

A. I. Nº - 210414.0009/18-3
AUTUADO - M. E. DA SILVA PINHEIRO MOREIRA - EPP
AUTUANTE - MARIA MARCIA MATEUS MOTA
ORIGEM - INFAZ JACOBINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16.10.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0162-02/18

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Comprovada a omissão da receita, cujo imposto foi exigido mediante o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições - SIMPLES NACIONAL; **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Provado erro na informação da receita e alíquota aplicada a menor. Exigências subsistentes. Rejeitado o pedido de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 29/03/2018 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$57.221,83, bem como aplicação de multa no percentual de 75%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 17.03.16 – 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 - No valor de R\$57.221,83, referente ao período janeiro a março e maio a dezembro de 2013; fevereiro a dezembro de 2014; janeiro a agosto e outubro a dezembro de 2015; janeiro a março e outubro a dezembro de 2016.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 136 a 148, quando apresentou o arrazoadado de defesa relatado a seguir.

A defesa inicia a peça defensiva afirmando que a Autuante, considera que a autuada praticou a infração de omissão de saída de mercadoria tributável, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administrativa de cartões de crédito – sem dolo, deixando de observar que a autuada é optante do regime do SIMPLES NACIONAL.

Sustenta que a imputação deveria ser apurada com aplicação do sistema AUDIG de fiscalização específico para apurar irregularidades cometidas por contribuintes optantes pelo SIMPLES NACIONAL.

Neste sentido, adverte que a exigência do imposto, com a metodologia de cálculo como foi efetuada no presente lançamento, não é apropriada ao enquadramento das empresas do Regime do Simples Nacional.

Em seguida, discorreu sobre as razões de impugnação, inicialmente transcrevendo o artigo. 2º do RPAF, o qual afirma que na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, deverão ser atendidos os princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, em prejuízo de outros princípios de direito.

Diz que o enunciado do artigo. 2º do RPAF, espelha a intenção do legislador baiano em assegurar aos contribuintes um tratamento justo, digno e igualitário diante do contencioso fiscal.

Invoca o artigo 112 do CTN que trata a respeito do princípio do in dubio pro contribuinte.

Alerta que a função fiscal, exercícios do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal.

Defende que o administrador fiscal, como todos os administradores públicos, tem o seu campo de ação perfeitamente delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, porquanto sua função própria é a de aplicador das leis, é a de fazer as pessoas cumprirem as leis.

Enfatiza que pessoas são inteiramente livres para agir desde que não exista uma lei determinando um comportamento diferente, o administrador público não pode agir ao seu livre-arbítrio, somente podendo se comportar conforme o ordenamento predeterminado pelo legislador.

Frisa que autoridade fiscal não tem qualquer faculdade ou direito subjetivo de agir, nem tem qualquer interesse próprio ou particular com o exercício de sua função legal, como diz está expresso em trecho da Revista dos Tribunais, que reproduziu.

Pondera que a Fazenda Pública arrecada tributos em obediência a um imperativo legal, não porque possua interesse subjetivo a defender. Ao aplicar a lei impositiva, a administração fazendária somente tem o interesse objetivo de exercer a sua função constitucional, não possuindo motivo ou conveniência além do que está objetivamente prescrito nas regras jurídicas pertinentes... (“Regime Jurídico dos Recursos Administrativos Fiscais e Seus Efeitos”, in Revista de Processo, Jan – Mar, 1982, São Paulo, Revista dos Tribunais, P. 54)

Diz que a atuação do órgão fiscal na cobrança dos tributos a seu encargo, portanto, não se envolve qualquer interesse próprio das autoridades fiscais, nem é o exercício de um direito subjetivo do órgão fiscal, que, também, não é parte credora de uma relação jurídica.

Em sua peça defensiva, destaca que a ação da autoridade fiscal, impulsionada pelo dever de ofício, tem de apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte, investigando-os sem qualquer interesse no resultado final, já que o princípio da legalidade objetiva exige do Fisco uma atuação oficial e imparcial para obtenção da verdade dos fatos.

Realça que a função administrativa tributária que deve ser exercida pela autoridade fiscal exige a obediência ao princípio da legalidade objetiva, em que o tributo será tornado líquido e certo e exigido dentro de mais estrita legalidade, agindo o Fisco com integral imparcialidade.

Nesse sentido, a autuada conclui que não podem prosperar tais imputações de infração por ofensa aos princípios de direito que norteiam as normas jurídicas, base para a atividade de lançamento fiscal a que está adstrito o agente público.

Diante de suas alegações, afirma que o caso “sub examine”, devido aos supostos vícios que possuem levará fatalmente a decretação da sua nulidade.

Em seguida, tratou da inobservância do devido processo legal.

Iniciou seu raciocínio falando a respeito da infração imputada à autuada, a metodologia utilizada pela Autuante por meio do roteiro de "omissão de saída de mercadoria tributável, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administrativa de cartões de crédito”, se apresenta equivocada, por se utilizar de roteiro de fiscalização inadequado e dissociado da técnica, uma vez que se trata de empresa optante do regime de recolhimento simplificado.

Ressalta que o referido regime tem método específico de apuração do imposto devido. Assim, no caso em exame, nos moldes como foi apurado o débito na infração constante no referido Auto de Infração, mostra-se inadequada a metodologia de cálculo utilizada, haja vista que traz incerteza quanto ao valor efetivamente devido.

Sustenta que ficou demonstrada a falta de certeza do valor devido. Logo, resta configurado, com base

no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAFBA/99, que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para ser determinada, com segurança e liquidez, a infração, impondo-se a nulidade desta da ação fiscal.

Assim, conclui que a nobre Autuante deixa de observar o devido processo legal, na medida que, exige o cumprimento da obrigação principal, utilizando método de apuração não respaldado em roteiros de auditoria adotados pela SEFAZ. Vale dizer, o roteiro de auditoria desenvolvido pela Autuante não era próprio para a situação e não permitia que se determinasse, com segurança, a infração e o valor do imposto.

Ademais, é cediço que o Sistema AUDIG gera demonstrativos e relatórios de informações a respeito do contribuinte, especialmente para àqueles sujeitos passivos da obrigação tributária, optantes pelo Simples Nacional, como é caso dos autos.

Afirma que, no procedimento fiscal ora analisado, a fiscal Autuante, não utilizou o roteiro previsto no Sistema de Auditoria Digital, ocasionando a nulidade do Auto de Infração em comento.

Frisa que o auto em questão se refere a contribuinte inscrito no Simples Nacional e que o levantamento fiscal foi efetuado a partir dos livros e documentos fiscais apresentados pela autuada. Assim, o imposto devido deveria ser apurado, mês a mês, mediante aplicação do roteiro de auditoria AUDIG, apurando-se os movimentos de numerários e calculando-se a Receita Real para ser comparada com a receita informada pelo contribuinte no PGDAS.

Alega que, neste tipo de Auditoria são emitidos relatórios, a exemplo de “ANÁLISE DO ICMS SIMPLES NACIONAL A RECOLHER” e, para determinação da alíquota, deve-se considerar a receita global da empresa, ou seja, a receita omitida adicionada à receita declarada pelo contribuinte, e não serão computadas para o cálculo do ICMS as vendas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, valor esse que será apurado no momento da segregação da receita, conforme previsto no o § 4º do art. 18 da Lei Complementar 123 de 14/12/2006.

O Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar 123/2006, que estabelece um pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias. No levantamento fiscal, são adicionadas às vendas declaradas os valores das diferenças apuradas no “levantamento de caixa” e não declaradas pelo contribuinte nos respectivos meses, encontrando-se a receita total.

Afirma que deve ser realizada a segregação e apuração da omissão de receita de acordo com a proporcionalidade das receitas de mercadorias da substituição tributária, conforme prescreve o § 4º do art. 18 da Lei Complementar 123 de 14/12/2006. Com a nova receita calculada é que são apurados os débitos observando as alíquotas constantes no Anexo 1 da referida LC 123/06, e devem ser considerados no levantamento fiscal os valores declarados na DASN ou recolhido pelo contribuinte.

Concluiu que, da forma em que foi feita a apuração do imposto em questão, a eminente Autuante, desconsidera o ditame legal vigente e contraria as decisões deste egrégio órgão julgador administrativo baiano, como atestam os acórdãos que reproduziu.

ACÓRDÃO JJF Nº 0045-04/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. SIMPLES NACIONAL. A) RECOLHIMENTO A MENOS. NOS AUTOS NÃO HÁ DEMONSTRAÇÃO DE COMO FOI APURADA A OMISSÃO REFERENTE ÀS OPERAÇÕES PAGAS COM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO, O QUE CERCEIA O DIREITO DE DEFESA E TRAZ INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. B) ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. CONFORME CONSTA NA DESCRIÇÃO DOS FATOS, A IRREGULARIDADE QUE FOI APURADA FOI FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTA FISCAL DE ENTRADA NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. C) VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. NOS AUTOS NÃO HÁ DEMONSTRAÇÃO DE COMO FOI APURADA A OMISSÃO REFERENTE ÀS OPERAÇÕES PAGAS COM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO, O QUE CERCEIA O DIREITO DE DEFESA E TRAZ INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. INFRAÇÕES NULAS, NOS TERMOS DO ART. 18, II E IV, “A”, DO RPAF/99. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO JJF Nº 0057-03/14 EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. NULIDADE. INADEQUAÇÃO DE

ROTEIRO DE FISCALIZAÇÃO. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. A fiscalização desconsiderou a condição do autuado de optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresa e Empresa de Pequeno Porte - Simples Nacional. A imputação deveria ser apurada com aplicação do sistema AUDIG de fiscalização específico para apurar irregularidades cometidas por contribuintes optantes pelo SIMPLES NACIONAL. Neste caso, impõe-se a decretação de nulidade do lançamento, por inadequação do roteiro de fiscalização adotado. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

ACÓRDÃO CJF Nº 0106-11/14

EMENTA: ICMS. 1. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. LANÇAMENTO EFETUADO PELO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. CONTRIBUINTE PARTICIPANTE DO SIMPLES NACIONAL. Comprovado nos autos a inclusão do sujeito passivo no Simples Nacional retroativamente ao exercício de 2009. Despacho Decisório DRF/FSA de nº 1.410, de 03/11/2012, ato administrativo de natureza declaratória. Aplicação de roteiro de fiscalização impróprio para as ME'S e EPP'S. Infração improcedente. **2. MULTA. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DMA. FALTA DE APRESENTAÇÃO NO PRAZO REGULAMENTAR.** Comprovado o enquadramento no Simples Nacional. Falta de obrigatoriedade de apresentação da DMA. Infração descaracterizada. Modificada a decisão recorrida. Recurso PROVIDO. Decisão unânime.

ACÓRDÃO CJF Nº 0220-12/14

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. NULIDADE. INADEQUAÇÃO DE ROTEIRO DE FISCALIZAÇÃO. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. A fiscalização desconsiderou a condição do autuado de optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresa e Empresa de Pequeno Porte - Simples Nacional. A imputação deveria ser apurada com aplicação do sistema AUDIG de fiscalização específico para apurar irregularidades cometidas por contribuintes optantes pelo SIMPLES NACIONAL. Neste caso, impõe-se a decretação de nulidade do lançamento, por inadequação do roteiro de fiscalização adotado. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime

Assim, como a Autuante procedeu contrariando, além das regras de direito material e formal estipuladas nas leis e regulamentos, mas também, contra as rotinas administrativas que devem ser observadas, INOBSERVA O DEVIDO PROCESSO LEGAL, ao utilizar roteiro de auditoria inadequado às empresas optantes do regime do Simples Nacional.

Desse modo, a autuada requer que seja declarada absolutamente nula a infração contida na notificação em apreço, por inobservância do devido processo legal, nos termos dos arts. 2º, 18, e 41, do RPAF Estadual, conforme já decidiu este egrégio órgão julgador, apresentando excertos de decisões.

ACÓRDÃO JJF Nº 0369-04/02

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. O roteiro de auditoria desenvolvido não era próprio para a situação e não permitia que se determinasse, com segurança, a infração e o valor do imposto. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

ACÓRDÃO CJF Nº 0346-12/17 **EMENTA: ICMS. EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. SUPRIMENTO DE CAIXA DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDAS. APURAÇÃO COM BASE NO TRATAMENTO DADO AOS CONTRIBUINTE NÃO OPTANTES PELO SIMPLES NACIONAL. NULIDADE.** O procedimento fiscal, neste caso, foi executado considerando a apuração do imposto de forma não prevista, à época dos fatos geradores, para as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo regime do Simples Nacional, em contradição com o previsto pela LC nº 123/2006 e Resolução CGSN nº 94/2011. Recomenda-se o refazimento do procedimento fiscal, a salvo de falhas, observando-se o prazo decadencial. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

ACÓRDÃO CJF Nº 0080-12/17 **EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIOS PROCEDIMENTAIS. FALTA DE SEGURANÇA.** Não foram obedecidas as formalidades legais estabelecidas no artigo 28 do RPAF/BA, além de terem sido cometidos diversos equívocos que evidenciam insegurança na autuação, implicando a sua nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

Ipso facto, a autuada arguiu como PREJUDICIAL DE VALIDADE e EFICÁCIA da peça básica do processo administrativo fiscal instaurado; requerendo, por isso mesmo, com amparo no princípio do contraditório pleno e amplo, assegurado pela Magna Carta (Art. 5º, LV, CF/88), que as prejudiciais sejam apreciadas e decididas, com fundamentação própria e específica (CF/88, art. 93, IX, e inteligência do art. 5º, II, 37 “caput”, Hely Lopes Meireles, direito administrativo brasileiro, 15ª ed. RT SP, 1990 ff. 78/79).

Neste sentido, a empresa autuada requereu a nulidade total do auto de infração.

Posteriormente, o Autuante apresentou a informação fiscal, fls. 159 a 161, inicialmente pugna pela procedência do auto de infração pelos motivos que ato contínuo passou a informar.

Afirmou que a lavratura do auto de infração encontra-se dentro das formalidades exigidas pelo Capítulo IV do RPAF/99, Decreto 7.629/99, não procedendo ao pedido de nulidade, por ser possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário.

Alegou o Autuante que a defesa se equivocou nas afirmações imputadas, deixando de observar que a metodologia utilizada na apuração do débito constante, é uma das ferramentas usada na Sefaz que é o Sistema AUDIG (fls. 4 a 39), apropriado as empresas do Regime do Simples Nacional.

Diz que todos os relatórios fornecidos pelo Sistema AUDIG estão anexados ao processo, inclusive ANÁLISE DO ICMS SIMPLES NACIONAL A RECOLHER, referentes aos exercícios fiscalizados (2013 a 2016). Que os dados lançados no Sistema AUDIG são declarações feitas pela própria autuada, através da Declaração do Simples Nacional (PGDAS, fls. 40 a 135) cuja informações lançadas foram as receitas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária e o ICMS destacado no PGDAS.

Acrescenta que foram lançadas ainda as informações prestadas pelas Administradoras de Cartão, que são fornecidas pelo Sistema da SEFAZ, Sistema PSS/Inc. Lançadas todas as informações, o próprio sistema faz os batimentos, cujos resultados são informados através dos relatórios que passam a fazer parte integrante do processo.

Assim, o Autuante concluiu que ficou demonstrada a fragilidade da defesa apresentada, requer a procedência.

É o relatório.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Trata o Auto de Infração da acusação de haver a Impugnante omitido saídas de mercadorias tributáveis, o que foi presumida tendo em vista ter-se apurado que as declarações de venda realizadas através de pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, figuravam em sua escrita fiscal em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de cartões.

Verifico que descabe a alegação defensiva de que a Autuante deixou de observar que a autuada é optante do regime do SIMPLES NACIONAL, pois se verifica da memória de cálculo, fls. 04 a 36, que a apuração do débito se deu em estrita observância à legislação do SIMPLES NACIONAL, de modo que o valor do ICMS apurado está conforme demonstrado para cada exercício pelas planilhas: “APURAÇÃO MENSAL DA OMISSÃO DE SAÍDA DAS VENDAS COM CARTÃO DE DÉBITO/CRÉDITO (TEF)”, “RECEITA PARCIAL IDENTIFICADA PELOS DOCUMENTOS EMITIDOS”, IDENTIFICAÇÃO DA RECEITA REAL (Documentos Fiscais + Omissões Apuradas) – ANEXO 2-A a D”, “ANÁLISE DO ICMS DO SIMPLES NACIONAL A RECLAMAR”, “SEGRAGAÇÃO DO ICMS A RECOLHER POR INFRAÇÃO”. Portanto, não há falar que o cálculo não considerou a condição de SIMPLES NACIONAL da Impugnante.

Não prospera também a alegação de que a imputação não foi apurada com aplicação do sistema AUDIG de fiscalização específico para apurar irregularidades cometidas por contribuintes optantes pelo SIMPLES NACIONAL, considerando que se verifica a *prima facie*, que as planilhas listadas acima como exemplo de aplicação para apuração do débito são produzidas a partir do sistema AUDIG. De forma que, ao contrário do que alega a defesa, este é o sistema e a metodologia apropriada para o cálculo em questão.

Verifiquei que os acórdãos JFJ Nº 0045-04/15, JFJ Nº 0057-03/14, Nº 0106-11/14, CJF Nº 0220-12/14, como também os de números JFJ Nº 0369-04/02, CJF Nº 0346-12/17, CJF Nº 0080-12/17, tomados pela defesa

como paradigma de nulidade, não se plicam ao caso, pois se referem a aplicação de roteiro de fiscalização não afeito ao SIMPLES NACIONAL, situação que não se verifica no levantamento fiscal objeto do presente Auto de Infração. Afasto assim a prejudicial de nulidade proposta por mais esse argumento e julgo procedente o presente auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210414.0009/18-3**, lavrado contra a empresa **M. E. DA SILVA PINHEIRO MOREIRA - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$57.221,83**, acrescido da multa de 75%, prevista nos arts. 34 e 35 da Lei Complementar 123/06; inciso I do art. 44 d e da Lei Complementar nº 9.430/96 com redação dada pela Lei Federal 11.488/07 e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2018

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR