

PROCESSO - A. I. Nº 211329.0097/15-0
RECORRENTE - FRUTO BOM HORTIFRUTIGRANJEIROS LTDA. - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JF nº 0035-06/18
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21.10.2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0190-11/20-VD

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. MICROEMPRESA.

a) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Comprovada a omissão de receita que impactou na alteração da receita declarada e/ou alíquota aplicada pelo contribuinte, acarretando recolhimento a menor do ICMS, cujo imposto foi exigido mediante o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo SIMPLES NACIONAL; **b)** VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. As receitas marginais advindas de vendas de pagamento de cartão de crédito/débito, informadas pelas instituições financeiras, devem compor a receita bruta mensal do estabelecimento para fins de recolhimento mensal do imposto, independentemente da atividade econômica de vendas de produtos isentos do optante do Regime do Simples Nacional. **c)** OMISSÃO DE RECEITAS. LEVANTAMENTO FISCAL. Trata de receita apurada através de notas fiscais emitidas pelo próprio contribuinte em valor superior ao declarado na PGDAS. **d)** RECEITA TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Dados extraídos nas PGDAS como receita com substituição tributária. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Razões recursais insuficientes à reforma da Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo, de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, contra a Decisão proferida pela 6ª JF - através do Acórdão JF nº 0035-06/18 - após julgamento pela Procedência do Auto de Infração acima epigrafado, lavrado em 28/12/2015, para exigir o débito de R\$181.616,09, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), apurado em razão da constatação de quatro infrações, objeto deste Recurso, a seguir transcritas:

Infração 01: Recolhimento a menor do ICMS declarado de R\$18.495,73, acrescido da multa de 75%, referente ao Regime Especial Simples Nacional, devido a erros nas informações das receitas ou na aplicação das alíquotas, em todos os meses dos exercícios de 2012 a 2014.

Infração 02: Omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituições financeiras e administradoras de cartões, sem dolo, em todos os meses dos exercícios de 2012 a 2014, sendo exigido o valor do ICMS de R\$117.564,78, acrescida da multa de 75%.

Infração 03: Omissão de receitas apurada por intermédio de levantamento fiscal, sem dolo, nos meses de agosto a dezembro de 2012; janeiro a julho e setembro a novembro de 2013, e dezembro de 2014, sendo exigido o

valor do ICMS de R\$23.879,06 e multa de 75%.

Infração 04: Deixou de recolher ICMS no valor de R\$23.879,06, acrescido da multa de 75%, em razão de considerar receitas de venda de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado.

A Decisão recorrida foi pela Procedência do Auto de Infração, após rejeitar as preliminares de nulidade da autuação, por não vislumbrar qualquer mácula que inquene de nulidade o lançamento de ofício, como também indeferir o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, por considerar suficientes os elementos existentes nos autos e, no mérito, aduzir que:

VOTO

[...]

Em relação ao mérito da infração 01, alinho-me com o posicionamento do autuante no que concerne à receita bruta dos últimos 12 meses no primeiro período dos exercícios fiscalizados (janeiro de 2012), pois na fiscalização de que resultou o Auto de Infração nº 2103720045/13-6, foi constatado que o valor correto totaliza R\$645.621,08.

Cabe esclarecer que a opção pelo Simples Nacional é incompatível com a utilização de qualquer outro benefício ou tratamento fiscal diferenciado, ou mais favorecido, referente aos tributos e impostos, tais como suspensão, isenção, imunidade ou alíquota zero. Dessa forma, na apuração deverá ser informada a tributação integral da receita, em razão de que não acato a argumentação de que o roteiro de fiscalização de vendas por meio de cartões é inadequado à atividade econômica desenvolvida pelo dependente.

A Lei Complementar nº 123/2006, em seu art. 18, ao utilizar o termo RECEITA BRUTA, discrimina de forma clara o que deve compor a base de cálculo na metodologia do Simples Nacional:

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I desta Lei Complementar.

§1º Para efeito de determinação da alíquota, o sujeito passivo utilizará a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao do período de apuração.

§2º Em caso de início de atividade, os valores de receita bruta acumulada constantes das tabelas dos Anexos I a V desta Lei Complementar devem ser proporcionalizados ao número de meses de atividade no período.

§3º Sobre a receita bruta auferida no mês incidirá a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º deste artigo, podendo tal incidência se dar, à opção do contribuinte, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irretratável para todo o ano-calendário.

Mais uma vez, ressalto que para a finalidade de elidir a presunção contida no art. 4º, § 4º, VI, “a” da Lei no 7.014/1996, não é suficiente a pretensão de demonstrar que os faturamentos mensais foram superiores aos valores informados pelas instituições financeiras ou administradoras, uma vez que tais faturamentos são compostos de todos os meios de pagamento (cheques, dinheiro, cartões, transferências etc.). É necessário que o autuado apresente notas ou cupons com correspondências de valores e datas, tarefa da qual não se desincumbiu.

O agente fiscal constatou que em 2012 foram emitidas 736 notas fiscais e as operações de transferências eletrônicas (TEF) informadas pelas administradoras, alcançaram o patamar de 30.863. O mesmo ocorrendo no exercício de 2013 - 1.564 Notas Fiscais contra 44.015 operações informadas. Em 2014, 1.237 notas, contra 34.371 operações.

Na segunda infração, a inexistência de obrigatoriedade de registrar na escrita as vendas por meio de cartões e o fato de o impugnante não possuir ECF não resultam em mudança nos valores apurados. A simples apresentação de documentos modelo D1 cujos valores e datas fossem correspondentes aos informados pelas administradoras seria suficiente para afastar total ou parcialmente a presunção legal, o que não ocorreu.

Infrações 01/02 caracterizadas.

Relativamente à infração no 03, o contribuinte informou em PGDAS valores de receitas inferiores aos constantes das notas modelo D1.

O autuante ressaltou o seguinte:

“(...) foi constatado que nos meses referidos no Auto de Infração, o autuado informou em PGDAS o valor da Receita Auferida inferior ao valor resultante da totalização das notas fiscais emitidas, implicando dessa forma em omissão de receita”.

Na apuração da quarta infração, ao analisar as notas fiscais emitidas pelo autuado (fls. 150 a 174), observou inconsistências com os valores declarados em PGDAS a título de receitas oriundas de operações sujeitas à substituição tributária (fls. 50 a 149). As notas fiscais documentam vendas de frutas e verduras. As receitas com

substituição tributária, apuradas e devidamente segregadas, divergem daquelas declaradas em PGDAS.

Infrações 03/04 caracterizadas.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida pela 6ª JF, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, às fls. 398/436 do PAF, onde diz reafirmar em todo o seu teor os argumentos constantes da sua defesa já apresentadas, do que passa a transcrever, literalmente, toda a peça de defesa (fls. 193 a 230), cuja alegações, em síntese, são:

Arguiu preliminar de nulidade do PAF sob o argumento de que o lançamento de ofício contém vícios de natureza grave e substancial, a exemplo:

1. da falta de descrição clara e precisa das imputações;
2. cerceamento de direito de defesa, pois não lhe teria sido entregue a cópia do Relatório Diário de Operações TEF em formato de papel, com a discriminação das vendas por meio de cartões, muito menos a lista das operações informadas pelas administradoras que não foram consignadas em notas fiscais modelo D1.
3. que os documentos que deram origem à quarta imputação também não lhe foram informados.

No mérito da infração 1, diz que texto da acusação não é claro por ser dúbio. Sustenta que, em janeiro de 2012, a receita bruta referente aos últimos 12 meses era de R\$366.500,20, do que ressalta a necessidade de aplicação da alíquota de 2,33%, o que resulta no ICMS a recolher de R\$748,02, conforme houvera recolhido, tendo o autuante aplicada a alíquota errada de 2,56%. E que o autuante agiu assim sucessivamente em todos os meses posteriores de todos os exercícios fiscalizados, gerando insegurança da natureza da infração, devendo ser julgada nula.

Quanto à infração 2, ressalta que desenvolve exclusivamente a atividade econômica de vendas de “produtos hortícolas e frutícolas”, os quais não sofrem tributação nas saídas, tendo em vista a isenção de que tratam os artigos 264/265 do RICMS-BA/2012. Assim, defende que o roteiro de auditoria de cartões de crédito e de débito não é adequado para dele extrair a presunção de falta de pagamento do ICMS devido na sistemática do Simples Nacional.

Diz, ainda, que não possui equipamento emissor de cupons fiscais e que todas as comercializações são documentadas em notas modelo D1, emitidas ao final de cada dia com o total das vendas.

Afirma inexistir na legislação dispositivo que obrigue os contribuintes a consignar na escrita fiscal ou contábil as receitas advindas do uso de cartões e que em diversos meses os valores lançados nos documentos modelo D1 teriam sido superiores aos transmitidos pelas administradoras de cartões.

Na exação 3, aduz que o autuante se equivocou pois tomou por base “uma verdadeira parafernália de formulários automáticos de difícil compreensão”. Sustenta que a acusação é de omissão de receita apurada em levantamento fiscal, com a qual se confunde a matéria tratada na infração 2. Assim, requer a nulidade da infração, sob o argumento de que tal situação configura *bis in idem*.

Já na infração 4, o defendente alega que o autuante não anexou ao PAF e nem lhe forneceu a relação das notas fiscais emitidas e quais as mercadorias que deram subsidio para a suposta acusação.

Ao final, em seu Recurso Voluntário, o recorrente concluiu que:

1. Houve cerceamento ao direito de defesa, infração de nº 2 e de nº 4, quando o autuante não forneceu à autuada, cópia das notas fiscais e a cópia do Relatório Diário de Operações TEF, em formato de papel, conforme determina o art. 8º § 3º do RPAF.
2. O roteiro de auditoria fiscal de cartões de crédito e de débito aplicado pelo autuante é inadequado para aplicação em contribuintes que comercializam com 100% de suas atividades

com venda de produtos isentos (produtos hortícolas e frutícolas), como é o caso da autuada conforme inúmeras decisões do CONSEF.

3. A autuada não possuía equipamento emissor de cupons fiscais (ECF) no período fiscalizado. Como era impossível emitir notas fiscais D-1 no ato da venda, cliente por cliente, por se tratar de comércio de mercadorias perecíveis e em quantidades minúsculas, a autuada emitia notas fiscais englobando as diversas operações efetuadas durante o dia.
4. O fato citado no item 3 está comprovado quando os valores constantes na soma das vendas através da série D-1, estão com valores superiores aos informados pelas administradoras de cartões.
5. As notas fiscais série D-1 emitidas no final de cada dia, nos exercícios de 2012, 2013 e 2014 incluem saídas de mercadorias que já foram objeto de cobrança de ICMS pelo regime de Substituição Tributária.
6. Na apuração referente à infração de nº 03, houve bitributação, ou seja, cobrança em duplicidade sobre a mesma base de cálculo.

Assim, segundo o apelante, ficou comprovado que quanto a Infração 01; 02; 03 e 04, o autuante cometeu erros, enganos e equívocos, como caracterizar a infração de forma imprecisa e por presunção, presunção esta sem procedência e que a descrição em consequência destes enganos cometidos ficou confusa, genérica e que os demonstrativos não apontam discriminadamente (dia a dia, operação por operação e valor por valor), qual foi a venda efetuada através da emissão de Cartão de Débito e/ou Crédito que foi realizada sem emissão de notas fiscais, entre outras incorreções, citadas na defesa anterior e no presente Recurso Voluntário, razão de requerer a reforma da Decisão da JJF e que se julgue nulas as infrações: 01, 02, 03 e 04, dando oportunidade a que a SEFAZ apure de maneira correta as possíveis irregularidades através de outro procedimento fiscal.

E, no caso de não ser julgado nulo o Auto de Infração, que seja o processo colocado em diligência para que o autuante apresente em formato de papel, o Relatório Diário de Operações TEF, sob pena de ter sido cerceado o seu direito de defesa e caso o autuante apresente o Relatório, seja reaberto o prazo de defesa por 60 (sessenta dias).

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, no sentido de modificar a Decisão de 1ª instância, no que tange às exigências 1 a 4 do Auto de Infração, conforme peça recursal.

Inicialmente, quanto à arguição da preliminar de nulidade, sob o argumento de que o lançamento de ofício não contém descrição clara e precisa das imputações, há de esclarecer que as acusações ínsitas no lançamento de ofício, estão descritas de forma clara e devidamente fundamentadas em demonstrativos inteligíveis e em provas documentais, conforme irei adiante retratar, razão de rejeitar o pedido.

Inerente à alegação de cerceamento de direito de defesa, por não lhe ter sido entregue a cópia do Relatório Diário de Operações TEF em formato de papel, com a discriminação das vendas por meio de cartões, e muito menos a lista das operações informadas pelas administradoras, que não foram consignadas em notas fiscais modelo D1, também deixo de acolher. Eis que, conforme se pode constatar, o contribuinte foi intimado para tomar ciência dos Auto de Infração e receber as partes integrantes através dos Correios, via “AR” (Aviso de Recebimento), após três tentativas (fls. 184 a 191 dos autos), em cuja intimação consigna, dentre outros documentos, “RELATÓRIO DE INFORMAÇÕES TEF – ANUAL – OPERAÇÕES OCORRIDAS EM 2012 À 2014”, sem discriminar quais modalidades entregues.

Entretanto, o fato de supostamente o relatório ter lhe sido entregue em única modalidade, ou seja, em formato de mídia eletrônica, nenhum prejuízo restou provado ao pleno exercício ao direito de

defesa do apelante, eis que, nos termos do art. 18, § 2º, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, “*Não se declarará a nulidade **sem prejuízo** ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade*” (grifo nosso). Ademais, conforme consta às fls. 367 dos autos, as transferências eletrônicas financeiras (TEF), no período fiscalizado, se referem ao total de 109.249 operações, o que já demonstra a inviabilidade de entrega sob o formato de papel, sob pena de, aí sim, dificultar o pleno exercício de direito de defesa.

Já a alegação recursal de que não recebeu a lista das operações informadas pelas administradoras que não foram consignadas em notas fiscais modelo D1, também se verifica impertinente. Eis que é o resultado do cotejo entre as operações com pagamento através de cartão de crédito/débito, informadas pelas administradoras (no total de 109.249 operações), com as notas fiscais emitidas pelo contribuinte (no total de 3.537 – fl. 367), decorrentes, especificamente, das vendas de mercadorias com a mesma modalidade de pagamento de cartão de crédito/débito, como afirmado pelo preposto fiscal às fls. 367 dos autos, e não através da comparação direta entre a receita declarada em PGDAS (a qual se relaciona a todas as modalidades de pagamento), e o montante mensal das operações realizadas por meio de cartão de crédito/débito, informadas no relatório TEF, como pretende o sujeito passivo.

Registre-se, que se trata de contribuinte com atividade de comércio varejista de hortifrutigranjeiros, e nos termos do art. 113, § 4º do Decreto nº 13.780/12 (RICMS/BA), deveria utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), **indicando no cupom fiscal o meio de pagamento adotado na operação.**

No caso concreto, o recorrente afirma que não possuía equipamento emissor de cupons fiscais no período fiscalizado, e que por se tratar de comércio varejista de mercadorias perecíveis e em quantidades minúsculas, emitia notas fiscais englobando as diversas operações efetuadas durante o dia.

Contudo, apesar de o recorrente não possuir ECF, os artigos 108, § 1º, e 111 do RICMS já previam que poderia ser emitida a nota fiscal de venda a consumidor, nas vendas para pessoa física ou jurídica não contribuinte do ICMS, quando não fosse possível a emissão de documento fiscal por meio do ECF, como também, que nas saídas de mercadorias para consumidor, de valor até R\$ 5,00 (cinco reais), desde que não exigido o documento fiscal pelo comprador, poderia ser emitida uma só nota fiscal de venda a consumidor, pelo total das operações realizadas durante o dia, nela devendo constar a observação: “*Totalização das vendas de até R\$5,00 (cinco reais) - Notas não exigidas pelo comprador*”, de cujo valor operacional ínfimo de R\$5,00, é crível se tratar de pagamento em espécie e não pela modalidade de cartão de crédito/débito, uma vez que, com raríssimas exceções, existem no relatório TEF informações de receitas inferiores a R\$5,00, a exemplo de 26/07/2012, em que constam 92 operações de receitas de vendas realizadas através de crédito/débito nesta data, sendo apenas duas operações inferiores a R\$5,00 (R\$3,00 e R\$ 4,33), conforme se pode constatar na mídia eletrônica, à fl. 188 dos autos, o que destoa da nota fiscal D-1 nº 6.006, de 26/07/2020, grafada como “CARTÃO”, no valor de R\$1.330,41, às fls. 232 dos autos, o que depõe contra a alegação recursal.

Assim, da análise das notas fiscais a consumidor anexas aos autos pelo contribuinte, por amostragem às fls. 232 a 291 dos autos, nas quais consignam a expressão “cartão”, todas em valores superiores a R\$1.330,00, não consideradas pelo autuante, às fls. 14, 23 e 32 dos autos, por não haver as correspondentes receitas no relatório TEF, há de registrar que, por não conter a observação da totalização de vendas de até R\$5,00, como determina a legislação para tal mister, não se poderá atribuir se tratar de tal expediente de aglutinação de vendas ínfimas diárias, mas, de única operação, a qual assim deverá ser considerada para efeito de cotejo com o relatório TEF, ou seja, de identificar operação de receita informada pelas Administradoras de Cartões nos valores correspondentes aos documentos fiscais, de modo a elidir a presunção de ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, declaradas pelo contribuinte inferiores aos informados por administradoras de cartões de crédito ou débito, prevista no art. 4º, § 4º, inciso VI,

alínea “b” da Lei nº 7.014/96, conforme texto vigente à época.

No caso presente, por se tratar de uma presunção legal, excepcionalmente o ônus da prova é do contribuinte, o qual deveria trazer notas fiscais oferecidas à tributação com os valores correspondentes às receitas por operações informadas pelas instituições financeiras, de modo a elidir a presunção legal, ou seja, caberia ao recorrente demonstrar documentos fiscais em data e valores idênticos às receitas por operações contidas no relatório TEF, ainda não considerados nos demonstrativos fiscais intitulado de “APURAÇÃO MENSAL DA OMISSÃO DE SAÍDA DAS VENDAS COM CARTÃO DE DÉBITO/CRÉDITO (TEF)”, às fls. 14, 23 e 32 dos autos, comprovando a existência em monta superior aos valores considerados.

Ainda em relação à preliminar de nulidade, quanto à alegação recursal de que os documentos que deram origem à quarta imputação também não lhe foram informados, há de registrar que tais dados foram extraídos das declarações do próprio sujeito passivo, que ao comercializar produtos hortifrutigranjeiros, logo, isentos, declara em PGDAS receita com substituição tributária, a exemplo da revenda de R\$104.025,70, às fls. 112 dos autos.

Diante de tais considerações, conclui-se que o PAF preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte.

No mérito, em relação à infração 1, o recorrente alega que no mês de janeiro de 2012 a receita bruta referente aos últimos 12 meses era de R\$366.500,20, (fl. 50), cuja alíquota é de 2,33% (o que resulta no ICMS a recolher de R\$748,02, conforme recolhido), e não da RBT12 de R\$645.621,08, cuja alíquota é de 2,56%, como aplicou o fisco (fl. 21), tendo o autuante agido assim nos meses posteriores de todos os exercícios, gerando insegurança da natureza da infração, devendo ser julgada nula, temos a registrar que em janeiro de 2012, para a apuração da Receita Bruta Acumulada dos últimos doze meses (RBT12), no montante de R\$645.621,08, o autuante se valeu da receita bruta de 2011, apurada através do Auto de Infração nº 210372.0045/13-6, que é o mesmo valor do total do relatório TEF de 2011, conforme consignado às fls. 364 dos autos. Sendo assim, o real índice a se tributar é com base nas novas faixas de Receita Bruta Acumulada de R\$645.621,08, e não de R\$366.500,20, como declarado na PGDAS, à fl. 50 dos autos.

Já na infração 2, a alegação recursal é de que desenvolve exclusivamente a atividade econômica de vendas de produtos isentos, nos termos dos artigos 264 e 265 do RICMS-BA, do que defende ser o roteiro de auditoria de cartões de crédito e de débito, inadequado para presumir falta de pagamento do ICMS devido na sistemática do Simples Nacional.

Ressalte-se, que a opção pelo Simples Nacional, implica na aceitação de um Regime Especial Unificado de Arrecadação, previsto nos artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 123/06, com forma de arrecadação prevista no seu art. 18 e §§, cujo pressuposto básico é a “receita bruta”, a qual define a alíquota aplicável, bem como a determinação da base de cálculo. Assim sendo, o valor dessa “receita bruta” no âmbito do Simples Nacional, servirá para o cálculo dos diversos tributos e contribuições envolvidos nesse Regime Especial.

Sirvo-me do entendimento trazido pelo Parecer DITRI nº 05931/2009, quanto ao questionamento esposado pela defesa com relação aos produtos hortifrutigranjeiros, em cujo parecer final à consulta dispõe que:

“Os contribuintes inscritos no Simples Nacional não podem realizar operações amparadas por isenção ou por quaisquer outros benefícios fiscais. As receitas auferidas nas operações com produtos hortifrutigranjeiros deverão integrar a receita bruta mensal do estabelecimento para fins de recolhimento mensal do imposto. Lei Complementar nº 123/06, art. 24 e RICMS-BA/97, art. 385”.

Visto, portanto, que a comercialização destes produtos hortifrutigranjeiros não será desonerada do imposto, e as receitas relativas a estas saídas, devem integrar a receita bruta mensal auferida pelo estabelecimento, para fins de determinações de alíquotas, bases de cálculos e recolhimento do Simples Nacional.

As exclusões aceitas ou previstas no Simples Nacional, dizem respeito apenas às vendas canceladas, às devoluções de vendas, aos descontos incondicionais concedidos e às receitas decorrentes de exportação ou de venda de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária com encerramento da fase de tributação.

A Lei Complementar nº 123/06, estabelece em seu artigo 24, que as microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional, não poderão utilizar ou destinar qualquer valor a título de incentivo fiscal e, no âmbito da legislação estadual, o art. 320 do RICMS/12, veda a utilização de qualquer benefício fiscal, incluindo aí a isenção do ICMS, conforme a seguir transcrito:

Art. 320. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos fiscais relativos ao ICMS, bem como não poderão utilizar qualquer valor a título de incentivo fiscal.

Diante de tais considerações, as receitas marginais advindas de vendas de pagamento de cartão de crédito/débito, informadas pelas instituições financeiras, devem compor a receita bruta mensal do estabelecimento, para fins de recolhimento mensal do imposto, independentemente da atividade econômica de vendas de produtos isentos do optante do Regime do Simples Nacional.

Na exação 3, o recorrente alega que o autuante se equivocou ao tomar por base “uma verdadeira parafernália de formulários automáticos de difícil compreensão”, e que a acusação é de omissão de receita apurada em levantamento fiscal, com a qual se confunde a matéria tratada na infração 2, do que requer a nulidade da infração sob o argumento de que tal situação configura *bis in idem*.

Como visto, a infração 2 trata de omissão receitas apuradas através de vendas sob modalidade de pagamento através de cartão de crédito/débito sem o correspondente documento fiscal, a exemplo da fl. 14, caracterizando-se como receita marginal à declarada pelo contribuinte na PGDAS. Já a exação 3, trata de omissão de receita apurada através de notas fiscais emitidas pelo próprio contribuinte, porém, não declarada na PGDAS, a exemplo do mês de agosto de 2012, cujo somatório dos documentos resulta em R\$94.987,03, sendo declarado R\$52.517,00, como se pode verificar do cotejo dos documentos de fl. 15 com o PGDAS de fls. 67/69, caracterizando-se como receita não oferecida à tributação. Logo, inadmissível a alegação recursal de que tal situação configura *bis in idem*.

A respeito da alegação de tratar-se de “uma verdadeira parafernália de formulários automáticos de difícil compreensão”, discordo do recorrente que, talvez, lhe falte visão técnica para compreensão do quanto demonstrado nos autos. Eis que, como visto, as exações são consequências ou decorreram da constatação da apuração de receitas não oferecidas à tributação pelo contribuinte, as quais foram acrescidas às declaradas, resultando:

1. *no recolhimento a menor* de ICMS, em razão das novas faixas de receitas e respectivas alíquotas (infração 1);
2. *na falta de recolhimento* do ICMS, em razão:
 - a) da omissão de receita de vendas apuradas através das vendas sob modalidade com cartão de crédito/débito não declaradas no PGDAS (infração 2);
 - b) da omissão de receita de vendas apuradas através das notas fiscais emitidas pelo próprio contribuinte em valor superior ao declarado no PGDAS (infração 3);
 - c) de considerar no PGDAS indevidamente receitas de vendas como se fosse com ICMS-ST (fl. 112).

Porém, em todas estas situações, a incidência do imposto apurado ocorreu sob às regras do Simples Nacional, após se apurar a nova alíquota de acordo com o total da real receita bruta acumulada nos últimos 12 meses, consoante “NOVOS VALORES APURADOS”, a exemplo da fl. 21 dos autos.

A partir da nova alíquota apurada, se calculou o ICMS sobre a real receita bruta mensal (declarada,

omissa ou tida como ICMS-ST), e deduziu o ICMS informado no PGDAS, cuja diferença do ICMS devida, foi segregada entre as espécies das exações, como se verifica, a título de exemplo, no mês de agosto/2012 (fl. 21), a seguir:

1. Receita impositível apurada de R\$162.092,56 [R\$77.847,57 de cartão de crédito - fl. 14; R\$42.470,03 diferença documentos fiscais - fl. 15; R\$52.517,00 declarada PGDAS – fl. 68, menos R\$20.668,36 com ICMS-ST - fl. 19], com alíquota correspondente de 2,82%, resultando ICMS devido de R\$4.571,01;
2. ICMS apurado de R\$4.571,01 menos ICMS declarado no PGDAS de R\$1.223,64 (fl. 68), resulta ICMS devido de R\$3.347,37, cujo valor devido foi segregado em: R\$257,34 para a infração 1; R\$2.195,30 para a infração 2 e R\$894,73 para a infração 3, conforme explicitado às fls. 22 dos autos.

Portanto, ao contrário do que alega o recorrente, inexistente duplicidade de tributação, eis que o total das exigências resultam no valor do ICMS a recolher apurado, a exemplo da fl. 21 dos autos.

Assim, em resumo, a *segunda* e terceira infrações, decorreram da constatação de *receitas omissas, não tributadas*, que impactaram na alteração da receita declarada e/ou alíquota aplicada pelo contribuinte, **acarretando recolhimento a menor do ICMS, referente ao citado Simples Nacional.**

Sendo assim, o lançamento do crédito tributário está dentro dos ditames do ordenamento jurídico, pois decorre das receitas declaradas pelo contribuinte, acrescidas das receitas omitidas apuradas, por não haver documento fiscal correspondente ou por tais documentos fiscais não terem sido oferecido à tributação, do que se apurou o real montante das receitas de vendas mensais, cuja base de cálculo incidiu as alíquotas de ICMS, de acordo com a Receita Bruta Acumulada nos últimos 12 meses, resultando no ICMS devido no período fiscalizado.

A partir do real montante de receita mensal (receita declarada e omitida), resultou nova faixa de Receita Bruta Acumulada e percentuais incidentes sobre a nova Receita Mensal, apurando os valores mensais de ICMS devidos, os quais, após deduções dos valores já recolhidos através do DASN, **resulta em valores de ICMS devidos, cuja importância a recolher foi segregada em falta de recolhimento do ICMS, em relação às receitas omissas apuradas e de receitas declaradas a menos pelo contribuinte**, cujo imposto não foi recolhido ou foi recolhido a menor.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **211329.0097/15-0**, lavrado contra **FRUTO BOM HORTIFRUTIGRANJEIROS LTDA. - ME**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$181.616,09**, acrescido da multa de 75%, prevista no artigo 35, da LC nº 123/06, c/c o art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de agosto de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOSE AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. PGE/PROFIS