial a ilegalidade do lançamento fiscal realizado em rito diverso do previsto no art. 79, da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, que determina que a constituição de crédito tributário principal seja perpetrada mediante Auto de Infração e Notificação Fiscal - AINF, emitido por meio do Sistema Eletrônico Único de Fiscalização, maculando o processo administrativo fiscal de vício insanável.

A autuante presta informação, fls. 149 a 152, nos termos a seguir resumidos.

Destaca que a infração de omissão de saída foi constatada através do cruzamento entre as informações registradas na Memória da Fita Detalhe - MFD dos ECFs utilizados no período fiscalizado, apresentadas pelo Contribuinte, e as informações enviadas pelas Administradoras de cartões donde se concluiu que o contribuinte não emitiu o documento fiscal para acobertar as operações de vendas de mercadorias realizadas com pagamento em cartão.

Afirma que a base de cálculo da infração de omissão de saídas foi determinada após segregação da receita da substituição tributária, conforme percentuais encontrados nas saídas registradas na MFD.

Explica que a infração de recolhimento a menos do ICMS foi verificada através do confronto entre as receitas tributadas apuradas na MFD e as receitas tributadas declaradas no sistema simplificado do Simples Nacional.

Revela que, concernente ao procedimento de cálculo que constatou o cometimento das infrações acima, o Autuado não questiona valor apurado algum. Observa que o defensor assume, claramente, que incorreu na infração de recolhimento a menor quando declara que: “... *perpetrou infração à legislação reiteradamente por 36 meses ...*”.

Declara que o impugnante também afirma: “... *procedeu à exclusão da base de cálculo do Simples Nacional da parte devida a título de ICMS por entender ser titular de isenção fiscal, incorrendo em infração ao art. 29 da Lei Complementar 123/06 ...*”. Prossegue assinalando que o autuado admite o cometimento da infração de recolhimento a menos, todavia utiliza-se desse fato para eximir-se de responsabilidade, ao pedir a nulidade do Auto de Infração.

Argumenta que, tendo cometido a referida infração por 36 meses, deveria ter sido enquadrada na previsão legal do art. 29, da LC 123/06, que trata em seu inciso V da exclusão de ofício pela prática reiterada. Reproduz o teor do inciso II, do art. 75, da Resolução nº 94/2011, para arguir sobre a obrigatoriedade da SEFAZ/BA de promover a sua exclusão.

Diz que da análise do art. 29, inciso V, da Lei Complementar 123/2006 e dos artigos 75 e 75 da Resolução do CGSN Nº 94/2011 que transcreveu análise das normas do Comitê Gestor do Simples Nacional, acima transcritas, pode-se concluir que, efetivamente, a SEFAZ/BA tem competência para proceder a exclusão de ofício, desde que verificada a ocorrência da prática reiterada das infrações.

Pondera que para definir a expressão prática reiterada, o legislador estabelece como parâmetros a apuração da infração com a lavratura do auto ou notificação fiscal e o lapso de tempo em que ocorreria a repetição do fato, ou seja, os últimos cinco anos-calendário. Prossegue frisando que após a ocorrência da segunda autuação com decisão definitiva para a cobrança do crédito tributário pela mesma irregularidade constatada dentro dos últimos cinco anos-calendário, será caracterizada a prática reiterada. Arremata sustentando que a exclusão somente poderá ocorrer a partir da segunda autuação fiscal, referente ao mesmo fato, com decisão transitada em julgado.

Afirma que, de posse dessa definição, infere-se que, apesar da clareza das infrações de recolhimento a menor e omissão de saídas, praticadas por 36 vezes, apuradas neste Auto de Infração, para configurar a prática reiterada, antes de qualquer coisa, faz-se necessário o julgamento deste Auto de Infração com decisão definitiva para a cobrança do respectivo crédito tributário. Continua explicando, em seguida, exige-se a confirmação da existência de outro auto ou notificação fiscal lavrado para a cobrança da mesma infração, verificada em relação ao mesmo período de cinco anos-calendário com decisão definitiva para a cobrança do crédito. Arremata aduzindo que assim restaria caracterizada a prática reiterada, que poderia ensejar uma futura exclusão de ofício.

Registra que o Autuado, ao citar os dispositivos legais, imprimiu a interpretação que lhe convinha com o claro objetivo de livrar-se da autuação. Acrescenta ponderando que, tendo o defensor avaliado que a apuração do imposto na sistemática do Simples Nacional não lhe traria mais benefícios, pelas razões expostas em sua defesa, poderia pedir sua própria exclusão, conforme prevê o inciso I, do art. 73, da Resolução do CGSN nº 94/2011. No entanto, prosseguiu em sua prática, contrariando as regras do Simples Nacional, utilizando-se dos benefícios que lhe eram convenientes.

Observa que o autuado questiona sobre a utilização do Auto de Infração lavrado pela SEFAZ/BA, argumentando que: “...há previsão legal vinculando a autoridade fazendária para proceder ao lançamento através de Auto de Infração e Notificação Fiscal - AINF, emitido por meio do Sistema Eletrônico Único de Fiscalização, o que macula o auto de infração de vício insanável.”

Esclarece que o Comitê Gestor disciplinou a utilização dos procedimentos administrativos fiscais, previstos na legislação de cada ente federado, nas Disposições Transitórias da Resolução do CGSN Nº 94/2011, cujo teor reproduz.

Diante da possibilidade de ser utilizado o procedimento administrativo fiscal do Estado, com a cobrança do crédito tributário através do Auto de Infração da SEFAZ/BA, informa que o presente Auto de Infração foi lavrado obedecendo aos prazos estabelecidos nas alíneas “a” e “b” da previsão legal acima.

Conclui assinalando não caber a argüição de nulidade do Auto de Infração quando se verifica que o lançamento tributário foi realizado por procedimento administrativo fiscal autorizado pela legislação vigente - LC 123/06, Resolução do CGSN Nº 94/2011, Lei Estadual Nº 7014/96 e o RPAF-Dec. 7629/99.

#### VOTO

Compulsando os autos, não vislumbro na autuação qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, que foi exercida plenamente, haja vista que o sujeito passivo demonstrou perfeito conhecimento das infrações, as quais foram fundamentadas em demonstrativos analíticos e documentos fiscais, cujas cópias foram fornecidas ao contribuinte, De fato, resta evidenciado os dispositivos do regulamento considerados infringidos pelo contribuinte foram indicados no Auto de Infração, bem como os dispositivos legais referentes à multa proposta.

Na lavratura do presente Auto de Infração, cujos fatos geradores ocorreram no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2015, a fiscalização adotou procedimentos que encontram amparo nas alienas “a” e “b”, do inciso I, no §8º, do art. 129, das Disposições Transitórias da Resolução do CGSN Nº 94/2011, eis que lastreado na legislação tributária de regência do Estado da Bahia. Portanto, não vislumbro nos autos qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade como suscitou o defendant.

Em sua defesa, o autuado suscitou como ilegalidade na autuação por inobservância do devido processo legal em razão da fiscalização ter identificado infração à legislação tributária - exclusão da base cálculo do Simples Nacional da parte devida a título de ICMS por entender ser titular de isenção fiscal - perpetrada por ele reiteradamente por 36 meses e não ter procedido à sua exclusão de ofício no Simples Nacional, conforme disposto no art. 75 da Resolução do CGSN Nº 94, de 29 de novembro de 2011.

Convém salientar que a adesão ao regime simplificado do Simples Nacional é uma prerrogativa do contribuinte. Compete a ele avaliar se é vantajoso ou não essa opção em comparação com a adoção do regime normal de apuração do imposto, que utiliza o regime de conta - corrente fiscal, no qual, as operações isentas não são oferecidas à tributação. Distintamente do Simples Nacional que na apuração do imposto a base de cálculo é decorrente da receita bruta auferida. Ademais o defendant que atua no ramo de “Comércio Varejista de mercadorias com predominância de produtos alimentícios”, como se verifica no cadastro do INC - Informações do Contribuinte à fl. em geral, apesar de afirmar “ser titular de isenção fiscal” não traz aos autos qualquer comprovação de sua alegação.

Logo, não há como prosperar o argumento da defesa, optante do Simples Nacional, ao ser autuado por cometer irregularidades continuadas e por ele próprio reconhecidas, invocar a sua exclusão de ofício por haver previsão legal para o sujeito ativo assim proceder. É bom que se frise que, por ocasião da lavratura do Auto de Infração, o impugnante encontrava-se regularmente submetido ao regime do Simples Nacional, inclusive com recolhimentos regulares no período fiscalizado, como se verifica nas Relações de DAEs acostadas às fls. 46 a 50. Ocorrendo as situações tipificadas no art. 29 da Lei Complementar 123/2006, é atribuída ao Sujeito Ativo, tão-somente, a prerrogativa de promover a exclusão de ofício do Simples Nacional.

Concordo com o entendimento da autuante de que o legislação de regência estabelece como parâmetros, não a ocorrência continuada da irregularidade, como aduz o impugnante, e sim, a apuração da infração com a lavratura do auto ou notificação fiscal e o lapso de tempo em que ocorreria a repetição do fato, ou seja, os últimos cinco anos-calendário. Assim, a exclusão somente poderá ocorrer a partir da segunda autuação fiscal, referente ao mesmo fato, com decisão transitada em julgado.

Ademais, a descrição das infrações permite, claramente, identificar sobre o que está sendo imputado ao contribuinte, não ocorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF-BA/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento. Pelo expedito, considero superadas as preliminares de nulidade suscitadas pelo defensor.

No mérito, a Infração 01 trata de omissão de saída de mercadoria tributada presumida, 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, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2015, conforme demonstrativos acostados às fls. 14 a 43.

À época dos fatos geradores, o autuado estava inscrito no SIMPLES NACIONAL, na condição de microempresa, tendo sido realizado confronto entre o total de vendas efetuadas pelo contribuinte de acordo com os documentos fiscais emitidos por meio de cartão de crédito/débito e os correspondentes valores dos cartões de crédito/débito, fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões.

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.

Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, tendo sido entregue ao sujeito passivo o Relatório TEF Diário por Operação, fl. 127, o que lhe possibilitou fazer o confronto dos valores obtidos nas reduções “Z” e documentos fiscais de vendas com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito.

A exigência de imposto por presunção legal, que pode ser elidida pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, compete ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF-BA/99. No entanto, o defensor não carreou aos autos comprovação alguma que pudesse elidir a acusação fiscal.

A Infração 02 do Auto de Infração se refere ao recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido 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 de alíquota aplicada a menos, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2015, conforme demonstrativos acostados às fls. 14 a 43.

Este segundo item do Auto de Infração está relacionado com a Infração 01. Em virtude disso, seus demonstrativos são compartilhados. Logo, resta patente que os dados constantes nos demonstrativos atinentes a esse item da autuação representam aqueles decorrentes das receitas efetivas obtidas pelo estabelecimento autuado, o que traduz o correto procedimento que apurou os valores lançados pelo autuante, em consonância com a inclusão na receita bruta da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada na Infração 01.

Consigno que, em relação ao mérito da autuação, o sujeito passivo em suas razões de defesa, não apresentou qualquer documento ou demonstrativo para contrapor aos elaborados pela autuante.

Entendo que estão caracterizadas as infrações apontadas, sendo devido o imposto calculado nos demonstrativos AUDIG elaborados pela autuante, tendo sido apurado o débito considerando a condição do autuado como optante pelo Simples Nacional.

Concluo pela subsistência das infrações 01 e 02, nos valores constantes no demonstrativo de débito.

Em face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232331.0008/16-5 lavrado contra **JORGE LUIS SILVA NETO - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$302.186,53**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 44, inciso I, c/c art. 35 da Lei Complementar nº 123/06, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA