

A. I. Nº - 130576.0034/17-1
AUTUADO - MERCADINHO SANTOS RIBEIRO LTDA.
AUTUANTE - JOSENINA CAMPOS TEIXEIRA
ORIGEM - INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07/05/2019

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0085-03/19

EMENTA: ICMS. 1. REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES NACIONAL. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU ALÍQUOTA APLICADA A MENOS. NÃO RECOLHIMENTO DE PARTE DO ICMS. Contribuinte não elide a acusação fiscal. Infração subsistente. 2. 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 29/09/2017, traz a exigência de crédito tributário, no valor histórico de R\$35.520,83, 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 devido 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 março a novembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015, abril a dezembro de 2016, no valor de R\$7.142,59;

Infração 2 – 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 janeiro a maio, julho a dezembro de 2014, janeiro de 2015 a dezembro de 2016, no valor de R\$28.378,24.

O autuado impugna o lançamento às fls.229/240. Registra a tempestividade de sua defesa. Afirma que irresignado com o Auto de Infração vem apresentar defesa, conforme a seguir. Reproduz as infrações que lhe foram imputadas.

Comenta que a Autuante lhe imputa tais infrações, deixando de observar que é optante do regime do Simples Nacional.

Entende que as infrações deveriam ser apuradas com aplicação do sistema AUDIG de fiscalização, específico para demonstrar irregularidades cometidas por contribuintes optantes pelo Simples Nacional. Dessa forma, diz 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. Daí porque a respeitável Junta, ao decidir sobre este auto de infração, nunca deverá resolver de plano, uma vez que se faz necessário, verificar, se foi observado ou não, o devido processo legal.

Reproduz o art. 2º do RPAF/99, para afirmar a intenção do legislador baiano, em assegurar aos contribuintes, um tratamento justo, digno e igualitário diante do contencioso fiscal. Sendo assim,

não há como olvidar os direitos e garantias fundamentais assegurados pela nossa Carta Magna. Cita o Código Tributário Nacional, Lei Complementar à Constituição, que ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, erguem os princípios gerais de direito, de forma a trazê-los à aplicação prática e imprescindível, como forma de proteger o contribuinte. Evidencia-se tal afirmativa, principalmente no artigo 112 do CTN, quando se usa o princípio do *in dubio* pró - contribuinte.

Discorre sobre a função fiscal, exercício do poder-dever da autoridade administrativa, nos termos previstos na Constituição Brasileira e nas leis infraconstitucionais que lhe atribui encargos, deveres ou funções para os órgãos da administração pública, que sobre estes devem se desincumbir com a maior presteza possível.

Explica 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.

Nesse sentido, aduz 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. É por isso, que o caso “*sub examine*”, devido aos vícios que possuem levará fatalmente a decretação da sua nulidade.

No tocante às infrações que lhe foram imputadas, diz que 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.

Desse modo, diz que se afigura demonstrada, a falta 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 da ação fiscal. 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, comenta que o Sistema AUDIG gera demonstrativo 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. Diz 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.

Assevera 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 § 4º do art. 18 da Lei Complementar 123 de 14/12/2006. Discorre sobre a referida Lei. Conclui que da forma como foi feita a apuração do imposto do auto de infração em referência, a Autuante, desconsidera o ditame legal vigente e contraria as decisões deste órgão julgador administrativo. Sobre o tema reproduz acórdão deste CONSEF. Requer seja declarada nula as infrações contidas no auto de infração em referência, por inobservância do devido processo legal, nos termos dos arts. 2º, 18 e 41, do RPAF/BA. Reproduz decisões, pela nulidade, desse órgão julgador.

Requer que as prejudiciais sejam apreciadas e decididas, com fundamentação própria e específica e que este CONSEF decrete a nulidade total do auto de infração em tela, por ser de direito e de justiça.

A Autuante presta a informação fiscal fls. 259/263. Destaca que o auto de infração mencionado objetivou a cobrança de débito tributário, cujo levantamento do montante foi feito através dos documentos fiscais apresentados pelo contribuinte e informações enviadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito. Repete as irregularidades apuradas.

Afirma que a infração 01 está tipificada como recolhimento à menor de ICMS declarado. No que tange ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos, tal infração implica não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita/ou alíquota aplicada à menor. Explica que a infração por erro na informação da receita ocorre nas hipóteses em que a receita declarada pela empresa é inferior a receita encontrada nos documentos fiscais. Já a infração por erro na aplicação da alíquota, se verifica, quando se aplica alíquota menor do que aquela correspondente à faixa das doze últimas receitas especificadas no anexo I, conforme Lei 123/06.

Sobre a infração 02, diz que está tipificada como omissão de saída de mercadorias tributadas, presumidas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradoras de cartões.

Sintetiza os argumentos defensivos. Diz que a Informação Fiscal tem o objetivo de contestar as alegações feitas pelo Autuado durante todo o desenrolar do presente processo, além de esclarecer o procedimento utilizado para a apuração do débito através do programa de fiscalização aprovado e homologado pela SEFAZ, para ser aplicável aos contribuintes do Simples Nacional (AUDIG/ Auditoria Digital), com a explanação do conteúdo dos relatórios elaborados por este Programa, fls.19/45 deste PAF.

Diz que para esclarecer sobre supostos equívocos existentes alegados pela defesa, será realizada explanação de como foi realizada a presente fiscalização, e como foi possível se chegar ao valor apurado. Reproduz o art. 33 da Lei 123/06.

Assegura que foi feita a apuração do débito através do AUDIG, da seguinte forma: (i) levantamento da receita proveniente das vendas de mercadorias; (ii) cálculo do valor do ICMS devido; (iii) determinação do valor do débito, através do confronto entre o valor do ICMS devido e o ICMS declarado; (iv) levantamento da receita proveniente das vendas de mercadorias.

Observa que inicialmente, estabelece o confronto entre os valores das vendas, registrados nos documentos fiscais apresentados pelo contribuinte, conforme planilhas elaboradas das fls.145 a 222, e os valores das vendas em cartão através do sistema TEF (Transferência Eletrônica de Fundos), das fls. 15 a 17. Do resultado desse confronto, apura, por presunção legal, o valor da receita proveniente das vendas em cartão, sem emissão das respectivas notas fiscais.

Salienta que uma vez constatada a omissão como relatada, procede ao levantamento da receita total da empresa, acrescentando ao valor integral das vendas (cartão + outros) apresentadas pelo contribuinte, o valor da omissão apurada. Como se trata de empresa que comercializa produtos da substituição tributária, essa nova receita foi submetida à segregação, para separar o montante da receita proveniente das vendas dos produtos da substituição (tributados antecipadamente) do montante da receita, que será a base de cálculo para apurar o imposto devido.

Aduz que a base de cálculo encontrada foi submetida às alíquotas constantes do Anexo I da Lei 123/2006 do Simples Nacional, com a finalidade de apurar o ICMS devido. Da determinação do valor do débito através do confronto entre o valor do ICMS devido e o ICMS declarado. Apurado o valor do ICMS devido, este foi confrontado com o valor do ICMS declarado, gerado nos extratos do Simples Nacional, de forma que, durante o período fiscalizado, o contribuinte acumulou diferenças de ICMS a recolher, conforme fls. 27/36 e 38. Estas diferenças, determinadas mensalmente, foram desmembradas por infração, como demonstram os relatórios citados.

Ressalta que as informações das administradoras de cartão, apesar de não serem documentos fiscais, são documentos legitimados pelo Convênio ECF 01/01, o qual dispõe sobre informações do faturamento de estabelecimento usuário de ECF, prestadas por administradoras de cartão de crédito às Secretarias Estaduais de Fazenda, devidamente autorizadas pelo contribuinte. Diz que conforme demonstrado, é incabível o pedido de nulidade da autuação.

Solicita que seja julgado totalmente procedente o Auto de Infração, já que foi lavrado em fiel observância ao que preceitua a Lei Complementar 123/06, bem como, o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia.

O advogado do autuado se manifesta no processo fl. 266, solicitando que toda e qualquer correspondência sobre o feito, seja encaminhada para Oliveira e Advogados, no seu novo endereço: Rua Alceu Amoroso Lima nº 786, sala 312, Edf. Tancredo Neves Trade Center, Caminho das Arvores, Salvador /Bahia, CEP 41.820-770, aos cuidados da doutora Jamile Oliveira.

VOTO

Preliminarmente, o defendant suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, sob a alegação de que as infrações deveriam ser apuradas, com aplicação do sistema AUDIG de fiscalização, específico para demonstrar irregularidades cometidas por contribuintes optantes pelo Simples Nacional. Frisou que, como consequência, a metodologia utilizada pela Autuante para elaboração do Demonstrativo que deu suporte a acusação fiscal, se apresenta equivocada, por se utilizar de procedimento dissociado da técnica, provocando incerteza quanto ao valor efetivamente devido, resultando em lançamento de ofício, que não contém elementos suficientes para se determinar com segurança e liquidez, a infração, impondo-se sua nulidade.

Analisando os elementos que compõem o presente PAF, verifico que não possui suporte fático ou jurídico tais alegações. Primeiro, porque ao contrário do alegado, o levantamento fiscal foi elaborado, utilizando-se a ferramenta AUDIG – Auditoria Digital, conforme fazem provas os demonstrativos acostados as fls. 19/44. Estes documentos lhe foram entregues, nos termos do comprovante de entrega das planilhas e CD ao autuado, fl.224. Segundo, porque o aplicativo AUDIG é uma ferramenta que auxilia a fiscalização de empresas optantes pelo Simples Nacional, inexistindo previsão legal determinando sua utilização.

Observo que não há qualquer vício que imponha mácula ao lançamento, pois estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração. Verifico também, que não há nos autos, quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação da infração, restando suficientes os elementos presentes, para se determinar, com segurança, a infração, o infrator e o *quantum* devido.

Sendo assim, o presente processo contém os requisitos indispensáveis à sua validade nos termos do art. 39 do RPAF/99, e não vislumbro qualquer das hipóteses previstas no art. 18, do citado diploma regulamentar, para que seja decretada sua nulidade. Dessa forma, afasto as nulidades suscitadas.

A alegação defensiva de que a exigência do imposto, com a metodologia de cálculo como foi efetuada no presente lançamento, não é apropriada, pois a imputação deveria ser apurada com aplicação do sistema AUDIG de fiscalização, específico para apurar irregularidades cometidas por contribuintes optantes pelo SIMPLES NACIONAL, não prospera.

Observo que o aplicativo Auditoria Digital – AUDIG, foi desenvolvido e autorizado pela Diretoria de Planejamento da Fiscalização, para auxiliar os agentes fiscais, na fiscalização de empresas optantes pelo Simples Nacional. Este aplicativo trata-se de um banco de dados onde são inseridas as informações a respeito do contribuinte em ação fiscal. A partir dos dados ali informados, como as entradas e saídas de mercadorias e serviços e registros constantes da escrituração fiscal do contribuinte, resultam numa série de planilhas visando demonstrar o resultado então apurado. O citado AUDIG é, portanto, uma ferramenta utilizada pela fiscalização, que facilita a elaboração de planilhas que auxiliam na demonstração do valor do imposto apurado devido por empresas optantes pelo Simples Nacional. Nestes casos, o aplicativo AUDIG é utilizado para evitar que o imposto seja calculado com alíquotas aplicáveis a empresas do regime normal de apuração, o que não ocorreu neste processo.

O enquadramento de uma empresa no Simples Nacional, não a exclui de ser submetida a todos os procedimentos de fiscalização determinados na norma de regência para averiguação, ou mesmo homologação, dos lançamentos realizados e apresentados ao fisco estadual, uma vez que tal auditoria encontra-se expressamente determinada no art. 34 da LC nº 123/06, que assim expressa:

Art. 34. Aplicam-se à microempresa e à empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.

O autuado é estabelecimento de contribuinte optante pelo Regime Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional. Como tal, se submete a um regime diferenciado de apuração de ICMS, estando sujeito às regras dispostas na Lei Complementar nº 123/06.

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 março a novembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015, abril a dezembro de 2016.

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. 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.

No caso em análise, a Atuada é acusada de deixar de incluir na Receita Bruta do mês, parte dos valores relativos a vendas de mercadorias com pagamento de cartões de crédito ou débito, 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.

A infração 02 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 janeiro a maio, julho a dezembro de 2014, janeiro de 2015 a dezembro de 2016.

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 com 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.

Cabe registrar, que o defensor não aponta qualquer erro no levantamento fiscal que serve de base às infrações que lhe foram imputadas, limitando-se a arguição de preliminar de nulidades que foram devidamente apreciadas.

Registro que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Ressalto que o Autuado foi acusado de ter cometido as irregularidades lançadas na peça acusatória, e não trouxe ao PAF elementos que motivem a revisão do imposto que foi exigido mediante o Auto de Infração em exame. Sendo assim, as infrações 01 e 02 são subsistentes.

Quanto à solicitação para que toda e qualquer correspondência sobre o feito seja encaminhada para Oliveira e Advogados, no seu novo endereço: Rua Alceu Amoroso Lima nº 786, sala 312, Edf. Tancredo Neves Trade Center, Caminho das Arvores, Salvador /Bahia, CEP 41.820-770, aos cuidados da doutora Jamile Oliveira, observo que não existe óbice para atendimento deste pleito. No entanto, saliento que o não atendimento não implica em nulidade do ato, haja vista que as formas de intimação ao contribuinte, se encontram determinadas no artigo 108 do RPAF/BA/99.

Pelo 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 130576.0034/17-1, lavrado contra **MERCADINHO SANTOS RIBEIRO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$35.520,83, 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 nº 9430/96, com redação dada pela Lei Federal nº 11.488/07 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de abril de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR