

A. I. N° - 210371.0013/18-5
AUTUADO - BANTUNES COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI
AUTUANTE - BARTOLOMEU BRAGA ROSA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 27/12/2018

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0220-01/18

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS DE ICMS POR ERRO DA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU ALÍQUOTA. Inexistência de diferenças de imposto a recolher em parte do período objeto da autuação. Excluídos da autuação os valores referentes a receitas que foram declaradas corretamente pelo autuado. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. **b)** VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Comprovada a omissão de 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. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 15/08/2018, formaliza a exigência de ICMS no valor total histórico de R\$74.121,83, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Efetuou recolhimento a menos 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 menos, nos meses de março a dezembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$4.408,46, acrescido da multa de 75%;
2. 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 fevereiro, junho a dezembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$69.713,37, acrescido da multa de 75%.

O autuado apresentou defesa (fls. 50 a 52). Consigna que recebeu postagem no *DTE-Domicílio Tributário Eletrônico*, datado de 10/05/2018 relativo à Intimação de Malha Fiscal TEF x PGDAS-D, requerendo do contribuinte autuado até 21/05/2018, a retificação do PGDAS-D ou justificativas das divergências apuradas na referida Malha Fiscal, conforme documentação anexada.

Alega que lamentavelmente o destinatário da intimação foi o contador márcio@.amescontabü.com.br e não o contador contabilfiscal@patrimonialba.com.br, equívoco que motivou o não atendimento da Malha Fiscal no tempo hábil, levando o sistema/ SEFAZ a lhe considerar na condição de inapto, na forma do art. 27, XX, ficando, desse modo, impedido de emitir notas fiscais ou efetuar compras.

Assinala que em contato mantido com o autuante recebeu a Planilha das Divergências Apuradas

PGDAS-D x TEF, e seguindo a orientação da própria Planilha e da mensagem/DTE código 94424 datado de 29/08/2018, conforme documento anexado, pelo que se processou a regularização da pendência que suscitou a inaptidão.

Manifesta o entendimento de que o Auto de Infração não deveria ser lavrado, considerando que as pendências foram retificadas e as diferenças do imposto verificadas, acontecerão no c/c fiscal da Receita Federal, quando serão pagas.

A lavratura do auto, e o seu pagamento, seguramente, acontecerá o evento do *bis in idem*, ou seja, paga-se ICMS na exigência fiscal do auto e, também, paga-se ICMS no PGDAS apurado pela Receita Federal, vez que a autuada é optante pelo SIMPLES Nacional.

Os documentos anexos evidenciam os eventos acima fundamentados.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- que o Auto de Infração seja desconsiderado, pelas razões aduzidas, inclusive com a iminente situação de infringir o princípio do *bis in idem*;
- que seja restabelecida a sua situação cadastral ativa por se encontrar **inapta** pelas razões declinadas.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls.71/72). Contesta a alegação defensiva de que a intimação para a operação malha fiscal, que seria para cumprimento da retificação do PGDAS - D ou justificativa das divergências apuradas na referida operação foi para o antigo escritório de contabilidade, afirmando que a obrigação de ficar com os dados atualizados é atribuição da empresa, e não dever de ofício da Fiscalização, que não pode adivinhar os dados atuais, se não forem informados por quem de direito.

Salienta que à época do início da fiscalização, quando foi gerada a Ordem de Serviço nº 504123/18, acostada à fl. 08, com data inicial de 01/08/2016, e quando da intimação, termo de início da fiscalização, dia 15/08/2018, data da intimação fiscal, a empresa já estava na condição de inapta, não tendo regularizado sua situação até aquela data, o que motivou a autuação que, dessa forma, nada tem de irregular.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame, sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado. A primeira infração trata de falta de recolhimento do ICMS decorrente de recolhimento a menos 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 menos. A segunda infração diz respeito à falta de recolhimento do ICMS, decorrente de 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 conduta dolosa.

De início, considero que a contestação do autuante, no tocante à alegação defensiva de que a intimação para a operação malha fiscal, que seria para cumprimento da retificação do PGDAS - D ou justificativa das divergências apuradas na referida operação foi direcionada para o antigo escritório de contabilidade, a meu sentir, se apresenta correta.

De fato, cumpre ao Contribuinte fornecer e atualizar as suas informações e dados cadastrais junto à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, sendo certo que somente é possível à Fiscalização conhecer e utilizar os elementos cadastrais do sujeito passivo que se encontrem disponibilizados no sistema da SEFAZ/BA.

Por óbvio, a existência de qualquer alteração, a exemplo da mudança do profissional de contabilidade, deverá ser informada pelo Contribuinte para que haja a devida atualização, e desse modo, acesso pela Fiscalização. Conforme mencionado corretamente pelo autuante, “*não pode adivinhar os dados atuais, se não forem informados por quem de direito*”.

Ademais, verifica-se que também assiste razão ao autuante quando diz que a Ordem de Serviço n° 504123/18, acostada à fl. 08, tem a data inicial de 01/08/2018, sendo que o autuado foi intimado do início da ação fiscal em 15/08/2018 (fl.05), data da intimação fiscal, momento no qual já se encontrava na condição de inapto, não tendo regularizado sua situação cadastral até a referida data.

Independentemente da alegação defensiva de que ocorreu um equívoco na destinação da intimação para o seu contador, é certo que o autuado não adotou qualquer providência no sentido de regularizar a sua condição de inapto, antes do início da ação fiscal, bem como não impugnou os valores apurados na autuação.

Apesar disso, o exame do levantamento realizado pelo autuante, permite constatar que na apuração da infração 1 - cujo período de ocorrência abrange março a dezembro de 2017 - , os valores apontados no demonstrativo “APURAÇÃO DO ICMS POR TIPO DE INFRAÇÃO”, acostado à fl. 35, na coluna “ICMS DECLARADO (A)”, referentes aos meses de março, abril, maio e outubro, estão em desacordo com os valores declarados pelo autuado constantes dos “Extrato do Simples Nacional”, acostados pelo autuante às fls.19 a 28, conforme demonstrado abaixo:

Data de Ocorrência	“Extrato do Simples Nacional”- Receita Bruta declarada PGDAS-D	Coluna “ICMS DECLARADO (A)” (Demonstrativo do autuante)
31/03/2017	12.787,57	11.548,46
30/04/2017	12.737,27	12.515,37
31/05/2017	12.652,34	11.713,62
31/10/2017	1.386,03	162,86
TOTAL	39.563,21	35.940,31

Ocorre que no referido demonstrativo “APURAÇÃO DO ICMS POR TIPO DE INFRAÇÃO” (fl. 35), na coluna “ICMS DEVIDO”, os valores apontados nos meses de março e maio coincidem precisamente com os valores declarados constantes do “Extrato do Simples Nacional”, isto é, R\$12.787,57 e R\$12.652,34, inexistindo diferença à recolher, descabendo, portanto, a exigência fiscal no tocante a estes meses.

Já no mês de abril, na coluna “ICMS DEVIDO”, o valor apontado como devido é de R\$12.604,14, sendo que o valor declarado constante do “Extrato do Simples Nacional” é R\$12.737,27, portanto, superior ao considerado devido, descabendo, desse modo, a exigência fiscal.

Quanto ao mês de outubro, apesar de o valor declarado do ICMS ser R\$1.386,03, conforme consta no “Extrato do Simples Nacional”, portanto, superior ao valor de R\$162,86, apontado na coluna “ICMS DECLARADO (A)”, do demonstrativo do autuante, na coluna “ICMS DEVIDO” o valor do imposto apurado é de R\$1.418,98.

Ocorre que utilizando a mesma metodologia adotada pelo autuante no levantamento realizado (fl.35), verifica-se que o valor da Receita Bruta declarada pelo autuado no mês de outubro/2017, foi no valor de R\$41.007,03. Aplicando-se a nova alíquota apurada pelo autuante (fl.35) – em face de omissão de receita apurada – no percentual de 3,95%, resulta no ICMS devido no valor de R\$1.619,77. Deduzindo-se deste valor de R\$1.619,77, o ICMS declarado de R\$1.386,03, resulta na diferença de ICMS a recolher neste mês, no valor de R\$233,74 (R\$1.619,77 - R\$1.386,03 = R\$233,74).

Vale assinalar, que no tocante aos demais meses, ou seja, junho, julho, agosto, setembro novembro e dezembro, os valores apontados na coluna “ICMS DECLARADO (A)” do demonstrativo “APURAÇÃO DO ICMS POR TIPO DE INFRAÇÃO” (fl. 35), elaborado pelo autuante, coincidem precisamente com os valores declarados constantes dos “Extrato do Simples Nacional”, inexistindo reparto a ser feito.

Diante disso, a infração 1 é parcialmente subsistente no valor de R\$2.348,12, ficando o demonstrativo de débito com a seguinte conformação:

Data de Ocorrência	ICMS devido (R\$)
30/06/2017	123,39
31/07/2017	146,30
31/08/2017	297,45
30/09/2017	325,22
31/10/2017	233,74
30/11/2017	438,10
31/12/2017	783,92
TOTAL	2.348,12

No tocante à infração 2, o levantamento levado a efeito pelo autuante, diz respeito a valores de operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por instituições financeiras e/ou administradoras de cartões de crédito ou débito. A previsão legal para enquadramento desta infração encontra-se nos artigos 18, 26, I da Lei Complementar nº 123/06, c/c o art. 4º, § 4º, VI, “a” e “b” da Lei nº 7.014/96.

No presente caso, o levantamento foi efetuado mediante o cotejamento de dados referentes à Receita Bruta auferida mês a mês, declarada pelo contribuinte em PGDAS-D, e os valores das operações TEF, referentes às vendas de mercadorias com pagamento com cartão de crédito/débito informadas por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito/débito. Deste cotejamento, restaram claras as discrepâncias existentes entre as receitas declaradas em PGDAS-D pelo autuado, e os valores referentes às operações TEF informadas por instituição financeira e administradora de cartões.

Constata-se a existência de divergências em todos os meses objeto da autuação, no caso fevereiro, junho a dezembro de 2017, conforme o Relatório AUDIG – Apuração Mensal da Omissão de Saída das Vendas Com Cartão de Débito/Crédito (TEF), fl. 29. As Receitas Brutas declaradas pelo autuado em PGDAS-D, sempre ocorreram em valores substancialmente inferiores as efetivamente auferidas.

Vale mencionar, a título exemplificativo, a exigência fiscal referente ao mês de junho de 2017, onde se verifica que a Receita Bruta declarada pelo autuado em PGDAS-D, fl. 22, é de R\$44.066,95, enquanto o valor informado pelas administradoras é de R\$354.518,31. Também no mês de dezembro/2017, no qual a receita declarada em PGDAS-D, fl. 28, é de R\$57.641,20, enquanto o valor informado pelas administradoras de cartão é de R\$604.227,00.

Certamente que a omissão de receitas por parte do contribuinte comprova o acerto da autuação.

Entretanto, constato a existência de equívoco no levantamento, no tocante à exigência atinente ao mês de outubro de 2017, conforme passo a explicitar.

Conforme consta no demonstrativo de fl. 35, na coluna “BASE DE CÁLCULO DO ICMS (receita sem st) (B)”, o valor lançado é de R\$35.923,54, sendo que sobre esta base de cálculo foi aplicada a nova alíquota de 3,95%, resultando no valor do ICMS devido de R\$1.418,98. Deste valor de R\$1.418,98, foi deduzido erroneamente o valor de R\$162,86 -, na PGDAS-D consta o valor declarado de R\$1.386,03 -, resultando no ICMS a recolher no valor de R\$1.256,12.

Ocorre que em conformidade com o levantamento realizado pelo autuante e consta no demonstrativo de fl. 31, o valor da receita sem substituição tributária é de R\$305.732,47, valor este que, seguindo a metodologia adotada pelo autuante nos demais meses, deveria constar no demonstrativo de fl. 35, na coluna “BASE DE CÁLCULO DO ICMS (receita sem st),(B)”, o que não ocorreu. Na realidade, na referida coluna consta no mês de outubro o valor de R\$35.923,54.

Seguindo ainda a metodologia adotada pelo autuante na apuração dos demais meses, considerando no mês de outubro o valor de R\$305.732,47, aplicando-se a alíquota de 3,95%, o ICMS devido resulta em R\$12.076,43. Deduzido deste valor de R\$12.076,43, o ICMS declarado pelo

autuado de R\$1.386,03, resulta no valor total de ICMS a recolher de R\$10.690,40. Deduzido deste valor o ICMS apurado na infração 1 de R\$233,74, resulta no ICMS devido no mês de outubro no valor de R\$10.456,66, e não R\$1.228,66, conforme apontado no demonstrativo de fl. 36.

Ocorre que o reparo acima implica em agravamento da infração, o que não é legalmente possível no lançamento originariamente realizado. Na realidade, nos termos do artigo 156 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, havendo evidência de agravamento da infração ou necessidade de lavratura de outro Auto de Infração, deverá o órgão julgador representar à autoridade, competente para instaurar novo procedimento fiscal. Nestes termos, represento à autoridade competente para que analise a possibilidade de instauração de novo procedimento fiscal para exigência do crédito tributário.

Relevante consignar, que apesar de o autuado ter recebido todos os elementos necessários e indispensáveis para que pudesse exercer o seu direito de defesa e do contraditório, materialmente nada aduziu na impugnação. Ou seja, não se reportou em nenhum momento sobre os valores apontados no levantamento realizado pelo autuante.

Diante do exposto, este item da autuação é subsistente.

Quanto ao alegado *bis in idem*, não vislumbro como possa ocorrer no presente caso, haja vista que não haverá nova exigência do imposto exigido na autuação, pelo Estado da Bahia.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 210371.0013/18-5, lavrado contra **BANTUNES COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$72.061,49**, acrescido da multa de 75%, prevista nos arts. 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06, c/c o art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei Federal nº 11.488/07, e dos acréscimos legais. Representa-se à autoridade competente para análise da possibilidade de instauração de novo procedimento fiscal para exigência do crédito tributário para elaboração de auto complementar.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de dezembro de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR

PAULO DANILLO REIS LOPES – JULGADOR