

A. I. Nº - 217366.0001/14-7
AUTUADO - ANA CAROLINA CERQUEIRA CAVALCANTE - ME
AUTUANTE - WILSON DE ALBUQUERQUE MELO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/06/2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0075-01/18

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITAS TRIBUTÁVEIS. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO REGISTRADA EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO P/ ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. Apurada a omissão da receita por presunção legal, empresa inscrita no Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições – SIMPLES NACIONAL, cabível a exigência do ICMS relativo aos valores omitidos e a respectiva parcela do ICMS mensal devido pelos optantes do regime estabelecido na LC 123/06. O autuado apresentou relação de notas fiscais de venda ao consumidor, eletrônicas, aproveitadas no confronto com as vendas com cartões, à medida que as operações aeram coincidentes em expressão de valor e data da emissão. Infração em parte subsistente. 2. SIMPLES NACIONAL. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA. ALÍQUOTAS A MENOR. RECOLHIMENTO A MENOS. Comprovada a omissão da receita, cujo imposto foi exigido mediante as regras do Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições – SIMPLES NACIONAL. Após os ajustes, e em face ao princípio da *imodificabilidade do lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo* (art. 146 do CTN), não se pode alterar o valor da infração “*in pejus*”, devendo a autoridade fazendária determinar a verificação da exigência adicional pleiteada nos autos. Exigência caracterizada. Aplicação de penalidades conforme Lei Federal 9.430/96 reduz de 150% para 75% o percentual da multa aplicada+ Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2014, exige ICMS no valor de R\$37.450,30, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 (17.02.01) - Efetuiu 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. Valor R\$29.985,80. Multa de 75% - Art. 35, da LC nº 123/06 e 44, I, da Lei nº 9.430/96, redação dada pela Lei nº 11.488/07.

INFRAÇÃO 2 (17.03.02) - 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. Valor R\$7.464,50. Multa de 150%. Art. 34 e 35, da LC nº 123/06 e 44, I, da Lei nº 9.430/96 com redação dada pela Lei nº 11.488/07;

Em sua defesa (fls. 1305/1317 – volume V), através do seu Contador/Procurador (fl. 1318), diz não reconhecer a infração 01; que é empresária individual, enquadrada com empresa de pequeno porte e optante pelo SIMPLES NACIONAL.

Argumenta que foi alcançada pela fiscalização estadual, sob o frágil fundamento de que recolheu a menor o ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação e Tributos e Contribuições, devido pelas microempresas e empresas de pequeno porte – SIMPLES NACIONAL, no valor de R\$29.985,80.

Afirma, todavia, que não há como prosperar a imputação, vez que tais operações foram efetivadas com a observância de todos os ditames legais, inclusive, com o regular recolhimento dos tributos incidentes em cada operação.

Discorre sobre as irregularidades no lançamento tributário, aduzindo que o legislador se preocupou em resguardar o direito do contribuinte que tem contra si lavrado Auto de Infração de claramente apreciar a infringência a ele imposta, como forma de garantir o melhor exercício do direito de defesa.

Aduz que o presente Auto de Infração não traz nenhuma prova acerca da falta de recolhimento do tributo criado para beneficiar micros e pequenas empresas, intitulado SIMPLES NACIONAL, sendo acostado e fazendo parte do referido auto de infração, planilhas que não condizem com os cálculos de forma como determina o artigo 18 da LC 123/06.

Deduz que também no mérito, o auto não se sustenta, pois a auditoria se encontra eivada de equívocos, distante da realidade da empresa. Agiu conforme a Lei Complementar e para que não haja nenhuma dúvida quanto aos cálculos efetuados, anexa planilha.

Discorda também da segunda infração. Para comprovar que não houve omissão de saída de mercadoria tributada, já solicitou a todas as administradoras de cartões de crédito todos os extratos relativos ao período auditado; solicita prazo de 60 dias para apresentação de planilha confirmando a veracidade das informações prestadas, junto com a documentação necessária.

Questiona a quebra do seu sigilo bancário, em desatenção ao art. 5º, XII, da Constituição Federal de 1988. Cita a doutrina, no sentido de que sigilo bancário integra o rol dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Observa que a jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o sigilo bancário situa-se no âmbito da privacidade da vida do cidadão e que apenas pode ser violado mediante autorização judicial, desde que preenchidos rigorosamente os requisitos para tal ato.

Dessa forma, as autoridades administrativas, ao contrário, não têm legitimidade para violar essas garantias constitucionais, por não possuírem o caráter da imparcialidade, não podendo praticar atos de controle da privacidade dos dados dos cidadãos.

Assim, a obtenção dos dados junto às instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e de débito durante o procedimento fiscalizatório, sem a imprescindível autorização judicial e demais requisitos, é contrária ao disposto no ordenamento jurídico pátrio. O ato administrativo do Fisco, instaurador do procedimento administrativo fiscal, está contaminado pelo vício insanável da ilegalidade, por afronta à expressa disposição constitucional.

Cita decisões do CONSEF; apela para a Súmula nº 473 (STF), para viabilizar a anulação do ato da própria administração, uma vez que, no caso concreto, a fiscalização foi realizada de forma irregular por não obedecer aos ditames legais (art. 5º, XII, da CF/88), e essa inobservância levou o Agente a conclusões equivocadas, desprovidas de maiores cuidados com os elementos jurídicos concernentes às circunstâncias dos autos.

Garante que a ilicitude da Administração advém da obtenção dos dados bancários do impugnante, junto às instituições financeiras à revelia do quanto estatuído na Constituição, sendo

inadmissíveis no seu âmbito as provas obtidas por meios ilícitos.

Independentemente da apreciação do mérito, o Auto fustigado torna-se nulo, por ser notória a violação aos princípios da legalidade e da segurança jurídica dos atos administrativos. Requer seja procedida a anulação do Auto de Infração, determinando seu consequente arquivamento.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, requerendo, desde já juntada posterior de documentos, inclusive notas fiscais, lançamentos contábeis e outros elementos probantes, em qualquer fase do processo, com o objetivo único de se alcançar a verdade real e a improcedência do Auto de Infração.

A Informação Fiscal é prestada (fls. 1344/1346 – volume V), contestando a defesa do autuado. A infração 02 tipifica omissões relativas às operações de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, ficando demonstrado através dos Relatórios e Demonstrativos do Sistema AUDIG que a receita declarada pelo autuado é de valor menor que a que foi apurada do confronto com as vendas em cartões. Isso determinou a ocorrência da Infração 01, que descreve que o autuado efetuou recolhimentos a menor do ICMS declarado referente ao Simples Nacional.

Diz que da análise da DEFIS 2012 do Simples Nacional do autuado, cujos extratos estão anexados ao presente PAF, verificou que, embora na Declaração conste o valor total da receita sem segregação, foi utilizado o critério de proporcionalidade para destacar a parcela da receita obtida a partir de operações com produtos sujeitos à substituição tributária. Explica, por exemplo, na competência 07/2012, foi aplicado um percentual de 62,7% para segregar a receita, coisa que o autuado não fez em sua Declaração de Apuração do Simples Nacional, embora tivesse o direito de fazê-lo.

Aduz que é imperioso considerar, como exemplo, as divergências constatadas entre o valor do imposto devido pelo autuado e o valor recolhido. Toma o mês de abril de 2012. Para o valor apurado de R\$3.879,05 (fl. 87), o valor recolhido foi R\$1.006,01.

Assevera que não houve cerceamento ao direito de defesa, posto que foram entregues ao contribuinte todos os relatórios e demonstrativos do Sistema AUDIG, além de 18 arquivos eletrônicos gravados em mídia e criptografados, acorde as normas técnicas da Infra Estrutura Brasileira de Chaves Públicas (ICP), que garante a inviolabilidade, validade no Brasil.

Os demonstrativos e relatórios do Sistema AUDIG foram entregues ao contribuinte, em ordem sequencial, lógica e cronológica. Diz que, na qualidade de empresa optante pelo Simples Nacional, o autuado deveria calcular o valor do imposto devido mensalmente, aplicando as alíquotas do Anexo I da LC 123/06 sobre a receita bruta auferida ou recebida no mês, conforme previsão do §3º do art.18, da mesma Lei.

Deve deduzir o valor do ICMS calculado sobre as receitas provenientes das vendas de mercadorias da substituição tributária e das exportações.

Aduz que como houve um incremento da receita apurada, e a consequente elevação de alíquotas, mesmo sendo aplicada a proporcionalidade, houve repercussão nos valores de recolhimento, gerando divergências parciais nos recolhimentos efetuados, impactando a Infração 1.

Diz que as infrações restam demonstradas.

Diante dos óbices existentes para o julgamento da matéria, o PAF foi convertido em diligência (fls.1350/1351 – volume V). Durante a diligência devem ser tomadas as seguintes providências: 1) entrega ao contribuinte de cópias dos instrumentos às fls. 12/83; cópias das planilhas fiscais às fls. 84/100; Os demonstrativos às fls. 1233/1252 e 1253/1298, que não estão assinados, sequer pelo preposto de fisco.

O preposto fiscal atesta o cumprimento da diligência (fl.1353 – vol. V).

Manifestação do autuado, através o advogado, legalmente constituído (fls.1357/1362 – vol. V).

Diz que é tempestividade a presente alegação. Reitera que as infrações não podem prosperar.

Com relação à infração 1, diz que no tocante ao ano de 2013, a maior parte das sanções aplicadas é flagrantemente indevida. Reconhece uma pequena parcela com data de vencimento de 09/12/2013 (R\$1.086,35) e 09/01/2014 (R\$2.944,99). Pede a expedição do DAE.

Alega que a omissão apontada, em verdade, se trata de enquadramento indevido. Diz que ao invés de emitir notas fiscais D-1, expediu NF-e.

Os valores reconhecidos correspondem respectivamente a R\$2,03 e R\$320,38, muito abaixo da quantia atribuída à infração.

Elabora o quadro abaixo. A infração 1 totaliza R\$4.353,75

Ocorrência	Vencimento	V. da Infração	V. reconhecido
31/01/2013	09/02/2013	R\$ 3.694,60	R\$ 2,03
31/10/2013	09/11/2013	R\$ 405,19	R\$ 320,38
30/11/2013	09/12/2013	R\$ 1.086,35	R\$ 1.086,35
31/12/2013	09/01/2014	R\$ 2.944,99	R\$ 2.944,99

Quanto à infração 2 informa que na maioria dos meses de 2013, a partir da comparação feita acima e a realizada pelo Fisco, diz que recolheu valor superior ao efetivamente devido, conforme se constata no Anexo 1 do Auto de Infração, na tabela “*Apuração de Divergência das Vendas com Cartão de Crédito (TEF)*”.

Completa que apenas nos meses de janeiro, junho e julho, o preposto fiscal considerou que houve divergência em desfavor do Autuado, que teria procedido com o recolhimento a menor.

No primeiro mês, concorda com o Fisco e requer a expedição do respectivo DAE. Diz que, entretanto, nos demais meses, se trata de outro equívoco fiscal que, ao proceder com a averiguação das informações, considerou determinadas compras em cartão como se houvessem sido efetuadas em dinheiro, gerando a suposta divergência:

Em junho/2013, compras em cartão efetuadas, dias 08 e 15, nos respectivos valores de R\$6.880,55 e R\$8.190,95 foram erroneamente computados como operações em dinheiro. No dia 09/06/2013, em que as compras em cartão perfizeram R\$4.553,99, na realidade, resultando em um excedente inexistente de R\$20,00. Concluiu que o importe efetivamente omissso de junho/2013 corresponde a apenas R\$272,45.

Em julho, no dia 11, uma compra no importe de R\$1.820,44, superior à divergência apresentada. Não há falar em omissão de receita, não devendo subsistir a infração aplicada a este mês.

Concluiu que, ressalvado uma pequena parcela, não merecem prosperar as alegações feitas pela Autoridade Fiscal.

Pede a improcedência das infrações constantes no Auto de Infração.

O Auditor Fiscal apresenta nova informação fiscal (fls. 1554/1556), aduzindo que fundamentou a autuação; além dos relatórios de auditoria do programa AUDIG, foram juntadas cópias de todas as notas fiscais D-1 apresentadas pela autuada, cópias de todas as reduções z apresentadas, planilhas com os valores constantes dessas reduções Z e das notas fiscais D-1, que juntamente com os arquivos das notas fiscais eletrônicas, da arrecadação, dos recolhimentos, e das declarações e dados constantes na RFB-receita federal do Brasil, todos relativos ao período fiscalizado, foram gravados em mídia e entregues ao contribuinte.

Explica que, em sua primeira defesa (fls. 1305/1341), a autuada faz considerações sobre supostas irregularidades do lançamento e a juntada de demonstrativo e de cópias do que seria um registro de saídas.

Na Informação fiscal (fls.1344/1346), diz que explicitou a correlação entre as infrações apuradas,

como foi feito o “*cálculo da receita apurada*”, explicando qual o critério de proporcionalidade para segregação da receita utilizada; manifestou estranheza com a forma de segregação feita pelo autuado, exemplificando que na competência 07/2012 foi aplicado um percentual de 62,7% para segregar a receita apurada do contribuinte; na apuração que procedeu, encontrou apenas 37,3%.

Ainda assim, procedendo à criteriosa aplicação dos índices de proporcionalidade, a receita apurada foi superior àquela declarada pela autuada, com a consequente repercussão no imposto recolhido.

Quanto à alegação de que a omissão apurada decorreu de não sido considerada a “*expedição de nf-e, referente ao produto comercializado e efetivamente declarado perante o fisco estadual.*” E e que, após a intimação pelo fiscal, as notas fiscais eletrônicas foram apresentadas, esclarece que tais fatos não ocorreram. Não houve tal intimação, nem a apresentação de novos documentos fiscais, exceto no momento da apresentação da segunda manifestação defensiva da autuada, como se depreende do exame dos autos do presente processo administrativo.

Diz que somente em sua segunda manifestação, a autuada trouxe as notas fiscais eletrônicas de saída dos produtos comercializados e efetivamente declarado perante o fisco estadual, referentes ao período fiscalizado.

Informa que procedeu ao criterioso reexame das notas fiscais eletrônicas referidas, ficando demonstrado que tais documentos trazem no campo “*natureza da operação*” a informação de venda já registrada em ECF, correspondendo a cupom fiscal já emitido; do mesmo modo, o relatório tabela “nf,s” e “cf,s” emitidos (juntados aos autos) demonstra que noutros casos, a cada nota fiscal eletrônica emitida, para saída de mercadorias, foi emitida uma nota fiscal D-1, de mesma data e valor, pois se trata da mesma operação. Assim, para as notas fiscais eletrônicas emitidas pela autuada no período fiscalizado, existe um cupom fiscal ou uma nota fiscal D-1 correspondente.

Ilustra com o relatório de fl.1381, na data de 17.01.2012 foi emitido uma nota fiscal D-1, no valor de R\$417,79 e uma nota fiscal eletrônica no mesmo valor e mesmo número. Para as demais notas fiscais D-1 existem correspondentes notas fiscais eletrônicas.

Por esse motivo, explica, procedeu à exclusão de documentos fiscais de saída que apresentaram duplicidade, mesmo número, data e valor. Optou pela exclusão dos valores correspondentes às notas fiscais D-1 e reduções Z, cujos valores já foram considerados na Auditoria da redução Z e de nota fiscal D-1, mantendo apenas o documento eletrônico, de modo a evitar duplicidades, conforme relatório de fls. 1469/1540.

Diz ainda que gerados novos relatórios AUDIG (fls.1538/1553), alterou-se os valores exigidos:

Infração 1 – R\$13.564,12 (2012) e R\$32.768,49 (2013). Total R\$46.333,61

Infração 2 – R\$5.982,67 (2012) e R\$556,13 (2013). Total R\$6.538,88

Intimado o autuado para conhecer da nova informação fiscal (fl. 1561- vol. V), não fez outras manifestações.

VOTO

Cuidam os autos do lançamento de ofício, em face às infrações descritas e narradas na inicial. O contribuinte é optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, nos termos da Lei Complementar nº 123, de 14.12.2006.

Preliminarmente, não acato o pedido de nulidade da autuação suscitado pelo sujeito passivo, uma vez que o Fisco não violou quaisquer direitos do contribuinte. Não houve ofensa à legalidade, conforme entendeu o autuado. A exigência tem fulcro na LC 123/06 e na Lei nº 7.014/96, que dispõe sobre o ICMS, no Estado da Bahia.

O Auto de infração contém os elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator; na existência de lacunas para a solução da lide, o processo foi convertido em diligência fiscal, objetivando a busca da verdade material, princípio caro ao direito tributário; sendo entregue ao autuado os documentos produzidos, necessários ao pleno exercício de sua defesa, intimando-o a participar ativamente das discussões processuais e integralizando o devido processo legal.

Não houve, igualmente, qualquer quebra do sigilo bancário do autuado (art. 5º, XII, CF/88).

O questionamento defensivo de que houve quebra de sigilo fiscal não se sustenta. A norma proíbe a divulgação por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informações obtidas em função da atividade de administração e fiscalização tributária sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades (art. 198, CTN). Portanto, o sigilo fiscal foi regulamentado por Lei Complementar e encontra fundamentação no art. 198 do Código Tributário Nacional - CTN.

No entanto, o §1º do referido dispositivo (na redação dada pela LC 104/2001), faz menção a algumas exceções ao sigilo fiscal, quais sejam: a) a requisição regular da autoridade judiciária no interesse da justiça; b) solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular do processo administrativo; c) a prestação mútua de assistência entre a Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 199, CTN).

Desta forma, entende-se que o direito ao sigilo fiscal não é absoluto, uma vez que deve ser conciliado com as atribuições resultantes do dever de fiscalização do Estado. Na lição, inclusive, do professor Hugo de Brito Machado Segundo: *“a regra é o respeito ao sigilo, sendo exceção a sua quebra, em face de circunstâncias que justifiquem a atribuição de maior peso aos princípios que justificam a fiscalização que aos que protegem a intimidade do fiscalizado”* (SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Processo Tributário. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.88)

Nesse sentido, o dever de fiscalização do Estado e o sigilo fiscal são comandos de tal ordem que não podem ser anulados, mas, deve ser encontrado um ponto de equilíbrio entre os mesmos. Posto que o dever de fiscalização do Estado possibilita ao fisco a constituição do indisponível crédito tributário, em atuação efetiva de descobrir a riqueza que se oculta, escapando da tributação, além de facilitar a atuação da justiça na apuração de crimes de origem tributária e fiscal. Portanto, a Lei Complementar nº 104, ao alterar a redação do dispositivo em debate, pretendeu otimizar os procedimentos de fiscalização fazendária, viabilizando o intercâmbio de informações e dados realmente sigilosos entre o conjunto de órgãos da administração, a fim de lograr maior eficácia em suas atividades.

Nessa quadra, inverossímil a arguição de nulidade do autuado por quebra de sigilo fiscal nas informações prestadas pelas Administradoras de cartões, enviadas para a Secretaria de Fazenda do Estado, ainda porque a Lei nº 7.014/96 estabelece, em seu art. 35-A, que as administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto, através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

No mérito, o lançamento de ofício constituiu o crédito tributário, uma vez que a fiscalização do Estado da Bahia apurou que o sujeito passivo incidiu na presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas, considerando que o autuado ofereceu à tributação valores menores que os informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito, por meio de documentos fiscais que comprovem as vendas com pagamento na modalidade em cartão de crédito ou de débito. Em função de tais omissões, restou apurado recolhimento a menor do ICMS devido pelo regime instituído pelo SIMPLES NACIONAL.

É a própria lei do ICMS do Estado da Bahia (Lei nº 7.014/96, art. 35-A) a determinar que as administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor

referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares, dispositivo acrescentado pela Lei nº 9.837, de 19/12/05, DOE de 20/12/05, efeitos a partir de 01/01/06.

A infração apontada encontra amparo nas disposições contidas no art. 4º, §4º, VI, “b” da Lei nº 7.014/96, a seguir descrito:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...
§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

...
VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

a) instituições financeiras;

b) administradoras de cartões de crédito ou débito;

Em se tratando de exigência de imposto por presunção legal, o dispositivo que a autoriza pressupõe que, a diferença apurada pelo fisco não esteja comprovada e, em sendo uma presunção relativa, assim identificada por admitir prova em contrário, cabe ao contribuinte trazer aos autos as provas de que os fatos não ocorreram conforme é o entendimento fiscal e a materialidade que afirme a presunção.

No caso em tela, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, consideradas as saídas ocorridas através de ECF e com a emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Em processo desta natureza faz-se necessário o fornecimento ao contribuinte do “*Relatório de Informações TEF – Diário*”, com especificação das vendas diárias, por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administração de cartão, separadamente, de modo que lhe oportunize efetuar o cotejo entre os valores registrados na sua escrita fiscal, em equipamentos emissor de cupom fiscal - ECF, nas notas fiscais, com as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito. Diligências fiscais ordenadas pelo órgão julgador objetivaram suprir tais lacunas.

Examinando os autos do processo administrativo fiscal - PAF, contato que o autuado explora a atividade econômica de *comercio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios* – CNAE 4712-1/00 e apura o ICMS pago mensalmente na forma do SIMPLES NACIONAL.

Diante da alegação defensiva de que (embora admita a procedência de alguns valores exigidos) não pode prosperar a imputação, vez que tais operações foram efetivadas com a observância das normas e recolhimento regular dos tributos incidentes em cada operação, rebate o Auditor Fiscal que apurou omissão de receitas, incremento que elevou as alíquotas do imposto, implicando as infrações retro referidas.

Nesse sentido, a ação fiscal que gerou o presente Auto de Infração não desabonou do cotejo entre os valores indicados no relatório TEF e os valores registrados nos documentos fiscais, efetivamente comprovados pelo autuado, inclusive, aqueles apresentados depois, através das notas fiscais eletrônicas, para que não houvesse duplicidades na exigência. As operações de vendas sujeitas à substituição tributária e isentas, foram ajustadas pelo preposto fiscal, a fim da aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, uma vez que operada com desacerto pelo autuado, em vários meses, a exemplo da competência 07/2012, conforme consignado pela fiscalização.

As operações lastreadas com as notas fiscais de venda ao consumidor - NFVC ou nota fiscal eletrônica NF-e, apresentadas pelo autuado, cujos valores coincidiam na sua expressão e datas

com os valores informados pelas instituições administradoras de cartões de crédito e de débito, foram excluídos da exigência pelo preposto fiscal, independente de existir ou não indicação que tais documentos se referiam às operações indicadas no relatório TEF operações diárias. Não foram, por óbvio, acatados, os documentos, que não tinham vínculos de valor e data com os valores informados pelas administradoras dos cartões, conforme indicados no demonstrativo de fls. 1381/1537 – vol. V.

Alguns números permeiam o levantamento fiscal inicial e depois dos ajustes. Não houve alteração para as vendas informadas pelas administradoras dos cartões, no total de R\$1.069.208,07; as vendas apuradas, através de Redução Z totalizaram R\$527.892,44. Contudo, as vendas com notas fiscais consideradas no primeiro momento, para confronto com os valores das vendas com cartões, totalizaram R\$85.055,39 (fl.86); no segundo momento, o total de R\$170.776,92 (fl.1541). O valor divergente apurado, após a proporcionalidade da IN nº 56/07, sem substituição tributária, que serve de base de cálculo para o simples nacional, no primeiro momento, o total de R\$386.285,75 (fl.86); no segundo momento, o total de R\$307.353,32Z (fl.1541).

Ao final, após as razões da defesa, diligências, informações do preposto fiscal, procedendo aos exames nos documentos, demonstrativos e planilhas, acostados aos autos, o Auditor promoveu alterações nos valores inicialmente exigidos, passando de R\$7.464,50 para R\$6.538,88 a infração 2 (omissão apurada nas vendas com cartão), conforme demonstrativos de fls. 1539 e 1547.

Portanto, inverossímeis os argumentos utilizados pelo autuado, no sentido de elidir integralmente a presunção legal da omissão de saída de mercadorias tributadas, por meio do levantamento de vendas com pagamento de cartões. A primeira infração resta parcialmente caracterizada.

A segunda infração foi lavrada em favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia, tendo em vista o recolhimento a menos do ICMS de empresa inscrita no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional (Lei Complementar nº 123/06), no valor R\$29.985,80, decorrente de erro na informação da receita e / ou da alíquota aplicada a menor.

A opção pelo Simples Nacional por parte do contribuinte implica na vinculação ao Regime Especial Unificado de Arrecadação, conforme constante nos artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 123/06, cuja forma de arrecadação está prevista no art. 18 e §§, cujo pressuposto básico para determinação da base de cálculo e alíquota é a “*receita bruta*”.

Nessa senda, foi apurado que o sujeito passivo recolheu a menor ICMS contido no SIMPLES NACIONAL, a partir da constatação da omissão de receitas das vendas com cartões, provocando a diminuição do faturamento, dos equívocos nos percentuais de proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07, conforme a exposição anterior feita em relação à infração 2 e, em consequência, aos vários ajustes na apuração da receita, a alíquota incidente sobre a receita tributável pelo Simples, que varia de acordo com o tamanho da receita acumulada, foi aplicada a menor, precisando ser adequadamente recomposta, implicando apuração do ICMS recolhido a menor, considerando o regime tributário diferenciado.

No simples Nacional, as alíquotas que incidem sobre a base de cálculo (receita bruta) variam em função da atividade exercida pelo contribuinte, faixa de faturamento e receita bruta acumulada.

Assim, também, após razões da defesa, diligências, informações do preposto fiscal, procedendo aos exames nos documentos, demonstrativos e planilhas, acostados aos autos, o preposto do Fisco promoveu alterações nos valores inicialmente exigidos, passando de R\$29.985,80 para R\$46.333,61, da infração 1 (recolhimento a menor do ICMS Simples Nacional).

Foram acostados aos autos todos os demonstrativos e levantamentos que apontaram as diferenças apontadas, a final (fls. 1538/1553 – volume V). 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).

No entanto, em face ao princípio da *imodificabilidade do lançamento regularmente notificado ao*

sujeito passivo, consoante dispõe o art. 146 do Código Tributário Nacional, relacionado à previsibilidade, à segurança jurídica, e ao princípio da irretroatividade do Direito aos atos e decisões da Administração Pública, não se pode alterar o valor da infração “*in pejus*”, devendo a autoridade fazendária determinar a verificação da exigência adicional pleiteada nos autos.

Posto isso, ficam mantidos os valores exigidos, inicialmente, na infração 1, no valor de R\$10.288,30 (2012), R\$19.697,50 (2013), totalizando R\$29.985,80, conforme demonstrativo (fls. 84/100). A infração 2 resta parcialmente caracterizada, no valor de R\$5.982,67 (2012) e R\$556,13 (2013), totalizando R\$6.538,88, conforme demonstrativo (fls. 1538/1553)

Por derradeiro, a multa aplicada de 150% na segunda infração não está acertada. Deve ser revista pela manutenção da mesma multa que incidiu na infração 1, ou seja: 75%.

Isto porque, de acordo com o 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 artigo 44, I 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 nos 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 4502/64 (Lei do Consumo) que tratam das ações dolosas de sonegação, fraude ou conluio e que não se encontram, em absoluto, presentes nos presentes autos.

Assim, a multa a ser aplicada nas duas infrações deve ser no percentual de 75%, conforme prevê a legislação de regência.

Diante do exposto, o presente Auto de Infração é parcialmente PROCEDENTE.

É o voto

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217366.0001/14-7**, lavrado contra **ANA CAROLINA CERQUEIRA CAVALCANTE - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$37.450,30**, acrescido da multa 75%, prevista no art. 35, da LC Nº 123/06 e c/c 44, I, 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, 22 de maio de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR