

A. I. N° - 218056.0001/19-9
AUTUADO - OLIVEIRA BRANDÃO COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI.
AUTUANTE - SUELI BRAZ SILVA DA PAZ
ORIGEM - INFAC RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 31/07/2020

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0076-03/20-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, DECLARADAS COMO SE O IMPOSTO JÁ TIVESSE SIDO PAGO. FALTA DE RECOLHIMENTO. A defesa não apresentou elementos com o condão de elidir qualquer das acusações fiscais. Infrações mantidas. Afastada arguição de nulidade. Negado pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 18/06/2019, traz a exigência de crédito tributário, no valor histórico de R\$60.189,54, 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 fevereiro a novembro de 2017, no valor de R\$2.982,67;

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 e administradora de cartões – sem dolo, nos meses de setembro a dezembro de 2018, no valor de R\$18.496,73;

Infração 3 – 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 e administradora de cartões – sem dolo, no mês de fevereiro de 2019, no valor de R\$1.878,23;

Infração 4 – 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 e administradora de cartões – sem dolo, nos meses de fevereiro a dezembro de 2017, no valor de R\$35.942,42;

Infração 5 - 17.04.01 – deixou de recolher o ICMS, em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, como se o ICMS já tivesse sido substituído, nos meses de fevereiro a novembro de 2017, no valor de R\$889,49.

O autuado impugna o lançamento às fls.59/60. Registra a tempestividade de sua defesa. Reproduz a acusação fiscal. Afirma que vem apresentar impugnação administrativa ao Auto de Infração,

equivocadamente lavrado, face às flagrantes irregularidades quanto a sua forma e mérito, conforme demonstrado pelos motivos fáticos e jurídicos que passa a expor.

Preliminarmente, requer a nulidade do auto de infração, alegando ausência da entrega de demonstrativos/planilhas, contidas em mídia magnética, sem a devida autenticação, o que sem sombra de dúvidas, constitui descumprimento do devido processo legal, por cerceamento de defesa, uma vez, que caberá ao autuado produzir as provas contra ele mesmo, caso, eventualmente, a acusação fiscal se configurasse.

Ademais, registra que o princípio da segurança jurídica exige que qualquer documento apresentado através de mídia eletrônica/magnética, seja devidamente autenticado, para que seja evitada qualquer alteração do conteúdo em favor de qualquer das partes, seja ela Autuante ou Autuado.

Com relação às infrações, diz que, em que pesem os argumentos da Autuante, não poderia deixar de adentrar em considerações meritórias a respeito da autuação, por entender que a acusação efetuada, não procede de forma fática, para tanto, mister se faz uma descrição analítica dos fatos, tais como ocorreram, e a devida instrução com elementos probatórios, como diz que fará a seguir.

Em relação a infração 01, afirma que não existe nenhuma procedência de que teria recolhido a menor, valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos pelo Simples Nacional. Diz que, se o Autuante verificar com mais detença os dados da sua arrecadação, cujos valores estão registrados na própria Secretaria da Fazenda, verá que a ação fiscal não procede.

Para corroborar o alegado, diz que é só verificar todo o montante faturado pela empresa, mês a mês, e o valor recolhido pelo Simples Nacional, o que prova que o valor faturado e recolhido, nunca foi inferior ao praticado pelo contribuinte e que diverge totalmente do arbitrado pelo Autuante sem amparo legal. Os valores não resistem a uma simples conferência, onde a Base de Cálculo apurada torna todo procedimento nulo. Outrossim, entende ainda, que o resultado da apuração, apesar de se respaldar em uma suposta presunção fiscal, que entende ser causa apenas de um equívoco, jamais poderia ter sido efetuado. A realidade é que ao aplicar alíquota prevista pelo SIMPLES, o Autuante não levou em conta, o ICMS recolhido pelo contribuinte pelo Simples Nacional, conforme pode ser comprovado nos arquivos da própria Secretaria Estadual da Fazenda.

Entende que o estabelecimento jamais poderia ser penalizado, pois o Autuante não lhe intimou e não apresentou nada, além de não ter identificado com precisão a infração, conforme preceitua o artigo 18 do Regulamento do ICMS, portanto reforçando a tese de nulidade em todo o processo.

Com relação ao que identificou nas infrações 02, 03 e 04, o Autuante alega que teria omitido saídas de mercadorias tributadas apurada 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. Apuração segundo a Autuante, baseada em informações prestadas pelas operadoras de cartão de crédito, conforme Planilha de Vendas elaborada pelo próprio Autuante por meio de Cartão de Crédito / Débito e relatório de informações TEF e demonstrativos mensais das vendas à cartão, apresentadas pelo contribuinte. É o que consta e descreve a infração 05.

Frisa que tal afirmativa, decorre de uma presunção fiscal que não se configura em Lei, uma vez que jamais omitiu qualquer saída de mercadorias, o que eventualmente, poderia ter acontecido, a venda à crédito ter sido registrada, como uma operação de venda à vista, o que pode ser confirmado pela análise criteriosa de um fiscal estranho ao feito, junto aos equipamentos dos cupons fiscais.

Diz que por tudo quanto exposto, consubstanciado nos elementos fáticos e jurídicos ora

apresentados, suplica que o Auto de Infração seja declarado nulo, conforme arguição preliminar, ou improcedente, por estar alicerçado em total desamparo e contradição aos elementos comprobatórios ora suscitados, prejudicando de forma inquestionável a aplicabilidade dos dispositivos legais utilizados na fixação da base de cálculo, gerando um levantamento fictício e sem sustentação legal, pois não amparado nos ditames da lei, acarretando um claro e irrecuperável prejuízo para o Autuado.

Informa que como o preposto fazendário alega que o contribuinte não foi localizado, nomeia desde já, o escritório do Patrono com endereço profissional sito a rua Tancredo Neves, 2539 Torre Nova York, sala 301 CEP 41.820.021, Caminho das Árvores / Salvador Bahia.

Requer, por fim, o direito de provar tudo quanto aqui alegado, por todos os meios admitidos em direito. Principalmente por diligência da ASTEC ou por perícia técnica designada por este Órgão, ou revisões fiscais, na melhor forma da lei.

A Autuante presta a informação fiscal fls.168/172. Reproduz as irregularidades apuradas em ação fiscal. Sintetiza os termos da defesa.

Informa que todos os demonstrativos, relatórios e planilhas de cálculo são oriundas do programa AUDIG, o qual utiliza para apuração das infrações lavradas, e estão anexadas ao auto e foram entregues, cópia ao contribuinte, não sendo necessária a utilização de mídia, conforme artigo 46 do RPAF/99, que reproduz.

Com relação às infrações, afirma que o contribuinte argumenta que jamais omitiu qualquer saída de mercadoria e que eventualmente, poderia ter acontecido de uma venda a crédito ter sido registrada como uma operação de venda à vista.

Observa que nos relatórios TEF anuais informado pelas Instituições Financeira e Administradora de Cartões, páginas 10, 25 e 40 e nos PGDAS, páginas 11, 26 e 41 deste PAF, pode-se verificar que as vendas através de cartões de crédito ou débito foram bem maiores, que as receitas informadas pelo contribuinte nos PGDAS. Com base nestas diferenças apontadas entre PGDAS e TEF, foi apurado, através do programa AUDIG, as infrações lavradas neste auto, como pode-se constatar nos demonstrativos e relatórios anexados ao Auto.

Salienta que a presunção da omissão de saída de mercadoria tributada por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição e Financeiras e Administradora de Cartões, está de acordo com o art. 4º, § 4º, inciso VI da Lei 7.014/96.

Diante de tais considerações, ratifica os valores apurados que deram origem ao crédito tributário reclamado no referido Auto de Infração.

VOTO

Preliminarmente, o defendant suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, sob a alegação de recebimento de demonstrativos/planilhas, contidas em mídia magnética, sem a devida autenticação, o que em seu entendimento, constitui descumprimento do devido processo legal, por cerceamento de defesa.

Esta alegação não pode ser acatada. Observo que não existe previsão legal estabelecendo obrigatoriedade de autenticação dos elementos gerados pela fiscalização e entregues ao Autuado. A SEFAZ costuma adotar este procedimento para segurança de seu próprio banco de dados. Entretanto, é importante salientar, que a entrega dos demonstrativos sem a citada autenticação, em nada prejudicou o Autuado, que produziu sua defesa se reportando às irregularidades que lhe foram imputadas pela fiscalização. Os demonstrativos que servem de base para a autuação e que lhes foram entregues fazem parte integralmente deste PAF. Embora faça uma alegação de forma genérica, o defendant não apontou objetivamente, qual o óbice que teria enfrentado para realizar sua impugnação.

Nessa esteira, sobre as formalidades necessárias a validade do PAF, verifico que o lançamento de

ofício se encontra estribado dentro dos cânones da legalidade. Observo que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei Complementar 123/06 e a Lei nº 7014/96. Consta no processo a intimação via DTE para entrega de livros e documentos fiscais. Vejo também, que os demonstrativos fls. 14/37 e 43/51 foram entregues ao contribuinte conforme o Recibo de Entrega dos Arquivos Eletrônicos fl.145.

Assim, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

Indefiro de plano, a solicitação de diligência à ASTEC ou perícia técnica, feita pelo autuado. Vale salientar, que a diligência e/ou perícia se presta a esclarecer dúvida porventura existente, mas, se para convencimento dos Julgadores não se faz necessária, nos termos do artigo 147, inciso I, alíneas “a” e “b” do RPAF/BA, sua realização pode ser dispensada. Entendo que o deslinde da controvérsia, não depende de conhecimento técnico e já se encontram presentes no PAF, os elementos necessários e suficientes para decisão sobre a lide.

Analizando os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Autuado é optante pelo Regime Simplificado do Simples Nacional, e que os contribuintes optantes pelo referido regime devem prestar declarações de suas receitas à Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos do art. 25 da Lei Complementar nº 123, que reproduzo abaixo. Verifico que o Defendente 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.

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.

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. As infrações 02, 03 e 04, são respectivamente, referentes aos exercícios de 2018, 2019 e 2017, e tratam 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 05 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.

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 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, na infração 01, 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, infrações 02, 03 e 04, observo que a comparação somente pode ocorrer, entre operações equivalentes, ou seja, documentos fiscais referentes 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.

O defensor argumentou que jamais omitiu qualquer saída de mercadoria e que eventualmente, poderia ter acontecido de uma venda a crédito ter sido registrada como uma operação de venda à vista, no entanto não se desincumbiu de trazer esta prova ao processo.

Constatou que nos relatórios TEF anuais informados pelas Instituições Financeira e Administradora de Cartões, cópias páginas 10, 25 e 40 e nos PGDAS, páginas 11, 26 e 41 deste PAF, pode-se verificar, que as vendas através de cartões de crédito ou débito foram bem maiores, que as receitas informadas pelo contribuinte nos PGDAS.

No que diz respeito à infração 05, 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 erro no levantamento fiscal ou nos cálculos que apuraram o quantum devido e que serviram de base às infrações que lhe foram imputadas, limitando-se a negativa do cometimento da infração e arguição de preliminar de nulidade que foi devidamente apreciada.

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 são integralmente subsistentes.

O defendente solicitou que as informações sobre a tramitação deste processo deveriam ser encaminhadas ao escritório do Patrono com endereço profissional sito a rua Tancredo Neves, 2539 Torre Nova York, sala 301 CEP 41.820.021, Caminho das Árvores / Salvador Bahia.

Registro que não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso II do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável e a forma de intimação e ciência da tramitação de processos ao sujeito passivo se encontra prevista nos artigos 108 e 109 do RPAF/99, inexistindo qualquer irregularidade, se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

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 218056.0001/19-9, lavrado contra **OLIVEIRA BRANDÃO COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$60.189,54**, acrescido da multa de 75%, prevista nos artigo 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 virtual das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR