

A.I. Nº - 232183.0002/16-5  
AUTUADO - BVC COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (BOA VISTA) - ME  
AUTUANTE - EDSON DOS SANTOS VASCONCELOS  
ORIGEM - INFRAZ VAREJO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 17.03.2017

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0007-04/17**

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. RECEITA TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **a)** ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA A MENOR. **b)** CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES RESULTANDO EM DIFERENÇA NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Infrações não elididas. Rejeitadas as preliminares de nulidade e o pedido para realização de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/03/2016, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$46.252,88, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

INFRAÇÃO 01-17.03.16 - omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, sem dolo, nos meses de janeiro/2011 a dezembro de 2015. ICMS no valor de R\$42.821,03, acrescido da multa de 75%.

INFRAÇÃO 02 - 17.02.01 - Efetuou recolhimento a menor do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor referentes aos meses de janeiro/2011 a dezembro de 2011 e agosto de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$3.431,85, acrescido da multa de 75%.

O autuado apresentou defesa (fls. 24 a 30) inicialmente informando tratar-se de empresa atuante na área de prestação de serviços relativos a comércio de alimentos, tudo em conformidade com as informações constantes em seu Extrato Fiscal.

Diz que foi acusado de não ter recolhido o ICMS sob a alegação de ter omitido na declaração de saídas algumas mercadorias tributadas, presumidas pela constatação de vendas com pagamentos feitos com cartão de crédito/débito em valor inferior ao informado pelas administradoras de cartão de crédito, ambas informações atestadas na descrição dos fatos do auto de infração.

Afirma que conforme preconiza a legislação tributária, deverá o auto de infração identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitar a penalidade, devendo, portanto observar os requisitos que indicou.

Ressalta que o cumprimento dos requisitos indicados tem como única e exclusiva finalidade de assegurar ao autuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa, pois somente com preenchimento de todos os requisitos, permitirá a obtenção de informações seguras ao autuado, estas importantes para a elaboração de sua defesa.

Informa que o auto em questão, em momento algum, deixou patente a exigência a ser cumprida pelo autuado, mais, nem ao menos o possibilitou defender-se, já que houvera informação fiscal incompleta, fato este corroborado pela descrição do próprio auto de infração fiscal.

Pelos motivos expostos pede a nulidade do Auto de Infração.

Transcreve o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal/88, que trata do Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa e fala que no processo administrativo o contraditório se traduz na faculdade do autuado (sujeito passivo) manifestar sua posição sobre os fatos ou documentos trazidos ao processo pelo (sujeito ativo).

Acrescenta que é também da essência da autuação a indicação sucinta da origem e natureza do crédito tributário, mencionando especificamente a disposição da lei em que seja fundado e a descrição completa dos fatos e também o sujeito passivo deve conhecer plenamente as acusações que lhe são imputadas para que possa, adequadamente, rebatê-las, sob pena de nulidade do auto de infração.

Entende que não poderá ser considerado como precisa e clara a descrição da infração cuja peça acusatória não transpareça a exatidão dos fatos, omitindo detalhes que podem interromper a ligação entre o descrito e o ocorrido. Transcreve o teor do art. 18, II do Decreto nº 7.629 (RPAF).

Após, fala que a multa aplicada resta maculada, por não seguir os ditames do art. 277 do Regulamento do ICMS - BA., que transcreveu. Acrescenta que o referido artigo confere aos contribuintes optantes do Simples Nacional a isenção do ICMS, para os casos de receita bruta até R\$ 180.000,00. Sendo assim, a base de cálculo para auferimento da multa deveria considerar tal direito, utilizando apenas o valor excedente àquele valor permitido.

Pelos motivos expostos entende ter restado clara a ilegalidade da multa.

Finaliza requerendo a nulidade do Auto de Infração e não sendo este o entendimento pede a conversão do mesmo em diligência fim de apurar as informações prestadas, verificando as falhas levantadas e comprovando as alegações de erro na apuração do débito.

No mérito, solicita a correção da multa em função de erro cometido pelo representante estadual.

O autuante ao prestar a informação fiscal às fls. 24/25 após transcrever o teor das infrações diz que as alegações do autuado sobre a nulidade da autuação não procedem, pois o processo de fiscalização, desde o inicio até a sua finalização, cumpriu rigorosamente aos preceitos previstos no RPAF/BA.

Relata que em 03/06/2016, foi protocolada Justificação, conforme fl. 22, no qual o reclamante discorda da cobrança, alegando que o benefício a que tem direito, o art. 277, fica isentas do pagamento do ICMS, as microempresas optantes do Simples Nacional cuja receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao do período de apuração, não ultrapasse R\$180.000,00 (cento e oitenta mil reais), não foi respeitado.

Informa que nos termos da Lei Complementar nº 123/06, as alíquotas obedecem às faixas de faturamentos e a faixa de isenção vai até R\$180.000,00. Como a autuada ultrapassou esta faixa, conforme consta na coluna G1 dos demonstrativos anexos (fls. 10 a 14), encontra-se dentro da incidência do ICMS/SIMPLES NACIONAL, não tendo guarida, pois, a sua alegação, por não estar disposto no diploma legal.

Conclui pela manutenção da acusação em sua totalidade.

## 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, ter omitido saídas tributadas apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora

de cartões (infração 1) e ter recolhido a menor o ICMS em decorrência de erro na informação da receita e/ou aplicação de alíquota a menor (infração 2).

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade do lançamento sob o argumento de que não foram obedecidos os requisitos estabelecidos na legislação tributária, cerceando o seu direito de defesa. Razão não assiste ao sujeito passivo quanto estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do Auto de Infração em apreço, tendo sido indicados com clareza os enquadramentos legais e multas aplicadas, constando no campo próprio do Auto de Infração, citando o artigo da Lei Complementar nº 123/2006, que trata do Simples Nacional e a Lei nº 7.014/96, que trata do ICMS.

Observo também que não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação das infrações, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Devo registrar, por oportuno, que as cópias dos demonstrativos sintéticos e analíticos, inclusive o Relatório TEF foram entregues ao contribuinte, conforme se verifica no documento de fl. 19, assinado pelo representante legal da empresa.

Desse modo, não acolho a nulidade suscitada.

No mérito, o sujeito passivo não apresentou nenhum documento ou demonstrativo para contrapor aos elaborados pelo autuante. Por outro lado verifico que as exigências fiscais foram apuradas através dos demonstrativos anexados aos autos às fls. 10/14. Os valores das receitas brutas declaradas foram extraídos das DASN (Declaração Anual do Simples Nacional), dos Extratos do Simples Nacional declaradas à Receita Federal. A omissão de receita foi apurada a partir do confronto das notas fiscais/cupons fiscais em correspondência de valor e data com os boletos de cartão de crédito/debito discriminados no relatório TEF, cujas cópias foram entregues ao contribuinte, conforme atesta o documento de fl. 19, assinado pelo preposto da empresa.

Também observo que foram demonstrados os percentuais utilizados na segregação das receitas normais e aquelas outras do regime de substituição tributária. Com base em tais demonstrativos, as receitas omitidas correspondentes percentualmente às operações sujeitas à substituição tributária foram segregadas para fim da exigência da infração do Simples Nacional (art. 18, IV da LC nº 123/06).

Na infração 1 a autuação está fundamentada no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê *in verbis*: “*O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção*”.

Desta forma, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, conforme determina dispositivo legal anteriormente mencionado, o que não ocorreu no presente caso.

Na defesa o autuado questiona o cálculo do imposto devido, pois no seu entendimento tratando-se de empresa inscrita no Simples Nacional somente seria tributável a receita bruta de R\$180.000,00, pois até aquele limite estaria alcançado pelo benefício da isenção prevista no art. 277.

Não há como prosperar este argumento. O Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar nº 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 art. 18 da referida Lei determina que o valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial será determinado mediante a aplicação em tabela Anexa ao referido dispositivo legal. Por outro lado o § 20 do artigo anteriormente citado estabelece que os Estados podem conceder isenção do ICMS devido pelas empresas inscrita no referido Regime.

Já o art. art. 277 do RICMS/BA assim determina:

*"Art. 277. Ficam isentas do pagamento do ICMS as microempresas optantes pelo Simples Nacional cuja receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao do período de apuração não ultrapasse R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais)."*

Da análise dos mencionados dispositivos legais conclui-se que fica dispensado do pagamento do imposto às microempresas que no nos últimos dozes meses auferirem o valor de até R\$180.000,00, o que não foi o caso já que após a inclusão das omissões apuradas pela fiscalização as receitas brutas anuais ultrapassaram o limite estabelecido, conforme fica evidenciado nos demonstrativos de fls. 18/14. Vale ressalvar que na legislação posta inexiste a possibilidade de tributar apenas o excedente do limite da isenção como pretendido pelo sujeito passivo.

No caso da infração 2 foi exigido o imposto sobre as operações acobertadas por documentos fiscais de vendas e emitidos pelo próprio contribuinte e declaradas nas DASN, após a aplicação das alíquotas constantes no Anexo I da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006 correspondentes à Receita bruta acumulada auferida em 12 meses, incluindo as Receitas omitidas, em decorrência da diferença entre os TEF Diários informados pelas administradoras para os valores declarados neste modo de pagamento.

Quanto ao pedido do autuado para realização de diligência este fica indeferido, com base no art. 147, I, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação a presente lide. Ademais, suas alegações de equívocos nos levantamentos efetuados pelo autuante não se fazem acompanhar das provas documentais que as ampare. Como tais provas se referem a documentos e livros que estão de posse do próprio contribuinte, caberia a este trazê-los aos autos para elidir a infração, demonstrando as incorreções alegadas, e não requerer revisão a cargo do Fisco com base em alegações desprovidas de suporte fático.

Nestas circunstâncias, não tendo o autuado apresentado nenhum demonstrativo que pudesse elidir a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, nem que houve erro na apuração da falta de recolhimento e de recolhimentos a menor de valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, concluo que a presunção de omissão de saídas que dá sustentação ao item 1, e por via de consequência às diferenças do item 2, está amparada em lei, razão pela qual julgo subsistentes ambas as infrações.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232183.0002/16-5, lavrado contra **BVC COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (BOA VISTA) - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$46.252,88**, acrescido da multa de 75%, prevista nos arts. 34 e 35, da Lei Complementar nº 123/06, art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96 de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 fevereiro de 2017.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA