

PROCESSO - A. I. Nº 436491.0014/18-0  
RECORRENTE - NAILSON MENEZES PEREIRA COLCHÕES  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0138-03/19  
ORIGEM - INFAS VAREJO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 27/01/2021

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0316-12/20-VD**

**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. Não contestado o mérito das infrações. Infrações procedentes. Não acolhido o pedido de cancelamento ou redução da multa por falta de amparo legal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, com base no art. 169, I, "b" do citado RPAF/BA, relativo à decisão proferida pela 3ª JJF, pertinente ao Auto de Infração lavrado em 28/08/2018, exigindo ICMS no valor de R\$48.365,93, acrescido da multa de 75%, tendo em vista a constatação das seguintes infrações:

1. *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 (2013 a 2017) - R\$925,24.*
2. *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, (2013 a 2017) - R\$44.450,93.*
3. *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 (2013 a 2016) - R\$2.989,76.*

Na Decisão proferida (fls.151/155) a 3ª JJF inicialmente afastou a nulidade suscitada sob alegação de não ter sido intimado para apresentar suas razões, faltando clareza e precisão das infrações imputadas, cerceando seu direito à ampla defesa, fundamentando que o levantamento fiscal foi feito com base em declarações de receitas à Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos do art. 25 da LC 123/06, inexistindo vício ao lançamento, pois estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura deste Auto de Infração previstos no art. 39 do RPAF/99.

Ressaltou que estando a empresa enquadrada no Simples Nacional, submete-se aos procedimentos de fiscalização e homologação dos lançamentos realizados perante ao fisco estadual, conforme determina o art. 34 da LC nº 123/06. No mérito, apreciou que:

*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, devidos 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 defende 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.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 167 a 169) o recorrente ressalta a sua tempestividade, esclarece que exerce atividade de comercialização de produtos de colchoaria (colchões e travesseiros), sujeita se a incidência do ICMS como optante do Simples Nacional e procura cumprir suas obrigações tributárias como empresário individual.

Afirma que submetido a fiscalização dos exercícios de 2013 a 2017, em relação a memória de cálculo das operadoras de cartão de crédito/débito, solicitou a concessão de um prazo maior para analisar os fatos e os extratos das operadoras, ficando prejudicado.

Esclarece que solicitou um prazo maior para solicitar os extratos das financeiras o que não lhe foi concedido o que resultou na cobrança do débito acrescido da multa de 75% (setenta e cinco) o que

o deixou perplexo visto que a multa se tornou um instrumento de arrecadação.

Alega que a multa deve guardar uma proporcionalidade com a gravidade da infração e não representar uma arrecadação de tributo com efeito de confisco que é vedado pela Constituição Federal (artigo 150, IV), para evitar cobranças abusivas por parte do Estado, limitando o poder de tributar, com base nos critérios de razoabilidade, proporcionalidade e capacidade contributiva.

Pugna pelo cancelamento ou redução da multa, visto que não agiu com dolo, má fé ou simulação, bem como, a inobservância de procedimentos formais de escrituração extemporânea não implicou em prejuízo ao erário, não acarretando falta ou diminuição de recolhimento do imposto.

## VOTO

O Auto de Infração acusa o cometimento de três infrações: 1) recolhimento a menos de ICMS declarado no Simples Nacional, devido a erro na informação da receita ou alíquota; 2) Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito/débito e 3) considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas a ST por antecipação, como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado.

No recurso voluntário interposto o recorrente não contestou o mérito das infrações, tendo ressaltado que não foi lhe concedido o prazo solicitado para analisar as informações prestadas pelas operadoras de cartão de crédito/débito. Pediu a redução ou cancelamento da multa.

Com relação ao mérito, observo que no voto do Acórdão da 3ª JJF foi fundamentado que objetivamente não foram contestadas as infrações e que o levantamento fiscal foi procedido com regularidade. Portanto, não tendo contestado a fundamentação que culminou no julgamento pela procedência das três infrações contidas na autuação, fica mantida a Decisão.

Quanto ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa aplicada de 75% é prevista no art. 35 da LC 123/06 e art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, portanto é legal e de acordo com o artigo 167, I do RPAF/BA, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa observo que este órgão julgador não possui esta competência. Contudo, conforme indicado no demonstrativo do débito e intimação (fls. 5 a 11), se atendido as condições estabelecidas no art. 44, § 3º da Lei 9.430/96, a multa aplicada poderá ter redução de até 50%, o que de certa forma pode resultar em ônus efetivo menor do que o percentual de 75% grafado no auto de infração.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 436491.0014/18-0, lavrado contra **NAILSON MENEZES PEREIRA COLCHÕES**, devendo ser intimado o recorrente, 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 nº 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 Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS