

A. I. Nº - 130576.0022/13-0
AUTUADO - EDVANIA FRANCISCA DE MENEZES ME
AUTUANTE - JOSENINA CAMPOS TEIXEIRA OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28/03/2018

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0018-03/18

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. IMPACTO DA PRESUNÇÃO DE SAÍDAS NÃO TRIBUTADAS NO ICMS A RECOLHER. RECOLHIMENTO A MENOS. O imposto a recolher sofre acréscimos em decorrência da inclusão, no faturamento, dos novos valores de saída apurados. Item subsistente. 2. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCEIRAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Infração não elidida. Aplicação de penalidades conforme Lei Federal nº 9.430/96 reduz de 150% para 75%. 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 26/12/2013, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$24.477,01, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

Infração 01 - **17.02.01**. Recolhimento 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 devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor referentes aos meses de outubro e dezembro de 2010, fevereiro a novembro de 2011 e janeiro a dezembro de 2012, sendo exigido o valor de R\$18.095,62, acrescido da multa de 75%;

Infração 02 - **17.03.02**. 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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de junho a outubro de 2011, janeiro a dezembro de 2012. Exigido o valor de R\$6.381,39, acrescido da multa de 150%.

O autuado apresenta defesa, fls. 113 a 118, inicialmente observa a tempestividade da impugnação e, em seguida, articula os argumentos que se seguem.

Afirma as notificações restam eivadas de nulidades, pois, em conformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, o Demonstrativo elaborado pela Autuante deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida.

Destaca que o cumprimento dos requisitos acima tem como única e exclusiva finalidade 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.

Assevera que sua atividade empresária se iniciou ainda no segundo semestre de 2010, uma vez que, apenas a partir de agosto de 2010 passou a ter receita tributável. Prossegue frisando que, conforme os documentos que anexa, quais sejam os Extratos do Simples Nacional, e consoante declaração do próprio Fisco, a Empresa, declaradamente microempresa, é optante do Simples Nacional, com fulcro na LC 123/2006, cuja aderência se deu desde a fundação de sua atividade empresária.

Observa que o Simples Nacional é um regime compartilhado de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos aplicável às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, previsto na Lei Complementar nº 123/06. Em seguida, depois de descrever sobre a natureza do Simples Nacional, acrescenta que o regime visa o recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios mediante regime único de arrecadação, por meio da aplicação de alíquota variável, conforme atividade (industrial, comercial ou serviços) e nível de faturamento sobre a receita bruta. Lembra que o regime inclui o IRPJ, CSLL, Cofins, PIS/PASEP, Contribuição Patronal - de que trata o art. 22, da Lei nº 8.212/91, ICMS e ISS.

Afirma que os documentos que ora junta aos autos demonstram o devido recolhimento do ICMS, assim como dos demais tributos atinentes a incidência tributária de sua atividade, de forma diferenciada, todavia integral, através das declarações de Imposto de Renda. Acrescenta que se verifica, através de sua declaração tempestiva do Imposto de Renda, atinentes aos anos fiscais de 2010, 2011 e 2012, que procedeu com o integral adimplemento de suas obrigações tributárias, inclusive quanto ao ICMS.

Ressalta ainda que tais declarações enviadas jamais foram impugnadas ou contestadas pelo Fisco Nacional, e por isso frisa entender que as suas obrigações fiscais estão totalmente adimplidas, vez que, sendo aderente ao Simples Nacional, cabe a Receita Federal proceder com a repartição de receita junto ao Estado e ao Município quanto ao valor recolhido pelo contribuinte.

Arremata frisando que, conforme expandido, não há que se falar de inadimplemento parcial ou total das obrigações tributárias quanto ao recolhimento do ICMS nos períodos alegados pelo Fisco Estadual.

Observa que o Fisco Estadual junta ao Auto de Infração uma planilha mês a mês, desde novembro/2010, apontando também neste sistema, mês a mês, a suposta diferença de valor quanto ao crédito fiscal a ser recolhido, o que ao final teria gerado a suposta dívida fiscal apontada.

Cita como exemplo, novembro/2010 que restou apontado pelo Fisco uma receita total apurada de R\$14.333,40, o qual restou alegado que o ICMS jamais foi recolhido, gerando assim a dívida fiscal de R\$142,57. Continua frisando que, conforme no tocante ao mesmo período, a Empresa Autuada na declaração posta no Extrato do Simples Nacional, declarou uma receita de R\$29.843,70.

Revela que, consoante se verifica na declaração de Imposto de Renda, através do Extrato do Simples Nacional, todas as obrigações tributárias da Empresa foram adimplidas, entretanto, revela que houve a dispensa do recolhimento do ICMS consoante norma isentiva vigente, vez que teve uma receita total de valor abaixo do mínimo da base de cálculo.

Cita também o caso da indevida cobrança quanto ao ICMS atinentes a março/2011. Diz que consoante equivocada planilha elaborada pelo Fisco, o valor da receita total foi de R\$ 25.053,81, o qual foi alegado que restou inadimplido na sua totalidade, gerando assim um suposto crédito

tributário a receber de R\$252,32. Entretanto, conforme declaração de IR constante no Extrato do Simples Nacional, em março/2011 foi apurada uma receita de R\$44.000,00, o que, pelo sistema especial do Simples Nacional, foi recolhido a título de ICMS total o valor de R\$1.500,16, não havendo que se falar, portanto em inadimplência com o Fisco.

Diz ser notório que a planilha de cálculo possui irregularidades, devendo ser totalmente rechaçada e, por conseguinte, devendo ser aplicado os valores constantes no Extrato do Simples Nacional, os quais já foram apresentados ao Fisco Nacional, que jamais veio a contestar tais declarações.

Observa que o Auto de Infração, de forma equivocada, apresenta planilha de cálculo referente o recolhimento do ICMS por substituição tributária e também sem a substituição tributária. Continua ponderando que, conforme já exposto acima, não há que se falar em descumprimento de obrigação principal tributária no tocante ao recolhimento do ICMS sem substituição tributária, uma vez que, tal dever foi devidamente adimplido a partir da declaração do Imposto de Renda, consoante exposição acima narrada.

Lembra que tem como atividade empresária a comercialização de produtos em pequeno estabelecimento comercial e, para tanto, procede com a aquisição de bens de consumo os quais são efetivamente revendidos ao consumidor final.

Assinala que para alegar o descumprimento do recolhimento do ICMS, por substituição tributária para trás, deveria o Fisco apresentar as notas fiscais e comprovantes de pagamento no tocante as operações de venda das mercadorias de seus fornecedores.

Revela que, como se sabe, a substituição tributária - ST para trás responsabiliza o substituto tributário, para proceder com o recolhimento do ICMS, nos moldes convencionais, referente aos produtos adquiridos junto ao fornecedor primário, antecedente na cadeia produtiva.

Frisa que os documentos que fundamentam o Auto de Infração se referem a suposta receita auferida a partir de operações de cartão de crédito e de débito. Assim, não tem o Fisco, tampouco juntou aos autos as notas fiscais e demais documentos relativos às operações de revenda.

Sustenta que, efetivamente o Fisco não apresentou sustentáculo plausível algum para embasar a autuação quanto ao recolhimento do ICMS por substituição tributária, vez que não tem como precisar a Base de Cálculo para quantificar o crédito tributário devido.

Ressalta que o Fisco não tem como presumir ou demonstrar o valor relativo a este tipo de operação, uma vez que efetivamente não tem conhecimento sobre os contratos pactuados com seus fornecedores.

Arremata assinalando serem totalmente descabidas as alegações do Fisco quanto ao suposto descumprimento da obrigação de recolher o tributo em espeque por substituição tributária.

Em relação à multa aplicada, mês a mês, suscita ainda que a mesma é indevida e ilegal, pois se mostra exagerada e arbitrária.

Pede a concessão de anistia, nos termos do art. 181, do CTN, uma vez que o valor referente à multa imposta no Auto de Infração provavelmente virá ocasionar problemas financeiros à Empresa para que esta continue exercendo sua atividade empresária.

Requer a nulidade do Auto de Infração e se assim não entendido, que seja o feito convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores aferidos pela autuação aos meses relacionados, comprovando as alegações de erro na apuração.

Solicita que seja adentrado no mérito da presente defesa, e que se constatando a incidência de multas e juros superiores aos previstos legalmente, proceda-se aos recálculos do real valor devido, expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos ilícitos. Pugna que seja notificada de todo o andamento do processo administrativo para o regular exercício da ampla defesa.

Conclui pugnando para que seja acolhida sua tese de que o recolhimento do imposto, sem substituição tributária, foi feito corretamente, bem como que seja afastada a alegação de descumprimento da obrigação principal quanto ao recolhimento do ICMS com substituição tributária.

A Autuante presta nova informação fiscal, fls. 134 a 138, esclarecendo que o procedimento utilizado para a apuração do débito, através do programa de fiscalização aprovado e homologado pela SEFAZ para ser aplicável aos contribuintes do simples nacional, auditoria digital - AUDIG, com a explanação do conteúdo dos relatórios elaborados por este programa, anexados às fls. 28 a 49.

Afirma que o Autuado, de forma equivocada, faz relatos contra a autuação sem base legal. Indaga o Impugnante de como afirmar que em função das declarações anuais apresentadas ao fisco nacional nunca terem sido contestadas pelo mesmo, não existe inadimplemento do ICMS.

Depois de reproduzir o teor das alegações da defesa, explica que a apuração do débito compreende três etapas: 1- Levantamento da receita proveniente das vendas de mercadorias; 2- Cálculo do valor do ICMS devido e; 3 - Determinação do valor do débito através do confronto entre o valor do ICMS devido e o ICMS declarado.

Em relação ao levantamento da receita proveniente das vendas de mercadorias, inicialmente, esclarece que é estabelecido o confronto entre os valores das vendas em cartão de crédito/débito, registrados nos documentos fiscais apresentados pelo contribuinte, conforme planilhas elaboradas, fls. 50 a 106, e os valores das vendas em cartão, através do sistema TEF - Transferência Eletrônica de Fundos, fls. 14 a 16. Do resultado desse confronto, apurou por presunção legal o valor da receita proveniente das vendas em cartão, sem emissão das respectivas notas fiscais.

Prossegue frisando que constatado a omissão acima, procedeu ao levantamento da receita total da empresa, acrescentando ao valor integral das vendas (cartão + outros), apresentadas pelo contribuinte, o valor da omissão apurada.

Esclarece que, por se tratar de empresa que comercializa produtos da substituição tributária, essa nova receita foi submetida à segregação para separar o montante da receita proveniente das vendas dos produtos da substituição (tributados antecipadamente) do montante da receita que será a base de cálculo para apurar o imposto devido.

Quanto ao cálculo do valor do ICMS devido destaca que a base de cálculo encontrada foi submetida às alíquotas constantes do Anexo I, da LC nº 123/2006, do Simples Nacional para apurar o ICMS devido.

No que diz respeito à determinação do valor do débito através do confronto entre o valor do ICMS devido e o ICMS declarado, explica que apurado o valor do ICMS devido, este foi confrontado com o valor do ICMS declarado, gerado nos extratos do Simples Nacional, de forma que, durante o período fiscalizado, o contribuinte acumulou diferenças de ICMS a recolher conforme fls. 28 a 35 e 43. Assinala que as diferenças de ICMS a recolher, determinadas mensalmente, foram desmembradas por infração como demonstra o relatório às fls. 29 a 36 e 44.

Quanto ao questionamento sobre as multas, informa que o contribuinte optante pelo Simples Nacional deve se adequar às normas que regem este sistema simplificado de tributação. Essas normas são criadas pelo Comitê Gestor do Simples Nacional. Explica que o CGSN tem por finalidade gerir e normatizar os aspectos tributários do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, nos termos do art. 2º, da LC nº 123/06.

No que se refere à aplicação das multas, observa o que está explicitamente ordenado na Resolução nº 30 do CGSN.

Diz que além das alegações acima explicitadas, o Autuado refere-se aos meses de novembro de 2010 e março de 2011, como declarados com valores equivocados da receita e do ICMS. Continua

explicando que, em virtude da empresa não ter apresentado as notas fiscais de saídas referentes ao período constata a omissão de receita e o Estado acata como única receita comprovada, o total informado pelas administradoras de cartão.

Ressalta que as informações das administradoras de cartão, apesar de não serem documentos fiscais, são documentos legitimados pelo convênio ECF 01/01, o qual dispõe sobre informações do faturamento de estabelecimento usuário de ECF, prestadas por administradoras de cartão de crédito às Secretarias Estaduais de Fazenda, devidamente autorizadas pelo contribuinte.

Assevera que as receitas declaradas na DASN dos anos citados não estão com a proporcionalidade referente à substituição tributária a qual teria direito, razão pela qual os valores ficaram maiores ao que encontrou.

Quanto ao valor de R\$1.500,16, que a defesa alega ter pago a título de ICMS, sustenta que cabe a mesma apresentar provas, por não constar no sistema de arrecadação de ICMS fl. 134 anexa, nem tampouco na DASN como recolhido em março de 2011 fl. 22. Prosseguindo diz que o Autuado questiona que as notas fiscais de entradas para comprovar a falta de pagamento da substituição tributária não foram anexadas, demonstrando mais uma vez desconhecimento do trabalho realizado pelo fisco que utiliza as entradas através do SINTEGRA, apenas para determinação da proporcionalidade, visando ser justo com o contribuinte, uma vez que a mesma comercializa produtos da substituição, e não declarou as receitas com substituição conforme extratos da DASN, em anexo.

Afirma que a fiscalização foi feita sobre operações de saídas efetuadas com cartão de crédito/débito. Observa que anexa aos autos cópias das notas fiscais de vendas, fls. 140 a 1367, utilizadas neste trabalho do período que lhe foi apresentado (2011/2012).

Conclui asseverando descaber o pedido de arquivamento ou nulidade do presente Auto de Infração. Solicita que seja julgado procedente o Auto de Infração que foi lavrado de acordo com o que preceitua a Lei Complementar 123/06 e o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia.

Ao se manifestar acerca da Informação Fiscal, o Autuado afirma ser de clareza solar que, conforme anteriormente exposto, o processo administrativo em questão possui irregularidades formais que sumariamente levarão ao seu arquivamento. Acaso assim não seja feito, assinala ocorrer uma ofensa literal e direta aos direitos constitucionais e garantias do contribuinte, assegurada nas normas específicas do Estado Democrático e de Direito que regem o nosso ordenamento jurídico. Lembra que a legislação tributária preconiza que o auto de infração deverá identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade.

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

Destaca que a autuação, no tocante aos períodos fiscais de 2010, 2011 e 2012, lhe imputou a não emissão de nota fiscal no tocante às operações realizadas por TEF via cartões de crédito ou de débito. Continua frisando que nos próprios autos constam cupons fiscais referentes às operações comerciais realizadas via TEF neste período, demonstrando assim a inconsistência das alegações realizadas pelo Fisco Estadual.

Depois de reprisar suas razões de defesa articuladas em sua impugnação, assevera não haver que se falar de inadimplemento parcial ou total das obrigações tributárias quanto ao recolhimento do ICMS nos períodos alegados pelo Fisco Estadual.

Declara que, por outro lado, se houve o recolhimento a menos da tributação do ICMS sobre as operações de TEF realizada no período ora apontado, o mesmo não pode significar que sua empresa seja um mal pagador, sendo apenas um erro justificável, escusável, haja vista que no

mesmo período recolheu a integralidade do ICMS sobre outras operações que realizou na sua atividade econômica.

Neste sentido, reproduz a ementa do AgRg no REsp 1233275/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 23/08/2011, DJe 30/08/2011, como precedente jurisprudencial sobre o tema, que versa sobre matéria similar, aduzindo ser possível sua aplicação por equiparação.

Observa que, muito embora tenha a obrigação de conhecer a legislação aplicável à tributação de sua atividade econômica, mas, se for atestado o inadimplemento parcial do recolhimento do ICMS no período apontado, a mesma não pode ser tratada pelo Fisco como uma devedora contumaz, sendo lhe imposto uma multa absurda e desproporcional pelo inadimplemento parcial de suas obrigações.

Afirma que, conforme os próprios documentos existentes nos autos, jamais se esquivou de adimplir os créditos tributários decorrentes das obrigações assumidas, contudo, em caso de dívida pretérita, parcial, tal cobrança não pode significar a bancarrota de sua atividade econômica, que lhe dá o seu sustento de cada dia.

Destaca que o seu direito de contribuinte, garantido amplamente pela Constituição Federal e pelo CTN, faz jus que se efetivamente existe um saldo devedor devido, o mesmo lhe seja cobrado com responsabilidade e em respeito a sua capacidade econômica, a fim de que tal exação não signifique a extinção de sua atividade empresária e assim ocorram prejuízos irreparáveis.

Revela que faz jus ao parcelamento do débito tributário devido, o que deverá ser recalculado em parâmetros e condições que sejam devidamente quitados e assim regularizada sua situação tributária junto a este Fisco.

Menciona que, existe ainda previsão legal para que a multa imposta pelo mero pagamento parcial do tributo seja também revista, mediante concessão de anistia, prevista nos artigos 180,181 e 182 do CTN.

Conclui pugnando pelo acolhimento de suas ponderações a fim de que o presente processo administrativo seja devidamente extinto e arquivado por ausência de descumprimento de qualquer norma legal. E, caso não seja este o entendimento, que seja concedido o parcelamento do débito tributário, nos termos do art. 151, inciso VI e art. 155-A, do CTN, bem como a anistia parcial ou total da multa aplicada, com fulcro nos arts. 180 do mesmo diploma.

A Autuante presta nova informação fiscal, fls. 1379 a 1381, nos termos que se segue. Depois de resumir a ponderações articulada pelo Impugnante, afirma não lhe assistir razão em qualquer de seus argumentos apresentados. Diz que considerando os pontos oportunamente trazidos na Informação Fiscal anterior, fls. 14 a 106, convém reiterar alguns pontos mais relevantes.

Observa que o Autuado, na condição de empresa optante do regime especial unificado de tributos e contribuições, devidos pelas microempresas e empresa de pequeno porte - simples nacional, em relação às saídas de mercadorias, nos exercícios de 2010/2011 e 2012 incorreu nas seguintes infrações: A primeira infração está tipificada como não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita/ou alíquota aplicada a menor e a infração por erro na informação da receita se dá quando a receita declarada é inferior á receita encontrada nos documentos fiscais.

Quanto à infração por erro na aplicação da alíquota menor que a alíquota correspondente à faixa das doze últimas receitas especificadas no Anexo I, da LC nº 123/06; e a segunda infração está tipificada como omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda como pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior informado por instituição financeira e administradora de cartões.

Assevera que todos os dados necessários para garantir uma correta notificação foram atendidos e constam no Auto de Infração, conforme se verifica no presente processo.

Esclarece que a apuração do débito fiscal compreende três etapas: Levantamento da receita proveniente das vendas de mercadorias, cálculo do valor do ICMS devido e determinação do valor do débito através do confronto entre o valor do ICMS devido e o ICMS declarado. Explica que, uma vez cumpridas tais etapas, foi apurado o valor do ICMS devido, e este foi confrontado com o valor do ICMS declarado, gerado nos extratos do Simples Nacional, de forma que, durante o período fiscalizado, o contribuinte acumulou diferenças de ICMS a recolher conforme fls. 28/35 e 43. Informa que as diferenças de ICMS a recolher, determinadas mensalmente, foram desmembradas por infração como demonstra o relatório às fls. 29/36 e 44.

Quanto ao questionamento sobre as multas, lembra que o contribuinte, optante pelo Simples Nacional, deve se adequar às normas que regem este sistema simplificado de tributação. Registra que essas normas são criadas pelo CGSN - Comitê Gestor do Simples Nacional. O CGSN tem por finalidade gerir e normatizar os aspectos tributários do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, nos termos do art. 2º, da Lei Complementar nº 123/06.

Ressalta que as informações das administradoras de cartão, apesar de não serem documentos fiscais, são documentos legitimados pelo convênio ECF 01/01, o qual dispõe sobre informações do faturamento de estabelecimento usuário de ECF, prestadas por administradoras de cartão de crédito às Secretarias Estaduais de Fazenda, devidamente autorizadas pelo contribuinte.

Conclui pugnando pela manutenção de seu posicionamento apresentado na informação anterior.

Em pauta complementar esta 3ª JFJ converteu os autos em diligência, fl. 1394, para que a Autuante refizesse a “Planilha das Notas Fiscais Emitidas” totalizando mensalmente os valores das notas fiscais e que fosse intimado o Impugnante para entrega de cópia da planilha refeita e do Demonstrativo de apuração do “Simples Nacional a Reclamar”, fl. 28 a 48 e reaberto o prazo de sessentas dias para defesa.

O Autuado foi Intimado para entrega do quanto solicitado na diligência, inclusive por edital, no entanto, não se manifestou no prazo regulamentar, fls. 1444 a 1451.

VOTO

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. Alegou que deveriam ter sido relacionadas todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida. Sustentou também 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 capitular a penalidade.

Depois de compulsar os elementos que compõem o contraditório que lastreiam a formalização da acusação fiscal, constato que razão não assiste ao sujeito passivo, conquanto 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 a inexistência nos autos de quaisquer elementos que se configure 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. Registro, 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. 108, assinado pelo representante legal da empresa.

Assim, inexistindo nos autos vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, não há falar, portanto, prejuízo ao contraditório ou exercício de ampla defesa.

Nestes termos, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo na legislação de regência, precipuamente nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99.

Quanto ao pedido do autuado para realização de diligência este fica indeferido, com base no art. 147, inciso I, do RPAF-BA/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para a clara apreensão pelos julgadores do objeto da lide a ser decidida nos presentes autos. As alegações da defesa de equívocos nos levantamentos efetuados pela Autuante não se fazem acompanhar das provas documentais inequívocas que as ampare. Como tais provas se referem a documentos fiscais que estão de posse do próprio contribuinte, caberia a este trazê-los aos autos para elidir a infração, demonstrando as incorreções alegadas. Ademais, no transcurso do PAF foi realizada diligência solicitada por esta 3ª JF, para que fosse feito o demonstrativo de notas fiscais emitidas para facilitar o comparativo do relatório TEF por operação, cuja cópia foi determinada a entrega ao Autuado e a reabertura do prazo de defesa.

No mérito, o Auto de Infração acusa o Autuado, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional, de ter recolhido a menos o ICMS em decorrência de erro na informação da receita e/ou aplicação de alíquota menor - Infração 01 e ter omitido saídas de mercadorias tributáveis, 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 02.

No que diz respeito à Infração 02 a autuação está fundamentada no §4º, do art. 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 apresentada o sujeito passivo não apresentou qualquer 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. 28 a 49, gerados com a aplicação do sistema AUDIG da SEFAZ.

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. 108, assinado pela titular 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, inciso IV, da LC nº 123/06). Descabendo, portanto, a alegação da defesa de fora exigido imposto atinente ao regime de substituição tributária.

Nestas circunstâncias, não tendo o autuado apresentado qualquer elemento ou demonstrativo que pudesse elidir a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, nem que

ocorrera 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 à autuação, está amparada em lei, razão pela qual considero subsistente a Infração 02.

No caso da Infração 01 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 123/06 correspondentes à Receita bruta acumulada auferida, incluindo as Receitas omitidas, em decorrência da diferença entre os TEF Diários informados pelas administradoras para os valores declarados neste modo de pagamento.

Nos demonstrativos acostados aos autos pela Autuante restaram explicitadas as diferenças apuradas e com base em tais demonstrativos, as receitas omitidas correspondentes percentualmente às operações regularmente tributadas foram apuradas para fim da exigência da infração do Simples Nacional (art. 18, §1º, da LC 123/06).

Em face ao acima exposto, e por via de consequência, a Infração 01 é também subsistente, uma vez que a omissão de receitas caracterizada na Infração 02 modificou a faixa de receita, inicialmente indicada pelo Autuado; os demonstrativos retro aludidos e acostados às fls. 28 a 49 comprovam a ocorrência de pagamento a menos do imposto devido na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional, no total de R\$18.095,62.

Quanto aos valores atinentes aos meses de novembro de 2010 e março de 2011, indicado pela defesa, verifico que foram todos devidamente considerados e constam explicitamente identificados nos demonstrativos gerados pelo sistema AUDIG, fls. 28 a 49. Em relação ao valor de R\$1.500,16, citado pela defesa como tendo sido pago no mês de março de 2011, constato que não há como aquilatar a veracidade da alegação da defesa, uma vez que desacompanhado de comprovação e não consta no sistema de arrecadação.

No tocante ao pedido para redução das multas aplicadas, saliento, inicialmente, que a imposição das penalidades, no caso concreto, decorrem do descumprimento da obrigação tributária principal, tendo em vista as razões supra enunciadas na apreciação dessa lide. Entretanto, a multa de 150% aplicada na Infração 02 não se afigura consentânea com a legislação de regência. Deve ser revista pela manutenção da mesma multa que incidiu na Infração 01, ou seja: 75%.

Eis que, consoante previsão expressa do art. 35, da Lei Complementar nº 123/06, aplicam-se aos impostos e contribuições devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS. Nesse caso, tais contribuintes sujeitam-se, nesse particular, às penalidades previstas na Lei Federal nº 9.430/96.

Ocorre que o inciso I, do art. 44, dessa lei prevê a aplicação do percentual de 75% sobre a totalidade ou diferença do imposto ou contribuição, nos casos da falta de pagamento, recolhimento, de falta de declaração e de declaração inexata. Indica o parágrafo primeiro desse mesmo artigo que tal multa deverá ser dobrada nos casos previstos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 (Lei do Consumo) que tratam das ações dolosas de sonegação, fraude ou conluio, o que não se encontram configurados nos presentes autos.

Logo, conforme expandido, a multa a ser aplicada na Infração 01 e na Infração 02 será de 75%.

Quanto ao questionamento do impugnante acerca da aplicação da taxa SELIC no cálculo dos acréscimos moratórios incidentes sobre o débito tributário, ressalto que o procedimento está em conformidade com o disposto no art. 102, §2º, inciso II, da Lei Estadual nº 3.956/81 - COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00, fugindo à competência deste colegiado a apreciação da constitucionalidade desses dispositivos legais, a teor do disposto no art. 167, inciso I, do RPAF-BA/99.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **130576.0022/13-0**, lavrado contra **EDVANIA FRANCISCA DE MENEZES - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.477,01**, 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, 27 de fevereiro de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA

MARCELO MATTEDI E SILVA – JULGADOR