

**A. I. Nº** - 217366.0029/17-3  
**AUTUADO** - VALDETE PASSOS SAMPAIO DE ANDRADE - ME.  
**AUTUANTE** - WILSON DE ALBUQUERQUE MELO JÚNIOR  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 23/01/2019

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACORDÃO JJF Nº 0188-03/18**

**EMENTA: ICMS. 1.** EMPRESAS OPTANTES PELO REGIME DO SIMPLES NACIONAL. RECOLHIMENTO A MENOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O autuado não apresenta qualquer elemento de prova com o condão de elidir a acusação fiscal. **2.** DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. As alegações do Contribuinte são desprovidas de provas capazes de descaracterizar a irregularidade apurada. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente auto de infração, lavrado em 28/12/2017, traz a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$254.338,62, acrescido da multa de 75%, devido às irregularidades apuradas, conforme segue:

Infração 01 - 17.02.01 - Efetuou recolhimento a menos de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e contribuições devidos por empresas optantes pelo Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2016, no valor de R\$239.289,57;

Infração 02 - 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 - sem dolo, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2016, no valor de R\$15.049,05.

O autuado impugna o lançamento às fls.124/126. Diz que vem, tempestivamente, apresentar sua defesa administrativa contra a Ação Fiscal, o que faz pelas seguintes razões de fato e de direito.

Afirma que analisando o tipo de auditoria que vem sendo praticada pela Secretaria da Fazenda Estadual e partindo do princípio que essa fiscalização está sendo realizada em uma empresa de regime especial de tributação que é o Simples Nacional, conclui que não houve aprofundamento para conclusão dos trabalhos, ou seja, não foi levado em consideração pelo auditor, itens que poderiam ajudar na execução dos trabalhos, como por exemplo, a realidade da empresa fiscalizada, sua localização e público alvo.

Diz que a empresa Minimercado Tropical Ltda., está inserida em um contexto social considerado de baixo poder aquisitivo, e a circulação de dinheiro em espécie é muito pequena, pois aproximadamente 70% das operações são realizadas com cartão de crédito, o que distorce completamente do relatório apresentado pelo fiscal.

Observa que no ano de 2014, (+/-) 99% das receitas auferidas pela empresa foram consideradas como outras, levando ao final do relatório de 2014, um valor considerável, apontado como omissão

de receita de cartão de crédito, implicando penalidade de 150%, sobre o ICMS devido nessas operações.

Afirma que no ano de 2015, o relatório apresentado pelo fiscal contradiz com as operações realizadas pela empresa. Mensalmente, as receitas auferidas, novamente foram consideradas quase que 100% das receitas como "outros", inclusive destacando que neste ano, as receitas de cartão de crédito foram consideradas como "receitas totais", o que é completamente divergente da realidade da empresa.

Alega que o ano de 2016 apresenta os mesmos equívocos dos anos anteriores, sendo adotado o mesmo critério para os três exercícios fiscalizados. A consideração de quase 100% das receitas informadas, na classificação de "Outros".

Acrescenta que a atividade desenvolvida pela empresa é o Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - minimercados, mercearias e armas, CNAE 4712100. Aduz que, também não foi levado em consideração, alguns produtos que compõem a cesta básica e têm redução de base de cálculo que pode chegar a 100%, como arroz e feijão, conforme estabelece o art. 78-A do RICMS/BA. Outros produtos compõem o anexo único do Protocolo de ICMS 106/2009 e estão incluídos na Substituição Tributária, portanto, o valor do ICMS recolhido, pode ter sido pago a maior. Ressalta que comercializa diversos produtos que fazem parte do art. 353 do RICMS/BA, e estão na substituição tributária do ICMS, principalmente nas operações internas, portanto pouquíssimos produtos são tributados integralmente.

Solicita uma nova análise detalhada da fiscalização, ou seja, uma reabertura do processo de fiscalização, considerando para efeito do resultado final, a atividade da empresa, a classificação correta das receitas, das operações realizadas e dos produtos comercializados. Diz ser necessário, pois influencia no valor final do ICMS a recolher, para que possa receber um julgamento justo, recolhendo o que de fato for devido e compensando com os valores que possivelmente foram recolhidos a maior. Solicita a anulação do Auto de Infração.

O Autuante presta a informação fiscal fls.246/248. Resume os fatos que culminaram na autuação. Explica que a autuada, em sua peça defensiva, alega inicialmente que não foram considerados "itens que poderiam ajudar na execução do trabalho", como a realidade da empresa, localização e público-alvo, considerado de baixo poder aquisitivo.

Aduz que a realidade da autuada, no entanto, pode ser demonstrada, de modo mais concreto, com os valores registrados para o exercício de 2014, pelo valor das compras, que totalizaram R\$ 2.520.683,92, e pelo valor de receita declarada em DASN, de R\$ 3.566.095,88, conforme Relatório de Substituição Tributária fl.13; para o exercício de 2015, os valores de compras chegam a R\$ 2.564.928,44, sendo o valor da receita R\$ 3.645.623,21, valor apurado a partir das DASN -Declaração de Apuração do Simples Nacional.

Afirma que não tem fundamento as alegações da autuada de que, no exercício de 2014, "99 % das receitas da empresa foram consideradas como "Outras" e de que foi aplicada a penalidade máxima de multa de 150 % sobre o ICMS devido nessas operações. Nota que no Relatório do Anexo Geral I – Proporcionalidade da Substituição Tributária pelas Compras fl.14, estão demonstrados mês a mês, os percentuais de proporcionalidade apurados a partir das Notas Fiscais Eletrônicas de Entradas, que foram emitidas contra a autuada. Para ilustrar, em fevereiro de 2014, o percentual de receita segregada, isto é, que não foi oferecido à tributação, foi de 42,89%.

Constata no citado Relatório, que em nenhuma competência deixou de aplicar percentual de proporcionalidade, cujo objetivo é separar do valor de receita auferida, o valor decorrente de operações com produtos sujeitos à substituição tributária.

Sobre o percentual da multa aplicada, diz que não pode subsistir a afirmação de que teria sido aplicado um percentual de multa de 150%, sobre os valores da omissão de receita nas operações com cartão de crédito/débito. Explica que, como está estampado no demonstrativo da infração em tela fl.02, o percentual aplicado nas duas infrações foi de 75 %.

Sobre as alegações subsequentes feitas pela autuada, referentes aos exercícios de 2015 e 2016, de mesmo teor quanto ao alegado relativamente ao exercício de 2014, diz que ficam contraditadas pelos fatos e fundamentos já expostos.

A respeito das considerações defensivas sobre a natureza da atividade desenvolvida pela empresa, no tocante ao tipo de produto, sua classificação e sua suposta inclusão em anexos e protocolos, aponta que no Relatório Cálculo da Receita Apurada à fl. 29, na Coluna Total da Receita Tributada Considerada Isenta no PGDAS, a própria autuada, em sua Declaração à Receita Federal, não informa nenhum valor correspondente à suposta “receita isenta”, o que se constitui em uma contradição às suas alegações de que não foram considerados “grande número de produtos que possui redução, isenção ou substituição do ICMS”. Ressalta que mesmo que assim declarasse, essa suposta receita obtida com “produtos isentos” integraria a receita bruta. Sobre a matéria transcreve dispositivos da Lei Complementar 123/2006, instituidora do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

Sustenta que no regime do Simples Nacional, o ponto de partida para apuração do imposto devido é a determinação da receita bruta e da receita bruta acumulada. Contudo, como já afirmado, procedeu à segregação da receita, de modo a não tributar a parcela obtida com a venda de produtos sujeitos à substituição tributária, portanto, tais valores não integraram a base de cálculo utilizada para a apuração do imposto devido.

Sobre a insistência da autuada de que, quase 100% das receitas foram consideradas como "outras" e que “no ano de 2015 foi considerado como omissão total das receitas de cartão de crédito”, frisa que não assiste razão à autuada. Diz que à fl. 24, se pode constatar que no exercício de 2015, o percentual médio mensal de proporcionalidade encontrado foi de 32,89%, salientando-se que no cálculo são aplicados os percentuais apurados em cada competência, conforme coluna "Proporcionalidade ST utilizada", do referido Relatório.

Opina pela procedência total do Auto de Infração epígrafado.

## **VOTO**

Após analisar as peças componentes do presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a legislação aplicável, Lei Complementar nº 123/06, Lei 7014/96 e o RPAF/99. As irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas no levantamento fiscal, que serve de base ao Auto de Infração, tendo sido entregues ao contribuinte, demonstrativos fls.13/44 e Mídia CD fl.117, conforme documentos fls.118 e 121, lhe possibilitando o exercício do contraditório, não havendo, portanto, o que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

No mérito, trata-se de crédito tributário no valor histórico de R\$254.338,62, acrescido da multa de 75%, devido a recolhimento a menos de ICMS declarado, referente ao regime especial unificado de arrecadação de tributos e contribuições pelas microempresas e empresas de pequeno porte - Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita ou alíquota aplicada a menor (Infração 01 - 17.02.01), nos meses de julho, agosto de 2015, janeiro a dezembro de 2016. A infração 02 refere-se à 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 - sem dolo, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2016.

Nas razões defensivas, o Autuado contestou o procedimento de auditoria, sob a alegação de que o Autuante teria desconsiderado sua realidade sócio econômica de empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional. Afirmou que nos três exercícios fiscalizados, as receitas auferidas pela empresa foram consideradas como "Outras", apontadas como omissão de receita de cartão de crédito, aplicando-se penalidade de 150% sobre o ICMS devido nessas operações. Alegou ainda, que comercializa com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e também isentas, fato que teria sido desconsiderado pela fiscalização.

Analisando os elementos que constituem o presente PAF, verifico que estas alegações não procedem. Conforme devidamente explicitado na informação fiscal, a Auditoria foi realizada a partir de valores da receita declarada pelo próprio Autuado. No exercício de 2014, o valor de receita declarada em DASN foi de R\$ 3.566.095,88, e para o exercício de 2015, os valores de compras chegam a R\$ 2.564.928,44, sendo o valor da receita R\$ 3.645.623,21, valor apurado a partir das DASN - Declaração de Apuração do Simples Nacional.

Observo também, que o Autuante procedeu à segregação da receita, de modo a não tributar a parcela obtida com a venda de produtos sujeitos à substituição tributária, portanto, tais valores não integraram a base de cálculo utilizada para a apuração do imposto devido, aplicando-se para todo o período fiscalizado os percentuais apurados em cada competência, conforme coluna "Proporcionalidade ST utilizada".

Sobre a alegação defensiva de que teria sido aplicada multa no percentual de 150%, também não corresponde à realidade dos fatos. Verifico que a sanção aplicada foi a corretamente prevista no art.34 e 35 da Lei Complementar 123/06, C/C com o art. 44, I da Lei Federal 9430/96.

No que diz respeito ao pedido de que se faça uma nova análise detalhada da fiscalização, ou seja, uma reabertura do processo de auditoria de seus livros e documentos fiscais, além da inexistência de previsão legal para atendimento deste pedido, nesta fase processual, verifico que o Autuado não trouxe a este PAF, qualquer elemento de prova que ensejasse a necessidade de uma revisão da ação fiscal.

No presente caso, a conduta ilícita constatada pela fiscalização foi o fato de ter omitido receitas da Fazenda Estadual, ao declarar valores substancialmente inferiores àqueles de fato constatados em seus documentos fiscais; e por não ter comprovado, que na ocasião de suas vendas, cujo meio de pagamento foi o cartão de crédito e/ou débito, foram emitidos os respectivos documentos fiscais.

Dessa forma, como não foram trazidas provas capazes de elidir, modificar ou extinguir a infração apontada neste lançamento, aplico os seguintes dispositivos do RPAF/99:

*Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.*

*Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.*

*Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

Assim, de acordo com os argumentos esposados acima e considerando a ausência de elementos de provas capazes de elidir a acusação fiscal, a autuação é totalmente subsistente. Esclareço, ainda, que não compete a este Órgão Julgador buscar provas de operações que estão em poder do sujeito passivo, a quem toca o *ônus probandi*.

Ante ao exposto, voto 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 217366.0029/17-3, lavrado contra VALDETE

**PASSOS SAMPAIO DE ANDRADE - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$254.338,62**, acrescido da multa de 75%, prevista no art.34 e 35 da Lei Complementar 123/06, art. 44, I da Lei Federal 9430/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2018.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR