

A. I. Nº - 211322.0034/18-3
AUTUADO - MADEIREIRA LOPES E SILVA LTDA.
AUTUANTE - JÚLIO DAVID NASCIMENTO DE AMORIM
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/08/2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0099-04/19

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. Restou comprovado incorreções no cálculo da proporcionalidade de mercadorias sujeitas à substituição tributária e aplicação incorreta das alíquotas previstas na Lei Complementar 123/06. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 06/08/2018, imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de falta de recolhimento do imposto, constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis presumidas por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de setembro de 2014 a dezembro de 2017 (Infração 05.08.01), sendo exigido ICMS no valor de R\$37.384,42, acrescido da multa de 100%.

Consta na descrição dos fatos a seguinte informação: *“Na execução dos roteiros elencados na ordem de serviço em epígrafe no presente, analisamos as vendas efetuadas com cartões de crédito e débito pelo contribuinte em confronto com suas declarações transmitidas junto a SRF e SEFAZ, onde foram coligadas estas. Assim, após as análises pertinentes, identificadas foram às omissões e recolhimentos efetuados a menor do ICMS Simples Nacional, amplamente detalhadas nos anexos contidos na mídia apensada a este PAF”*.

O autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 20 a 23, dizendo que foi acusado de praticar omissão de saída de mercadoria tributáveis, 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.

Informa que se trata de empresa inscrita no CAD-ICMS na condição de empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, cuja atividade principal é o comércio varejista de materiais de construção, e que as mercadorias comercializadas são enquadradas na substituição e antecipação tributária, exceto pouquíssimos produtos como, por exemplo de madeira serrada e alguns móveis de cozinha e banheiro que são tributadas integralmente.

Diz que a fiscalização não demonstrou claramente como obteve o valor de base de cálculo dessas omissões no auto de Infração, e que deduziu que o mesmo aplicou a segregação das receitas decorrentes das operações com mercadorias enquadradas na substituição e antecipação tributária, conforme estabelece inciso I, § 4º do Art. 18 da Lei Complementar nº 123/2006.

Discorda dos índices mensais de proporcionalidade da receita omitida tributada calculado pela autoridade fiscal, e destaca ter ocorrido ainda um equívoco nos meses de março e abril de 2017, pois foi lançado no auto de infração como valor de base de cálculo R\$35.719,25 e R\$55.132,00 respectivamente, enquanto que a Receita Bruta Omitida calculada na auditoria, naqueles meses foram R\$26.908,50 e R\$44.402,00.

Informa que outro fato que considera gravíssimo é que foram os valores encontrados como *base de cálculo* nos anos de 2016 e 2017 exatamente iguais e certamente foram arquitetados e por consequência não pode ser classificado como falta, visto que se trata de vários meses, conforme demonstrativo que apresenta:

Data da ocorrência	Base de Cálculo	Data da ocorrência	Base de Cálculo
31/01/2016	7.465,25	31/01/2017	7.465,25
28/02/2016	42.405,50	28/02/2017	42.405,50
31/03/2016	35.719,25	31/03/2017	35.719,25
30/04/2016	55.132,00	30/04/2017	55.132,00
31/05/2016	12.524,25	31/05/2017	12.524,25
30/06/2016	28.183,75	30/06/2017	28.183,75
31/07/2016	27.963,00	31/07/2017	28.963,00
31/08/2016	21.254,25	31/08/2017	21.254,25
30/09/2016	25.681,50	30/09/2017	25.681,50
30/11/2016	31.851,75	30/11/2017	31.851,75
31/12/2016	43.970,00	31/12/2017	43.970,00

Entende que o cálculo do valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional será determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas, calculadas a partir das alíquotas nominais constantes das tabelas dos Anexos I a V da Lei Complementar nº 123/2006, o que não foi aplicado pela autoridade fiscal, pois o mesmo considerou alíquota única em todos os exercícios fiscalizados de 4%.

Diz que efetuou um novo demonstrativo do cálculo da segregação das receitas, tomando como base os valores declarados no PGDAS mensalmente, alcançando o percentual da receita omitida tributada, nos termos do Inciso I, §4º do Art. 18 da Lei Complementar nº 123/2006, reconhecendo como devido o valor de R\$8.147,32.

Informa estar anexando cópias dos livros registro fiscais de entradas e saídas, listagem de vendas por itens de produtos, extratos PGDAS e demonstrativos do cálculo da segregação das receitas.

Finaliza pedindo o acolhimento da impugnação e reconhece como devido o valor de R\$8.147,32 (oito mil e cento e quarenta e sete reais e trinta e sete centavos).

O autuante presta informação fiscal às fls. 31/33, dizendo que o contribuinte requer impugnação parcial do valor do PAF por discordar dos cálculos por ele efetuados. Questiona a segregação do ICMS contido no Simples Nacional alegando que sua receita total declarada nos extratos de PGDAS-D tem pouquíssimas vendas sem substituição tributária.

Após, esclarece que refez todos os cálculos embasados nas declarações transmitidas a SRF (PGDAS-D); As aquisições de mercadorias para comercialização efetuadas através de notas fiscais eletrônicas e as informações fornecidas pelas Administradoras de Cartões de Crédito/Débito, mediante prévia autorização do contribuinte, que tem como base legal o Convênio ECF 01/01 e art. 3º-A do Decreto (BA) nº 7.636/99.

Explica que o cálculo do ICMS do Simples Nacional é efetuado de acordo com o Artigo 18 da LC nº 155/16, cujo teor transcreve.

Em seguida afirma que efetuou a apuração dos valores das vendas auferidas declaradas na PGDAS-D somando as divergências identificadas entre estes valores e as receitas apuradas através de vendas com cartões de débito e crédito, sendo estas divergências acrescidas numa nova receita total auferida no período fiscalizado. O resultado das ações retro mencionadas está amplamente detalhado nos anexos 01 e 02 desta informação fiscal onde apurada e registrada ficou, a omissão do pagamento do ICMS sobre o Simples Nacional num valor histórico total de R\$26.819,09 (Vinte e seis mil, oitocentos e dezenove Reais e nove centavos).

Sobre o argumento do autuado de que “tem pouquíssimas vendas sem substituição tributária”, anexado a presente informação fiscal armazenado em mídia apenas com demonstrativos das

aquisições por produto COM e SEM ICMS Substituição Tributária retido no documento fiscal durante o período, com os seguintes totais:

Aquisições de mercadorias COM Substituição Tributária retida na NFE= R\$543.108,62.

Aquisições de mercadorias COM Substituição Tributária retida na NFE= R\$3.134.278,01.

Após diz que evidenciado está, de que apenas 28% (Vinte e oito por cento) das aquisições totais do contribuinte estão submetidas ao regime de substituição total tributária, motivo pelo qual aplicou as alíquotas do ICMS Simples Nacional, por não ser possível identificar em seus livros de registros de saídas, o regime tributário aplicado nas vendas.

O contribuinte ao ser cientificado se pronuncia às fls. 132 a 133 dizendo que na Informação Fiscal fora elaborado novo demonstrativo do cálculo do ICMS referente omissão de receitas apurada através de vendas com cartão de débito e crédito apurando um novo valor do ICMS no total de R\$26.819,09.

Assevera que ao fazer as devidas verificações nos demonstrativos, anexo 01 e 02, foi possível identificar falha na elaboração do anexo 01, pois a autoridade fiscal considerou alíquotas efetiva e nominal não cabíveis, uma vez que o período fiscalizado compreende aos exercícios de 2014 a 2017, e essas alíquotas nominal e efetiva passaram a existir a partir de 01/01/2018, conforme Lei Complementar nº 155/2016.

Em relação à determinação da alíquota do ICMS, esclarece que se utiliza como base a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao do período de apuração e a sua receita acumulada, em nenhum período fiscalizado teve valores entre R\$1.620.000,01 a R\$1.800.000,00, faixa que define a alíquota do ICMS de 3,1%. A sua maior alíquota foi 2,84%, conforme demonstrativo do cálculo da segregação das receitas que diz anexar.

Quanto ao argumento de apenas 28% (vinte e oito por cento) das aquisições totais da empresa estão submetidas ao regime de substituição total tributária, não procede porque em seu demonstrativo de aquisições o Agente de Tributos não considerou as aquisições de mercadorias para comercialização oriundas de outros estados da federação e que as mesmas se enquadram no anexo 1 = mercadorias sujeitas a substituição ou antecipação tributária, item 8.0.

Pede que não sendo aceito a segregação das receitas com base no seu demonstrativo, extraído do livro registro de saídas de mercadorias e apresentado a fiscalização no início da ação fiscal, considere a proporcionalidade tomando por base as suas aquisições, conforme demonstrativo que diz ter elaborado.

Por fim informa estar anexando mídia em CD com listagem mensal de lançamentos de entradas por CFOP.

Às fls. 138 a 141 foi anexada cópia da Informação Fiscal e seus anexos, prestada anteriormente, não apresentando novos argumentos.

VOTO

O Auto de Infração em lide atribui ao contribuinte o cometimento de irregularidade, decorrente de falta de recolhimento do imposto constatada pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito/débito.

O impugnante alega nulidade da ação fiscal por falta de certeza da base de cálculo para apuração do imposto, uma vez que não foi demonstrada claramente à sua metodologia. Reclama que nos meses de março e abril de 2017 foi lançado no Auto de Infração como valor da base cálculo os valores de R\$35.719,25 e R\$55.132,00, respectivamente, enquanto que a Receita Bruta Omitida naqueles meses, constantes nos papéis de trabalho foram R\$26.908,50 e R\$44.402,00. Diz que outro

erro gravíssimo foi constar no Auto de Infração valores da Base de Cálculo exatamente iguais em todos os meses dos exercícios de 2016 e 2017.

De fato, assiste razão o sujeito passivo em seus argumentos, entretanto, na Informação Fiscal tais irregularidades foram sanadas, elaborados novos demonstrativos, anexados às fls. 127/128 e na mídia eletrônica, fl.129, alterando o valor do débito de R\$37.384,42 para R\$26.819,09, cuja cópia foi disponibilizada ao autuado, lhe permitindo se defender do que lhe estava sendo imputado, inclusive, apresentando outros demonstrativos com base nos que lhe foram fornecidos, questionando os cálculos efetuados pelo autuante.

Ademais, não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação das infrações, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Assim, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, não estando presentes no processo qualquer hipótese motivadora de nulidade elencadas nos incisos I a IV do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Desse modo, não acolho as nulidades suscitadas.

No mérito, constato que o cometimento de irregularidade é decorrente de falta de recolhimento do imposto constatada pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito/débito.

Em sua defesa o autuado alega que sua atividade principal é de comércio varejista de materiais de construção e as mercadorias comercializadas são enquadradas no regime de substituição tributária, exceto pouquíssimos produtos, que são tributados normalmente, e tal fato não foi considerado pela fiscalização. Alega ainda que o período fiscalizado compreende aos exercícios de 2014 a 2017 e a fiscalização, no cálculo do imposto devido, considerou alíquotas efetivas e nominais, que passaram a existir a partir de 01/01/2018, conforme Lei Complementar nº 155/2016. Apresenta demonstrativo do cálculo da proporcionalidade e do Cálculo do ICMS Simples Nacional, reconhecendo como devido o valor de R\$8.147,33.

Da análise dos demonstrativos que dão suporte a acusação, fls. 7 a 10 e os anexados na Informação Fiscal, fls. 127 a 128, constato que apesar de constar os valores das Receitas com e sem Substituição Tributária, informadas nas PGDAS, tal fato não foi considerado pela fiscalização, pois o imposto devido foi calculado sobre o total das omissões apuradas, não havendo a segregação das operações sujeitas ao regime de substituição tributária. Tal fato inclusive foi reconhecido pelo autuante ao afirmar que: *“Aplicamos as alíquotas do ICMS Simples Nacional, por não ser possível identificar em seus livros de saídas, o regime tributário aplicado nas vendas”*.

Por outro lado, o sujeito passivo apresentou o demonstrativo do cálculo da proporcionalidade das mercadorias tributadas normalmente e as sujeitas à substituição tributária, fl. 134, com base nas informações constantes nas PGDAS, que são coincidentes com os valores informados nos demonstrativos elaborados pela fiscalização às fls. 7 a 10.

Em relação à alíquota a ser aplicada assiste razão o contribuinte, pois o emprego das alíquotas efetivas e nominais, constantes das tabelas dos Anexos I a V da Lei nº 123/06, utilizadas no presente lançamento, somente passaram a vigorar a partir de 01/01/2018, conforme determinado na Lei Complementar nº 155/2016, enquanto que os fatos geradores deste Auto de Infração dizem respeito ao período compreendido entre setembro de 2014 a dezembro de 2017.

Assim, acato os valores apurados pelo sujeito passivo à fl. 135, pois corretamente as receitas omitidas correspondentes percentualmente às operações sujeitas à substituição tributária foram segregadas para fim da exigência da infração do Simples Nacional (art. 18, IV da LC nº 123/06), e para a apuração do imposto devido considerou a alíquota inserida no Anexo I da citada Lei

Complementar, vigente à época dos fatos geradores, razão pela qual subsiste parcialmente a infração.

Diante de tudo exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$8.147,32, conforme demonstrativo de fl. 135.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **211322.0034/18-3**, lavrado contra **MADEIREIRA LOPES E SILVA LTDA.**, devendo ser intimando o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.147,32**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de julho de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR