

A. I. Nº - 436491.0014/18-0
AUTUADO - NAILSON MENEZES PEREIRA COLCHÕES
AUTUANTE - MÉRCIA DOS PRAZERES BRAMONT
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 09/07/2019

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0138-03/19

EMENTA: ICMS. 1. 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. NÃO RECOLHIMENTO DE PARTE DO ICMS. 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. 3. OPERAÇÕES TRIBUTADAS PELA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, DECLARADAS COMO SE O IMPOSTO JÁ TIVESSE SIDO PAGO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Defesa não apresentou elementos com o condão de elidir qualquer das acusações fiscais. Infrações mantidas. Afastada arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 28/08/2018, traz a exigência de crédito tributário, no valor histórico de R\$48.365,93, 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 junho a dezembro de 2013, junho a dezembro de 2014, março, julho a dezembro de 2015, fevereiro a dezembro de 2016, abril a dezembro de 2017 , no valor de R\$925,24;

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, março a julho, setembro a dezembro de 2013, janeiro, março a julho, setembro a dezembro de 2014, janeiro a março, maio a dezembro de 2015, janeiro de 2016 a dezembro de 2017, no valor de R\$44.450,93.

Infração 3 – 17.04.01 – deixou de recolher o ICMS, em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas a substituição tributária por antecipação, como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado, nos meses de janeiro, março, maio, setembro e dezembro de 2013 fevereiro, junho e julho de 2014, janeiro a março, maio, julho, setembro e novembro de 2015, janeiro e fevereiro de 2016, no valor de R\$2.989,76.

O autuado impugna o lançamento às fls.112/115. Registra a tempestividade de sua defesa. Afirma que vem apresentar impugnação ao lançamento pelas razões que seguem.

Aduz que a referida autuação tem origem na fiscalização, cujo objetivo único, era averiguar o cumprimento das obrigações principais, nos exercícios de 2013 a 2017, com a solicitação que fosse apresentado o livro registro de Entradas, que foi atendido.

Após reproduzir as irregularidades que lhe foram imputadas, diz que aplicou o regramento da época, recolhendo o imposto devido de acordo a legislação vigente, utilizando a tabela do Simples Nacional para calcular o imposto, não com uma alíquota de 17% (dezessete) por cento, sobre uma base de cálculo, que em seguida aplica 75% (setenta e cinco) por cento, gerando um valor histórico a recolher. Repete o enquadramento legal utilizado.

Sustenta que não tem como entender as planilhas com base de cálculo, alíquota, multa e valor histórico, com os fundamentos apresentados no auto de Infração, quando em nenhum momento foi instado a apresentar as vendas da empresa. Aduz que a falta de clareza é notória.

Afirma que com a cobrança desse débito a título de penalidade, fica assustado e ao mesmo tempo, perplexo com tamanha sede arrecadatória. Entende que a multa não pode ser transformada em instrumento de arrecadação, pelo contrário, deve-se graduar a multa, em função da gravidade da infração. Vale dizer, da gravidade do dado ou da ameaça que a infração representa para a arrecadação de tributos.

Sobre o tema cita a Constituição Federal que prevê em seu texto normativo (artigo 150, IV) o “princípio do não-confisco”, como norte da atividade estatal arrecadatória, protegendo os contribuintes de eventuais cobranças abusivas por parte do Estado, limitando o poder de tributar, ainda com base nos critérios de razoabilidade, proporcionalidade e principalmente, da capacidade contributiva.

Diante do exposto, pugna que seja declarado nulo o Auto de Infração, por ausência de fundamentação e clareza, bem como, por cerceamento de defesa na fase inicial.

A Autuante presta a informação fiscal fls. 131/132. Destaca que em relação à defesa apresentada pela empresa, produz a informação fiscal, e o faz tempestivamente. Sintetiza os fatos.

Relata que em sua defesa, a autuada diz ser descabido o débito, afirmando que a Autuante não solicitou o livro de Saídas ou faturamento da empresa. Argumenta que nos PGDAS constam as receitas brutas de todos os anos. Além disso, a empresa foi autuada 2 vezes, nas seguintes datas: 20.08.2018 e 06.09.2018, fls. 11 e 12, não comparecendo para assinar o auto infração que foi mandado por AR.

Explica que os cálculos da autuação estão em consonância com o disposto no artigo art. 321, VII, “b”, do RICMS/12, conforme demonstrativos da constituição do crédito tributário anexado, portanto a fiscalização está respaldada nas normas tributárias, acobertada na mais absoluta legalidade, conforme previsto na Constituição Federal. Portanto, inexiste a nulidade, que enseje a extinção do débito, arguida na peça protelatória produzida pela defesa do autuado.

Sobre a alegação de que a multa seria exorbitante, entende que a citada penalidade, não pode ser avaliada desta forma, considerando que consta no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Conclui, rogando aos Julgadores, em nome da Justiça e em observância ao devido processo legal, que o Auto de Infração seja julgado procedente, em sua totalidade.

Ao tomar ciência da informação fiscal, o Autuado a volta a se manifestar fls. 139/143. Afirma ser empresa do Simples Nacional, que a mais de oito anos, vem cumprindo com suas obrigações tributárias. Aduz que a Autuante em sua informação fiscal, nada acrescentou que conduza a verdade dos fatos. Repete os argumentos de sua defesa. Reproduz as irregularidades apuradas pela fiscalização, com o respectivo enquadramento legal.

Reitera que não consegue entender, porque não foi intimado a apresentar as vendas da empresa. Assevera que o valor autuado é exorbitante e a multa aplicada abusiva, descumprindo os princípios de razoabilidade, proporcionalidade e capacidade contributiva. Requer a improcedência da autuação.

VOTO

Preliminarmente, o defensor suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, sob a alegação de que não teria sido intimado para apresentar as vendas da empresa, entendendo que este procedimento da fiscalização teria violado a clareza e precisão das infrações imputadas, cerceando seu direito à ampla defesa.

Analisando os elementos que compõem o presente PAF, verifico que não possui suporte jurídico tal alegação. Primeiro, porque como optante pelo Regime Simplificado do Simples Nacional, o Autuado não está obrigado a escriturar livros de Saídas, não podendo dessa forma ser intimado para este fim. Segundo, porque os contribuintes optantes pelo referido regime devem prestar declarações de suas receitas, anualmente, à Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos do art. 25 da Lei Complementar nº 123, que reproduzo abaixo. Verifico que o Defensor cumpriu com esta obrigação acessória, e foi com base nestes dados, que se realizou a fiscalização.

Art. 25. 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 CGSN e observado o disposto no § 15-A do art. 18.

Observo dessa forma, que não há qualquer vício que imponha mácula ao lançamento, pois estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura deste 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, conforme demonstrativos fls. 17/92, que foram devidamente entregues ao contribuinte.

Sendo assim, os autos contêm 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.

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 estabelece:

Art. 34. Aplicam-se à microempresa e às 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. 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. A infração 03 acusa o autuado de ter deixado de recolher o ICMS, em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas a substituição tributária por antecipação, como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado.

O defensor não rebate objetivamente qualquer destas infrações.

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 Autuada 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.

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.

No que diz respeito à infração 03, o defensor prestou declaração – DASN, considerando receitas de vendas de mercadorias não sujeitas a substituição tributária por antecipação, como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado.

Cabe registrar, que o defensor não rebate objetivamente qualquer destas infrações. 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, 02 e 03 são subsistentes.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o auto de infração nº 436491.0014/18-0, lavrado contra **NAILSON MENEZES PEREIRA COLCHÕES**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$48.365,93**, 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, 28 de junho de 2019.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR