

A. I. Nº - 152848.0026/18-9
AUTUADO - BAIANÃO MÓVEIS CAMAÇARI EIRELI
AUTUANTE - MARIZETH GOMES PIRES
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 23/04/2019

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0059-03/19

EMENTA: ICMS. 01. REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES NACIONAL. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU ALÍQUOTA APLICADA A MENOS. **a)** NÃO RECOLHIMENTO DE PARTE DO ICMS. Contribuinte não elide a acusação fiscal. Infração subsistente. **b)** OMISSÃO DE RECEITA. LEVANTAMENTO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Ajuste realizado para exclusão de valores referentes ao exercício de 2015, em que o Autuado não estava cadastrado no referido Regime. Infração parcialmente subsistente. **c)** RECEITAS TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Defesa não elidiu valor autuado. Infração mantida. 02. 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. Defesa não elidiu valor autuado. Infração mantida. Afastada arguição de nulidade. Rejeitados os pedidos de perícia e diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 24/08/2018, traz a exigência de crédito tributário, no valor histórico de R\$91.491,10, acrescido da multa de 75%, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

Infração 1 – 17.02.01 – 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 dessa forma, não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita ou da alíquota aplicada a menos, nos meses de fevereiro a dezembro de 2016, janeiro, fevereiro, maio a dezembro de 2017, no valor de R\$24.985,40;

Infração 2 – 17.03.12 – omissão de receita apurada através de levantamento fiscal, sem dolo, nos meses de setembro a dezembro de 2015, outubro a dezembro de 2016, janeiro a março, junho a dezembro de 2017, no valor de R\$17.953,33;

Infração 3 – 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 ou administradora de cartão de crédito, sem dolo, nos meses de setembro a dezembro de 2015, janeiro a julho, setembro a novembro de 2016, janeiro a junho de 2017, no valor de R\$44.726,10.

Infração 4 – 17.05.01 – deixou de recolher ICMS em razão de considerar receita tributável como não tributável – imunidade, isenção ou valor fixo, no mês de janeiro de 2016, no valor de R\$ 3.826,27.

O autuado impugna o lançamento às fls.49/57. Afirma que sua impugnação é tempestiva. Transcreve as infrações que lhe foram imputadas. Entende que a ação fiscal é improcedente, embora seja reconhecida a competência técnica da Autuante, merecendo, pois, reforma por parte deste Conselho Fazendário.

Afirma que compõe um grupo econômico de grande projeção no mercado regional, especialmente importante para a economia do Estado da Bahia, reconhecida por seus rigorosos compromissos sociais e éticos, que refletem de modo peculiar, na lisura do seu comportamento perante o Fisco.

Aduz que falhas, contudo, ocorre, e não há como imputá-las, exclusivamente, aos agentes fiscais, como normalmente se faz nas peças defensivas. Diz que antes da elaboração da impugnação ao lançamento, procedeu ao exame minucioso da autuação, colaborando com a fiscalização, no intuito de apresentar documentos requeridos pela Autuante. Entretanto, discorda das Infrações elencadas trazendo argumentos para comprovar que devem ser consideradas improcedentes.

Sobre a infração 01, diz que a Fiscal Autuante entendeu que a empresa efetuou recolhimento a menor de ICMS na alíquota do Regime do Simples Nacional. Ocorre que, ao que parece, a Autuante equivocou-se ao analisar os registros cadastrais e documentos apresentados no decorrer da apuração efetuada. Isto porque, no inicio de suas atividades - exercício de 2015, conforme documentos que anexa fl.63, não fora enquadrada no regime tributário simplificado e unificado - Simples Nacional, devido ao não atendimento à época, ao registro de cadastro municipal, sendo excluída deste regime tributário por Ato Administrativo, tornando-se enquadrada no regime de tributação normal, ou seja, sendo apurados todos os tributos, inclusive o ICMS, no sistema de débito e crédito. Situação atendida e tributada normalmente, conforme obrigações acessórias registradas na sua base de dados.

Aduz que devido a este equívoco, a base de cálculo da Receita bruta Acumulada dos últimos 12 meses "RBT12", relatada pela Autuante na referida infração, fica comprometida, pois conforme preceitua o § 1º-A, artigo 18 da Seção 111 - Das alíquotas e Base de Cálculo, da Lei Complementar nº 123/2016, é através do somatório da receita auferida nos doze últimos meses, que é determinada a base de cálculo, para faixa de enquadramento de alíquota, que será aplicada à receita auferida, no mês corrente, via apuração desejada. A Autuante, por ter utilizado como receita auferida dos últimos doze meses, como base de cálculo da referida infração, utilizou as receitas auferidas do ano de 2015, onde não se enquadrava a este regime de tributação.

Além do equívoco relatado, e após análise dos documentos que serviram de base à infração, salienta que a receita bruta acumulada nos doze últimos meses, não fora calculada seguindo a Lei Complementar 123/2016, para empresas em inicio de atividades, conforme descrito no art. 18 que reproduz. Reitera que a Autuante se valeu das receitas computadas relativas aos meses do ano 2015, onde não se enquadrava a este regime de tributação.

No que tange à infração 02, comenta que a Autuante entendeu que a empresa através de seu levantamento fiscal, omitiu receitas devidas. Diz que o Fiscal equivocou-se ao analisar os registros cadastrais e documentos apresentados no decorrer da apuração efetuada. Isto porque, no início de suas atividades - exercício de 2015, conforme documento anexado, não fora enquadrada no regime tributário simplificado do Simples Nacional, devido ao não atendimento à época, ao registro de cadastro municipal, sendo excluída deste regime tributário por Ato Administrativo. Sendo assim, foi enquadrada no regime de tributação normal, sendo apurados todos os impostos, inclusive o ICMS no sistema de débito e crédito. Situação que fora atendida e tributada normalmente conforme obrigações acessórias registradas na base de dados do Autuante.

Frisa que a possível omissão da receita declarada no exercício de 2015, não existiu, pois fora

apurada e registrada no regime tributário do ICMS "Normal". Já nos meses apurados pela Autuante relativos aos exercícios de 2016 e 2017 foi desconsiderada as devoluções de vendas ocorridas nestas competências que são deduzidas de tais apurações.

Relativamente à infração 03, diz que a Autuante entendeu que a empresa através de seu levantamento fiscal, omitiu em suas apurações, receitas efetuadas em cartões de crédito ou débito. Ocorre que a Autuante equivocou-se nos valores demonstrados das possíveis divergências encontradas nesta infração. Observa que no relatório e demonstrativo apresentado pelo Fisco estadual através do DTE - Domicílio Tributário Eletrônico fl.67, das possíveis divergências encontradas de PGDAS-D x TEF, conforme demonstrativo anexado, estas possíveis diferenças são contraditórias.

Sustenta que no relatório registrado pelo fisco estadual através do DTE - Domicilio Tributário Eletrônico, no ano de 2015, fora apresentado como divergência PGDAS-D x TEF o valor de R\$1.081.350,01, já o valor apresentado pela Autuante nesta infração registrou uma divergência no valor de R\$373.811,70. No ano de 2016 através de DTE - Domicilio Tributário Eletrônico, fora apresentado como divergência PGDAS-D x TEF, o valor de R\$349.046,17, já o valor apresentado pela Autuante nesta infração, apresentou uma divergência de R\$451.027,57. Já no ano de 2017, fora apresentado pelo fisco estadual como divergência PGDAS-D x TEF, através de DTE - Domicilio Eletrônico Tributário, o valor de R\$465.898,87, já o valor apresentado na infração, traz uma divergência no valor de R\$ 486.372,19. Diante das divergências encontradas, solicita maior clareza no valor encontrado para discussão e entende que a infração deve ser julgada improcedente, sendo acolhida a defesa ora esposada.

Sobre a infração 04, diz que a Autuante entendeu que a empresa através do seu levantamento fiscal na competência de janeiro de 2016, deixou de recolher o referido ICMS em sua apuração. Ocorre que a Fiscal equivocou-se ao analisar os documentos registrados e declarados na base de dados da Receita Federal. Isto porque, conforme documento anexado, o PGDAS-S da competência de janeiro de 2016, gerado, apurado e transmitido como receitas auferidas contabilizou o valor de R\$113.203,25. Neste sentido, diz que não há o que se falar em omissão de receita declarada da competência informada nesta infração, pois o mesmo fora declarado e pago, conforme preceita a legislação vigente. Sendo assim, a Infração deve ser julgada improcedente.

Confia que este CONSEF saberá fazer justiça, julgando improcedentes todas as Infrações deferindo as perícias requeridas e necessárias para o convencimento dos fatos alegados na impugnação.

A Autuante presta a informação fiscal fls. 77/82. Destaca que a autuada se equivoca no número de infrações lavradas, visto que o auto de infração é composto de 04 (quatro) e não 07 (sete) infrações, como menciona na defesa. Reproduz as infrações apuradas no curso da ação fiscal. Aduz que todas fazem parte de levantamentos Fiscais, baseadas em documentos do contribuinte e de seu enquadramento no Simples Nacional, que é um regime compartilhado de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos aplicável as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. E as empresas que desejam optar pelo Simples Nacional deverão solicitar seu enquadramento no regime, até o último dia do mês de janeiro.

Afirma que o autuado tece comentários, situando economicamente a empresa dentro do mercado regional, ressaltando seus tempestivos pagamentos. Diz que discorda das infrações elencadas, trazendo argumentos para sua defesa que serão rebatidos a seguir.

Sobre a alegação defensiva, de que se equivocou ao analisar os registros cadastrais e documentos apresentados no decorrer da apuração, responde que não prospera tal argumento e informa que quanto ao "resumo de consulta do Simples Nacional apresentado pelo autuado, onde não constava seu enquadramento no Simples Nacional para o período de 2015, foi objeto de uma consulta a Gestora do Simples Nacional através de e-mail, que foi anexado à informação fiscal (fls. 83/87) onde a mesma afirma: "*Em consulta ao portal do Simples Nacional, no Histórico de Eventos, no Simples Nacional do Contribuinte, consta que o mesmo requereu o regime*

Simplificado e teve dois períodos em vigor: (i) o primeiro período de opção requerido pelo contribuinte aparece em 17/06/2015 até 31/12/2015; (ii) e o segundo período a partir de 01/01/2016". Desta forma, frisa ficar claro, que o autuado estava enquadrado ao regime do Simples Nacional no período fiscalizado e que sua alegação do contrário, é descabida e uma tentativa de desqualificar as infrações tipificadas legalmente.

Observa que confirmado seu enquadramento como Simples Nacional, a base de cálculo da Receita Bruta Acumulada que serviu de base de cálculo para os levantamentos fiscais dos últimos 12 meses, RTB12, apresentadas nos demonstrativos foram encontradas da seguinte maneira: (i) a empresa iniciou suas atividades no mês junho 2015; (ii) a receita bruta apurada ano calendário RBA da empresa de junho a dezembro/2015, foi de R\$ 1.081.350,01 fl.39; (iii) R\$1.081.350,01 dividido pela quantidade de meses de funcionamento da empresa (7 meses) = dá uma média de R\$154.478,57 (por mês); (iv) este valor de média encontrado multiplica-se por 12 meses e se tem o valor, para encontrar a alíquota a ser aplicada no ano seguinte: R\$ 154.478,57 x 12 = R\$1.853.742,87, encontrada para a RBT12 2016, conforme demonstrativo do anexo fls.3 a 41 deste PAF.

Sobre a infração 01, conforme consta no Demonstrativo de Débito do Auto de Infração – diz que somente exige imposto nos exercícios de 2016 e 2017. No caso concreto, foi utilizado para cálculo da alíquota aplicável (RBT12), o disposto na legislação vigente, §§ 1º e 2º do art. 18 da Lei Complementar, que reproduz.

A respeito da infração 02, diz que o argumento apresentado pelo impugnante não prospera, conforme já demonstrado na infração 01. Desta forma, assevera que o autuado pertencia ao regime do Simples Nacional no período fiscalizado. No tocante às devoluções de venda alegadas pela impugnante nos exercícios de 2016 e 2017, afirma ser mera e tão somente alegações frágeis, tendo em vista não haver os comprovantes das devidas devoluções.

No que tange a Infração 03, afirma que as informações prestadas pelo DTE (Domicilio Tributário Eletrônico), são para simples conferência e passíveis de correções. Desta forma, diz que este indicativo baseia-se em informações do contribuinte entre PGDAS e TEF, no mês, não sendo uma fórmula preparada de cálculo para apurar o Simples Nacional. Ademais, o cruzamento se faz entre o valor declarado pelo contribuinte no período, entre PGDAS X TEF, dentro do mês. (fl. 41, coluna 3, "valores declarados no PGDAS").

Esclarece que os valores apurados pelos levantamentos fiscais baseiam-se nos dados do contribuinte e nos documentos fiscais, considerando a RBT12 desde 2015 a 2017, já esclarecidos pelos relatórios autoexplicativos em anexos fls. 21 a 44.

Relativamente a Infração 04, aduz que conforme declarado pelo contribuinte no PGDAS - a receita auferida no mês de janeiro de 2016, no valor de R\$113.203,15, foi considerada como isenta ou não tributada pelo ICMS Simples Nacional de forma equivocada. Toda a receita do período é tributada não constando nada que prove o contrário. (Vide fl. 45 deste PAF, CD mídia com os PGDAS). Prossegue explicando que a defesa não merece ser acolhida, pois é incapaz de elidir o presente lançamento. Não apresentou quaisquer demonstrativos contestando os números referentes à apuração do débito descrito no presente lançamento. Sintetiza a informação fiscal afirmando que (i) *A autuação fiscal obedeceu a todos os preceitos legais, previstos no RPAF/BA, não podendo, data vénia, ser atendida a alegação de Improcedência do Auto de Infração;* (ii) *As planilhas anexas aos Autos constam de todos os dados fiscais extraídos dos levantamentos fiscais de faturamento, bem como, das aquisições realizadas pelo contribuinte no período fiscalizado, comprovando assim, que improcede suas alegações.*

Por fim, solicita ao CONSEF, que o Auto de Infração seja declarado totalmente Procedente, nos termos da Informação Fiscal, acrescido das demais cominações legais.

VOTO

O Auto de Infração em epígrafe é composto por quatro infrações à legislação tributária estadual,

arroladas pela fiscalização, conforme relatadas na inicial.

Não acolho a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o preposto fiscal expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como, de seus dados, indicando o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondentes infrações imputadas. Portanto, configura-se o argumento da defesa, apenas como forma de esquivar-se do cumprimento da Obrigação Tributária.

Além disso, constam nos autos e foram entregues ao sujeito passivo os demonstrativos das infrações, tais como: (i) Apuração Mensal da omissão de saídas das vendas com cartão de crédito/débito – 2015 a 2017 (anexo 1); (ii) Cálculo da Receita Apurada – 2015 a 2017 (anexo 2); (iii) Apuração do ICMS por tipo de Infração – 2015 a 2017 (anexo 3); (iv) CD contendo TEF e PGDAS de 2015 a 2017, conforme documento assinado por preposto da empresa fl.46.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação, vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Quanto ao pedido de perícia e diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da convicção dos Julgadores e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, assim como, os elementos acostados aos autos são suficientes para se decidir sobre a presente lide.

No mérito, a infração 01 acusa o autuado de ter efetuado recolhimento a menos de ICMS declarado, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita ou da alíquota aplicada a menos, nos meses de fevereiro a dezembro de 2016, janeiro, fevereiro, maio a dezembro de 2017.

Nas razões de defesa, o sujeito passivo alegou que a Autuante equivocou-se ao analisar os registros cadastrais e documentos apresentados, considerando que embora tenha optado por sua inclusão no Simples Nacional em junho de 2015, devido ao não atendimento à época, dos requisitos para registro no cadastro municipal, foi excluída deste regime tributário por Ato Administrativo, tornando-se enquadrada no regime de tributação normal, conforme documento fl. 63.

Analizando os elementos que compõem o presente PAF, verifico que, de fato, o documento apensado à fl.63, extrato da Receita Federal, consulta realizada em 27/08/2018 confirma a exclusão do contribuinte do Simples Nacional, de 17/06/2015 a 31/12/2015, por Ato Administrativo, conforme alegado pela defesa.

A Autuante informou que este fato foi objeto de uma consulta a Gestora do Simples Nacional através de *e-mail*, anexado à informação fiscal (fls.83/87) que confirmaria a inclusão do Autuado neste Regime.

Examinando esta informação, verifico que os citados documentos registram apenas, eventos de inclusão para o exercício de 2016, sendo omissos, relativamente, ao seu cadastramento no período de 2015 ora discutido.

Nestas circunstâncias, como não existe prova inequívoca no PAF, de que o Autuado teve sua opção ao Simples Nacional, devidamente acolhida pelos entes públicos envolvidos e por

consequência se encontrava legalmente cadastrado no multicitado Regime do Simples Nacional, as ocorrências do exercício de 2015, salvo as relativas à omissão de receitas apuradas pelo levantamento de cartão de crédito que serão apreciadas oportunamente, deverão ser excluídas do auto de infração.

Sendo assim, recomendo à autoridade competente que determine um procedimento para verificação da real movimentação comercial do Autuado no exercício de 2015, com o devido cumprimento de suas obrigações tributárias, objetivando resguardar os interesses do Estado, como determina o artigo 21 do RPAF/99.

A defendente arguiu ainda, que constatara equívoco, na base de cálculo da Receita Bruta Acumulada dos últimos 12 meses "RBT12", apurada pela Autuante na referida infração, por ter utilizado como base de cálculo da referida infração, receitas auferidas no ano de 2015, onde não se enquadrava no regime de tributação do Simples Nacional.

Da análise do procedimento adotado pela fiscalização para apuração da receita bruta, constato que não assiste razão ao Autuado. Para a apuração das receitas que servirão de base de cálculo para fins de seu enquadramento no regime do Simples Nacional, deverão ser levadas em consideração as receitas auferidas nos últimos 12 meses conforme determinação legal.

Observo que o Autuado, mesmo não estando enquadrado no regime do Simples Nacional no exercício de 2015, realizou operações comerciais tributáveis, visto que só com pagamentos realizados com cartão de crédito/débito, as administradoras informaram faturamento de R\$1.081.350,01. Ressalto que o contribuinte não nega estas operações, ao contrário, afirmou que cumpriu todas as obrigações tributárias delas decorrentes, submetido ao regime normal de apuração, pelo sistema de conta corrente fiscal. Sendo assim, estas receitas devem ser consideradas na apuração da receita bruta para fins de enquadramento no Simples Nacional.

Importante lembrar que conforme detalhadamente informa a Autuante, a base de cálculo da Receita Bruta Acumulada que serviu de base de cálculo para os levantamentos fiscais dos últimos 12 meses, RTB12, apresentadas nos demonstrativos foram encontradas da seguinte maneira: (i) a empresa iniciou suas atividades no mês junho 2015; (ii) a receita bruta apurada ano calendário RBA da empresa de junho a dezembro/2015, foi de R\$ 1.081.350,01 fl.39; (iii) R\$1.081.350,01 dividido pela quantidade de meses de funcionamento da empresa (7 meses) = dá uma média de R\$154.478,57 (por mês); (iv) este valor de média encontrado multiplica-se por 12 meses e se tem o valor, para encontrar a alíquota a ser aplicada no ano seguinte: R\$ 154.478,57 x12 = R\$1.853.742,87, encontrada para a RBT12 2016, conforme demonstrativo do anexo fls.3 a 41. Saliento que sobre a infração 01, consta no Demonstrativo de Débito do Auto de Infração, imposto referente apenas aos exercícios de 2016 e 2017, inexistindo exigência relativamente ao exercício de 2015.

Nestas circunstâncias, verifico que a receita bruta apurada para cálculo da alíquota aplicável (RBT12), se encontra em consonância com o disposto na legislação vigente, §§ 1º e 2º, do art. 18 da Lei Complementar 123/2006. Assim, a infração 01 é inteiramente subsistente.

A infração 02 acusa o contribuinte de omissão de receita apurada através de levantamento fiscal, sem dolo, nos meses de setembro a dezembro de 2015, outubro a dezembro de 2016, janeiro a março, junho a dezembro de 2017.

A Lei Complementar nº 123/2006 prevê que sobre a receita bruta auferida no mês, incidirá a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º do artigo 18, podendo o contribuinte optar que a incidência se dê sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irretratável para todo o ano calendário.

Há previsão na lei acima referida, que a microempresa ou empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, deverá apresentar anualmente à Secretaria da Receita Federal do Brasil declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, que deverá ser disponibilizada aos órgãos de fiscalização tributária e previdenciária, observados prazo e modelo

aprovados pelo Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN. Esta declaração se constitui em confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos tributos e contribuições que não tenham sido recolhidos, resultantes das informações nela prestadas, conforme o disposto no § 15-A do art. 18. Também os contribuintes optantes ficam obrigados a emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço em suas operações, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor, sendo que o valor do tributo não pago, apurado em procedimento de fiscalização, será exigido em lançamento de ofício.

Vale registrar que se aplicam aos optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional, conforme art. 34 da referida Lei.

No caso em análise, a Atuada é acusada de deixar de incluir na Receita Bruta do mês, valores relativos a vendas de mercadorias isentas, quando deveria tê-las incluído no montante a ser tributado, haja vista que a sistemática de apuração dos valores mensais a recolher exige que se considere no cômputo da receita bruta o total do produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, conforme §1º, do art. 3º da Lei nº 123/06.

Sobre esta infração, o Autuado alegou que a possível omissão da receita declarada no exercício de 2015, não existiu, pois fora apurada e registrada no regime tributário do ICMS "Normal". Já nos meses relativos aos exercícios de 2016 e 2017, teria sido desconsiderada as devoluções de vendas ocorridas nestas competências que são deduzidas de tais apurações.

A respeito das ocorrências do exercício de 2015, conforme já apreciado na infração 01, não consta dos dados cadastrais da Secretaria da Fazenda e da Receita Federal, que o Autuado estivesse enquadrado no regime do Simples Nacional, ainda que tenha solicitado seu cadastramento no citado período, visto que foi excluído do Simples por Ato Administrativo conforme consta à fl. 63. Dessa forma, os valores associados ao exercício de 2015 devem ser excluídos dessa infração.

Entretanto, não acolho a alegação defensiva de que nos exercícios de 2016 e 2017 as devoluções de vendas teriam sido desconsideradas pelo fisco, pela absoluta falta de prova de tais eventos no presente PAF. Assim, a infração 02 é parcialmente procedente, remanescendo o valor de R\$2.461,60.

A infração 03 trata 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 ou administradora de cartão de crédito, sem dolo, nos meses de setembro a dezembro de 2015, janeiro a julho, setembro a novembro de 2016, janeiro a junho de 2017.

O defendente contestou a autuação alegando que recebeu informações pelo DTE (Domicílio Tributário Eletrônico) fl. 67, onde as divergências apuradas entre as informações do PGDAS X TEF estão diferentes dos valores apurados no levantamento fiscal para esta infração. Disse que essas divergências requerem maior clareza sobre o valor apurado e cobrado na autuação.

Em sede de informação fiscal, a Autuante explicou que a fiscalização adota como procedimento, o envio de relatórios, através da DTE, antes da autuação, para que o sujeito passivo realize uma simples conferência dos dados passíveis de correções. Disse que este indicativo baseia-se em informações do contribuinte entre PGDAS e TEF, no mês, não sendo uma fórmula prévia de cálculo para apurar o Simples Nacional. Ademais, disse que o cruzamento se faz, entre o valor declarado pelo contribuinte no período fiscalizado, entre PGDAS X TEF dentro do mês, sem levar em conta, totais de receitas que serviram para fins de enquadramento. Esclareceu que os valores apurados pelo levantamento fiscal baseou-se nos dados do contribuinte e nos documentos fiscais considerando a RBT12 desde 2015 até 2017, conforme relatórios fls. 21 a 44.

Importante registrar, que conforme estabelece o art. 34 da Lei Complementar 123/2006, todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações dos Estados e Municípios, no tocante aos impostos e contribuições, se aplicam aos optantes do Simples Nacional.

Considerando que ficou comprovado nos autos, sendo que o próprio contribuinte confessa em sua defesa ter realizado operações de vendas com pagamentos com cartão de crédito e débito, no exercício de 2015, os valores associados a este exercício permanecem de forma legítima na infração, pois são devidos independentemente, do seu regime de apuração.

Sobre a omissão de receitas apurada através de levantamento de vendas com cartão de crédito ou/de débito, observo que a comparação somente pode ocorrer, entre operações equivalentes, ou seja, as vendas declaradas pelo contribuinte como sendo pagas por cartões de crédito/débito são comparadas com as operações que foram pagas com cartão de débito/crédito informadas pelas administradoras de cartões.

Vale ressaltar que o levantamento realizado pela Autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito e/ou débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão do art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96, a qual considera *ocorrido o fato gerador do ICMS, entre outras hipóteses*, a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizando a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Em relação ao argumento de que houve divergência no registro do meio de pagamento informado anteriormente via DTE e aquele apurado no levantamento fiscal que serve de base a esta infração, entendo que cabe ao autuado comprovar que realizou vendas com cartão de créditos/débitos e que registrou como sendo outro meio de pagamento, entretanto, em sua peça defensiva nada apresentou, mesmo tendo recebido o relatório TEF onde são relacionadas operação a operação. Assim, prevalece a presunção legal de venda de mercadorias tributáveis sem documento fiscal, sendo devido o imposto, previsto no art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96. Infração subsistente.

A infração 04 acusa o Autuado de falta de recolhimento do ICMS em razão de considerar receita tributável, como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo) no mês de janeiro de 2016.

O defendente afirmou que a Fiscal equivocou-se ao analisar os documentos registrados e declarados na base de dados da Receita Federal. Isto porque, o PGDAS-S da competência de janeiro de 2016, gerado, apurado e transmitido como receitas auferidas contabilizou o valor de R\$113.203,25. Disse que não há o que se falar em omissão de receita declarada da competência informada nesta infração, pois o mesmo fora declarado e pago, conforme legislação vigente.

Analizando o PGDAS-S da competência de janeiro de 2016 fl.68 (frente e verso) observo claramente, que não assiste razão ao Autuado. Pode-se aferir neste documento, que o sujeito passivo não recolheu qualquer valor, a título de ICMS neste mês de competência, estando zerado o campo reservado a este imposto. Portanto está correta e clara a autuação, haja vista que os valores cobrados têm como base a Receita Bruta declarada no PGDAS-D.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o auto de infração nº 152848.0026/18-9, lavrado contra a **BAIANÃO MÓVEIS CAMAÇARI EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor de R\$75.999,37, acrescido da multa de 75%, prevista nos artigos 34 e 35 da Lei Complementar 123/06 e inciso I do art. 44 da Lei Federal 9430/96, com redação dada pela Lei Federal 11.488/07 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2019.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR