

A.I. Nº - 210742.0024/18-7
AUTUADO - KENIO MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA. – EPP
AUTUANTE - ROBINSON MEDEIROS DOS SANTOS
ORIGEM - INFAS – PAULO AFONSO

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0088-02.20-VD

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU DE ALÍQUOTA APLICADA A MENOR. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Argumentos defensivos concentrados em arguições de nulidade do lançamento, os quais não foram acolhidos. No mérito, os cálculos foram verificados e mantidos com base nas informações prestadas pelo contribuinte. 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. Defesa não elidiu valor autuado. Infração mantida. Afastada as arguições de nulidade. Autuada não elidiu a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/07/2018, exige crédito tributário no valor histórico de R\$43.201,57, acrescido da multa, em razão do cometimento das infrações a seguir descritas:

INFRAÇÃO 01 – 17.03.12 – Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal – Sem dolo, no período de janeiro a dezembro de 2014, exigindo o ICMS no valor de R\$40.618,96 acrescido de multa de 75%, prevista nos artigos 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/2006, inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96 com redação dada pela Lei Federal nº 11.488/2007.

O autuante informa que o contribuinte optou pela exclusão do SIMPLES NACIONAL a partir de 01/01/2015.

Enquadramento legal: art. 319 do RICMS/2012 c/c os artigos 18, 21, 25 e 26 da Lei Complementar nº 123/2006 e Resolução CGSN nº 94/11.

INFRAÇÃO 02 – 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 período de janeiro a dezembro de 2014, exigindo o ICMS no valor de R\$2.582,61, acrescido de multa de 75%, prevista nos artigos 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/2006, inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96 com redação dada pela Lei Federal nº 11.488/2007.

Enquadramento legal: art. 18 e art. 26, inc. I da Lei Complementar nº 123/2006, c/c o art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 166 a 176, quando inicialmente transcreveu o teor das infrações passando a relatar que o autuante considerou no demonstrativo, no campo identificado como VALORES DECLARADOS NO PGDASD, que a receita dos últimos doze meses foi zero, entretanto, não informou a origem desta receita que faz constar no campo do demonstrativo identificado como VALORES APURADOS NO LEVANTAMENTO FISCAL, valores de R\$3.787.271,40 em fevereiro; R\$3.815.185,68 em março; R\$3.755.499,20 em abril, e assim sucessivamente.

Salienta que para ser aplicada a alíquota de 3,95%, como fez o autuante, é necessário que o contribuinte tenha ultrapassado a receita bruta em R\$3.420.000,00 nos últimos doze meses, sendo neste caso, indispensável que o autuante demonstre a realização de tal receita no período, isto porque, no demonstrativo, ora se considera a receita como zero, ora como tendo ultrapassado R\$3.600.000,00 no período.

Conclui que a autuação contém vício que afeta a sua eficácia em virtude da ausência de demonstração clara e comprehensiva da composição da base de cálculo do ICMS, contrariando a SÚMULA CONSEF nº 01 que transcreve.

Afirma que além de faltar clareza na infração 01, o autuante aplicou o roteiro inadequado para as empresas optantes do SIMPLES NACIONAL e na infração 02, além da existência de muitos equívocos decorrentes de matéria de fato e de direito, entende que após o julgamento será decretada a nulidade do lançamento, ou a sua improcedência.

Reproduz o art. 2º do RPAF/99, para destacar que ele reflete a intenção do legislador em assegurar aos contribuintes um tratamento justo, digno e igualitário, diante do contencioso fiscal, cujo enunciado relembra os princípios de direito consagrados na Constituição Federal.

Destaca que o Código Tributário Nacional ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais de direito, de forma a trazê-los à aplicação prática e imprescindível como forma de proteger o contribuinte, destacando o artigo 112 do CTN, quando usa o princípio do *in dubio pro contribuinte*.

Lembra que a função fiscal no exercício do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento, está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal.

Complementa que todos os administradores públicos, tem o seu campo de ação perfeitamente delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, haja vista que sua função própria é a de aplicador das leis e a de fazer cumprí-las, não podendo o administrador público agir ao seu livre-arbítrio, não podendo envolver qualquer interesse próprio.

Argumenta que não podem prosperar tais infrações por ofensa aos princípios de direito que norteiam as normas jurídicas, base para a atividade de lançamento fiscal, devendo ser o mesmo anulado.

Ao se referir a falta de clareza e segurança na imputação da infração, afirma que o autuante considerou como infração 01 o cometimento da irregularidade: “*Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal – Sem dolo*”, fundamentada no Anexo 3 – Doc. 03, onde se apura a alíquota 3,95% em vez de 1,25%, tomando como base a receita bruta acumulada nos últimos doze meses, valores constantes da primeira coluna do seu levantamento fiscal, como exemplo, o valor de R\$3.787.271,40.

Depois de repetir os argumentos inicialmente expostos, diz que fica evidente que a autuação teria partido de uma base de cálculo indevida e majorada, pretendendo impor a exigência de imposto a maior.

Complementa, que o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida, pois existe além da contradição entre a base de cálculo declarada e a base de cálculo apurada, a falta de comprovação da origem dos dados deste demonstrativo. Com isto, o fulcro da autuação se tornou incerto, gerando insegurança jurídica, cerceando o direito de defesa, restando patente que o fundamento da autuação não corresponde ao indicado na infração caracterizando cerceamento de defesa.

Explica que o demonstrativo citado não explicita qual o critério de apuração da base de cálculo, tampouco o cálculo aritmético utilizado pelo autuante para calcular os valores das receitas brutas mensais, impossibilitando saber qual o critério adotado pelo agente fiscal na quantificação da base de cálculo, cabendo a aplicação da SÚMULA CONSEF nº 01, cujo conteúdo transcreve.

Registra que as normas estabelecem condições para se determinar a base de cálculo, a salvo de dúvidas ou incompreensões, de forma a constituir um crédito perfeitamente conhecido, com liquidez e certeza. Para tal, é indispensável que se demonstre os cálculos de forma comprehensiva, apontando o critério ou método adotado pelo fisco, a fonte e demais dados necessários ao entendimento, fundamentada na legislação, por ser a base de cálculo a dimensão material do tributo, sendo a necessária essa demonstração a observância aos princípios da legalidade e da verdade material.

Cita como parâmetros que devem orientar os procedimentos fiscais, as normas contidas no Código Tributário Nacional, mais precisamente o seu art. 142, parágrafo único, bem como no RPAF/99 em seu art. 39, orientando que a descrição dos fatos deve ser feita da forma clara e segura, assim como os cálculos e informações quanto aos métodos adotados para determinar a base de cálculo do imposto. Se tais elementos não existem, o lançamento é nulo de acordo com o art. 18, inc. IV, alínea “a” do RPAF/99.

Relata que os Acórdãos das Câmaras do CONSEF CJF números: 1064/99, 1071/99, 1123/99, 1132/99, 0122/00, 0292/00, 0457/00, 0721/00, 0734/00, 0864/00, 0948/00, 1098/00, 1440/00, 1271/00, 1772/00, 1811/00, 1915/00, 0045/01 e 0103/01, ratificam o entendimento de que é nulo o lançamento, por vício formal, pela falta de demonstração, ou demonstração insuficiente, bem como da falta de informação detalhada do método utilizado, para encontrar essa base de cálculo.

Repisa que é nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação e do direito de defesa. Desta forma, defende que a infração 01 é nula, por falta da demonstração dos cálculos, e a inexistência de documentos que comprovem a infração.

Adverte que na autuação não foi observado o devido processo legal em razão da utilização de roteiro de auditoria inadequado, uma vez que a infração é de omissão de saída de mercadoria tributada, em razão da falta de escrituração de notas fiscais de entrada no livro de registro de entradas de mercadorias, que enseja a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória e não de descumprimento de obrigação principal, como reiteradamente vem decidindo o CONSEF, conforme Acórdãos JJF nº 0096-02/16, CJF nº 0236-11/16 e CJF nº 0239-12/15, cujas ementas reproduz.

Por fim requer que se decrete a nulidade do auto de infração em tela, por ser de direito e da mais lídima justiça.

O autuante presta a informação fiscal às fls. 186 a 196, onde inicialmente relata que a fiscalização alcança o período de 01/01/2014 a 31/12/2014, com objetivo de apurar irregularidade no recolhimento do ICMS SIMPLES NACIONAL, incidente sobre a Receita Bruta Total de Vendas e a regularidade de emissão de documento fiscal para as operações pagas com cartão de crédito ou débito de que trata a Lei Complementar Federal nº 123/2006.

Informa que o contribuinte solicitou a exclusão do Simples Nacional em 21 de março de 2014, com efeito, a partir de 01 de janeiro de 2015 – fl. 13.

Diz que após analisar os livros fiscais e contábeis, os documentos de recolhimentos do ICMS-SN, e efetuar o cruzamento de dados entre NF/CUPONS FISCAIS (Arquivos MFD) x VENDAS COM CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO-TEF x RECEITAS DECLARADAS NAS PGDAS, conforme detalhadamente demonstrado nos arquivos gravados do CD, que anexa, no total de 3.773 páginas, fl. 163, detectou as irregularidades conforme consta no presente auto de infração.

Anexa os relatórios a seguir relacionados, além dos demonstrativos constantes do auto de infração:

Lista de Cupons e Notas Fiscais emitidos – Arquivo 07 - Documentos Emitidos, 1.195 páginas;

- a) CUPONS EMITIDOS POR DIA – ARQUIVO 08 – CUPONS_MFD_DIA, 2.289 páginas;
- b) DEMONSTRATIVO DE OMISSÃO DE RECEITA, com o cruzamento das vendas realizadas com cartão e os Cupons Fiscais emitidos – ARQUIVO 09 – DEM_TEF_ECF, 151 páginas;

- c) VENDAS COM CARTÃO POR OPERAÇÃO – ARQUIVO 04 – TEF_POR_OPERAÇÃO, 107 páginas;
- d) VENDAS COM CARTÃO POR DIA – ARQUIVO 05 – TEF_POR_DIA”, 8 páginas;
- e) VENDAS COM CARTÃO POR MÊS – ARQUIVO 06 – TEF_MÊS”, 1 página;
- f) RELATÓRIO DE VENDAS DIÁRIAS EMITIDAS – ARQUIVO 10 – REL_VDAS_DIA, 13 páginas;
- g) RELATÓRIO DE VENDAS MENSais EMITIDAS – ARQUIVO 11 – REL_VDAS_MÊS, 1 página.

Reproduz os argumentos defensivos e ao abordar a infração 01, afirma que na coluna VALORES DECLARADOS NO PGDASD, a defesa alega que foi informado o valor zero e que na coluna VALORES APURADOS NO LEVANTAMENTO FISCAL, os valores de R\$3.787.271,40 em fevereiro, R\$3.815.185,68 em março, R\$3.755.499,20 em abril e assim sucessivamente, o que constituiria ausência de demonstração clara e comprehensiva da composição da base de cálculo.

Esclarece que os VALORES APURADOS NO LEVANTAMENTO FISCAL, referem-se à receita bruta acumulada – RBT12, de acordo com o art. 18 da Lei Complementar nº 123/2006, tendo como base valores apurados no levantamento fiscal oriundos dos cupons e notas fiscais emitidos pelo contribuinte.

Complementa que no tocante aos valores apresentados, após análise, verificou que ocorreu um erro de processamento, omitindo a RECEITA BRUTA ACUMULADA do ano anterior, no valor de R\$3.300.879,39, no mês de janeiro de 2014 - RBT12, fl. 20, conforme consta na PGDAS de dezembro de 2014, fl. 11, tendo calculado as demais receitas brutas pela média aritmética das receitas de 2014, desconsiderando a receita bruta anterior, fato esse que implicou em alteração das alíquotas e, consequentemente, redução dos valores a recolher.

Esclarece que na coluna VALORES DECLARADOS NO PGDASD, constam os valores declarados pelo contribuinte para o exercício, via PGDAS, fl. 11, e todos os documentos que balizam o lançamento estão detalhadamente demonstrados no CD anexo, num total de 3.773 páginas – fl. 163, constante inclusive na cópia integral disponibilizada ao contribuinte, na INFAZ Paulo Afonso, conforme descrito na cientificação – fl. 164.

Assevera que todos os cálculos foram realizados a partir dos dados existentes no sistema e nos arquivos MFD entregues pelo contribuinte mediante intimação, fl. 07, cujo montante soma R\$3.721.027,90; Arquivo 08 – “CUPONS_MFD_DIA” do CD anexo, e nos valores constantes na base de dados da SEFAZ, totalizando R\$3.969.782,16, Arquivo 07 – “DOCUMENTOS_EMITIDOS”, do CD anexo com 1.195 páginas, para todos os cupons e notas fiscais emitidos no período.

Aponta equívoco da autuada quando argui utilização de roteiro inadequado para as empresas optantes do SIMPLES NACIONAL, na infração 02 e esclarece que se 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 e Administradora de Cartões – Sem dolo*”, descabendo, nesse caso, a alegação.

Garante que todos os procedimentos foram realizados de acordo com as normas vigentes, o contribuinte foi notificado, mediante intimação formalmente realizada via DT-e, fl. 06, tendo sido o levantamento realizado com base no material entregue pelo contribuinte e nos dados constantes nos Sistemas da SEFAZ, importados para o Sistema AUDIG, responsável pelo cruzamento e cálculo dos valores, conforme demonstrativos detalhados constantes do CD anexo.

Aponta que a autuada auferiu em 2014 a receita total de R\$3.969.782,16, sendo R\$3.721.027,90 registrados através de cupons fiscais e R\$248.754,26 através de notas fiscais emitidas, conforme demonstrado nos arquivos constantes do CD anexo, disponibilizado na cópia do contribuinte, em obediência ao princípio da ampla defesa, onde constam todos os dados e cruzamentos que balizaram o presente trabalho.

Afirma que conforme descrito no tópico I – DOS FATOS, os valores apurados no levantamento fiscal referem-se à receita bruta acumulada – RBT12, calculada pelo sistema AUDIG, a partir de valores declarados pelo contribuinte através do PGDAS do exercício anterior, somados aos valores apurados no exercício, fl. 11.

Na coluna VALORES DECLARADOS NO PGDASD, são os valores declarados para o exercício, via PGDAS, fl. 11.

Relata ter verificado a ocorrência de um erro de processamento, que omitiu a Receita Bruta Acumulada do ano anterior, no valor de R\$3.300.879,39, no mês de janeiro de 2014, RBT12, fl. 20, conforme consta na PGDAS de dezembro de 2014, fl. 11, tendo calculado as demais receitas brutas pela média aritmética das receitas de 2014, desconsiderando a receita bruta anterior, fato que implicou em alteração das alíquotas e, consequentemente, na redução dos valores a recolher.

Em relação a arguição de nulidade por inobservância do devido processo legal, sob o argumento de que não foram apresentados os cálculos nem acostados documentos que sustentem a autuação, informa que todos os documentos e cálculos que balizaram a autuação estão detalhadamente demonstrados no CD, constante, inclusive, na cópia disponibilizada ao contribuinte, na INFRAZ – Paulo Afonso, conforme fl. 164.

Destaca que após a correção do processamento que havia omitido a receita bruta anterior, coluna RBT 12 - RECEITA BRUTA ACUMULADA 12 MESES, fl. 20, houve uma alteração para mais dos valores cobrados, referente aos meses de janeiro e fevereiro de 2014, em virtude das alterações das alíquotas, de acordo com o novo Anexo 03 do demonstrativo AUDIG, que anexa.

Conclui que foram elaborados novos demonstrativos de cálculos, observando a estrita legalidade, clareza, segurança e precisão, baseados na correção da Receita Bruta referente ao exercício anterior implicando, por consequência, na majoração do montante do crédito tributário de R\$43.201,57 para R\$45.519,14, em função das alterações das alíquotas aplicáveis à nova receita bruta anterior, que foi alterada de zero para R\$3.300.879,39, conforme RBT12 anterior do PGDAS, fl. 11, permanecendo inalterados todos os demais demonstrativos constantes do CD anexo.

Lembra que após prestadas as informações, esclarecimentos e diante dos novos valores do crédito tributário apurados de acordo com os novos demonstrativos, em obediência ao disposto no §7º do art. 127 do RPAF/99, faz-se necessário que o órgão preparador da SEFAZ dê ciência à autuada.

Requer a procedência do auto de infração.

No processo instrutório foi constatado que apesar de inclusão de novos fatos e alteração dos valores cobrados originalmente, referente às infrações 01 e 02, novo demonstrativo de débito, fl. 195, a autuada não foi cientificada, conforme prevê o art. 127, §7º do RPAF/99.

Assim, a 2ª JJF, em 22 de março de 2019, converteu o processo em diligencia à INFRAZ de origem com a finalidade de que se intime a autuada a tomar ciência da informação fiscal e do novo demonstrativo de débito, fornecendo-lhes as cópias, conforme determina o §7º do art. 127 do RPAF/99, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para se manifestar.

Tendo a INFRAZ-Paulo Afonso assim procedido, a autuada apresentou manifestação, protocolizada no CONSEF, sob o nº SIPRO 258836/2019-0, fls. 207 a 212, sem que o autuante tenha prestado a informação.

Diante do fato, a 2ª JJF, na sessão de pauta suplementar em 20 de setembro de 2019, fl. 218, decidiu converter mais uma vez o processo em diligência à unidade Fazendária de origem para que o autuante preste nova informação na forma do art. 127, §6º do RPAF/99.

Na manifestação apresentada em 22/07/2019, a autuada registra que o Agente de Tributos apesar de informar que fiscalizou a empresa no período de 01/01/2014 a 31/12/2014, admite que ela solicitou exclusão do SIMPLES NACIONAL em 21/03/2014, fato que diz caracterizar a incompetência do agente para proceder a auditoria, uma vez que, desde que solicitou sua exclusão, não mais era optante do SIMPLES NACIONAL, por ter ultrapassado o valor máximo da receita prevista para enquadramento no regime, e, portanto somente poderia ser fiscalizado por Auditor Fiscal, conforme estabelece a Lei nº 11.470/09, que alterou a Lei nº 8.210/2002 e os §§ 1º, 2º e 3º do art. 107 da Lei nº 3.956/81 – COTEB, que reproduz.

Conclui que o agente fiscal extrapolou sua competência funcional quando lavrou o auto de infração contra um contribuinte não mais optante do SIMPLES NACIONAL, sendo assim, nulo o lançamento, conforme entendimento do CONSEF, externado nos Acórdão CJF nº 0308-11/16, CJF nº 0112-12/16 e JJF nº 0115-02/15.

Ratifica todos os termos da defesa e manifestações já apresentadas e afirma que restou demonstrada a insubsistência da autuação, necessitando a decretação da nulidade ou improcedência no julgamento, o que requer ao final da manifestação.

O autuante presta a informação às fls. 222 a 224, onde transcreve as razões apresentadas pela autuada e esclarece que o contribuinte, optante do SIMPLES NACIONAL, solicitou sua exclusão do regime em 21/03/2014, porém, a efetivação do pedido somente surtiu os efeitos a partir de 01/01/2015, conforme histórico dos eventos do SIMPLES NACIONAL, fl. 13. Portanto, diz não ter cabimento a alegação da defesa de incompetência funcional do autuante para lavrar o auto de infração.

Quanto ao excedente da receita bruta, explica que o art. 3º, inc. II da Lei Complementar nº 123/2006, estabelece o valor de R\$3.600.000,00 como limite a ser observado para que um contribuinte permaneça no regime. Contudo, há uma ressalva quanto a exclusão, que somente surtirá os efeitos no próximo exercício, caso o excesso não ultrapasse 20% do limite, conforme §§ 9º, 10 e 12 do mesmo artigo, que copia.

Registra que a receita total apurada foi de R\$4.220.965,93, ou seja, o excesso da receita é inferior ao limite de 20%, conforme estabelecido os dispositivos citados. Dessa forma, os efeitos do pedido de exclusão do sistema somente surtiram efeitos a partir de 2015.

Afirma que não tendo a autuada contestado outros aspectos, pede pela procedência do auto de infração.

É o relatório.

VOTO

O auto de infração em epígrafe, imputa ao sujeito passivo, contribuinte optante do SIMPLES NACIONAL, o cometimento de duas infrações, conforme consta descrito na peça inaugural do processo, todas impugnadas.

Inicialmente cabe apreciar as preliminares de nulidades arguidas pela autuada.

Na primeira, alega a existência de vício que afeta a eficácia do lançamento, em virtude da ausência de demonstração clara e comprehensiva da composição da base de cálculo do ICMS, contrariando a SÚMULA CONSEF nº 01.

Do exame dos autos, não acato a arguição, em razão de constatar que o autuante demonstrou de forma minuciosa, clara e precisa as infrações, relatando detalhadamente esclarecimentos na descrição dos fatos no auto de infração, quanto à forma que empregou para apurar as infrações imputadas, e também informando que o levantamento fiscal tomou por base a receita bruta do autuado, conforme valores das notas fiscais eletrônicas emitidas, a qual foi confrontada com os valores declarados pelo mesmo no PGDAS-D, apurando-se assim, os valores mensais das receitas declaradas a menos pelo autuado, e confrontando os valores registrados como vendas através de cartões de crédito e débito, e as informações prestadas pelas administradoras de cartões.

Na segunda, o sujeito passivo afirma que o autuante aplicou roteiro inadequado para as empresas optantes do SIMPLES NACIONAL, além da existência de muitos equívocos decorrentes de matéria de fato e de direito, sem, contudo, apontar precisamente quais são esses equívocos.

Rejeito tal argumento, em razão de verificar que os elementos acostados aos autos, demonstram que a ação fiscal ocorreu mediante a utilização do sistema AUDIG – sistema de auditoria homologado pela SEFAZ, constituído de parâmetros estabelecidos na legislação específica do SIMPLES NACIONAL, especialmente observando o que determinam a Lei Complementar nº 123/2006, e a Resolução CGSN nº 94/2011, vigente na época da ocorrência dos fatos geradores,

tendo sido revogada a partir de 1º de agosto de 2018 pela Resolução CGSN nº 140, de 22 de maio de 2018, art. 153, inc. I.

A terceira arguição de nulidade, alega cerceamento de defesa em razão do lançamento não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, pois existe, além da contradição entre a base de cálculo declarada e a base de cálculo apurada, a falta de comprovação da origem dos dados do demonstrativo.

Também não merece ser acolhido este argumento, haja vista que os demonstrativos elaborados pelo autuante, gerados pela aplicação dos roteiros de auditoria do sistema AUDIG, foram alimentados com dados obtidos junto as declarações prestadas e transmitidas à RECEITA FEDERAL DO BRASIL pelo contribuinte, além do fato, que robustece as acusações, de ter o autuante carreado aos autos as provas que além de gravadas em mídia eletrônica – CD, fl. 163, foram anexadas em meio físico, cópias de todos os demonstrativos, fls. 12 a 22, do Livro de Registro de Saídas, fls. 23 a 52 e do Livro Caixa, fls. 54 a 161.

Afasto também o argumento de que não houve a demonstração dos cálculos, e a inexistência de documentos que comprovem a infração 01, pelos motivos já expostos.

Na quarta e última arguição de nulidade, esta, firmada na última manifestação, diz que o lançamento é nulo, em razão de o autuante ter extrapolado a sua competência funcional quando lavrou o auto de infração contra um contribuinte não mais optante do SIMPLES NACIONAL, pois tendo requerido sua exclusão do sistema em 21/03/2014, por ter ultrapassado a valor máximo da receita prevista para enquadramento no regime, entende que a partir desta data não mais era optante do SIMPLES NACIONAL, e assim, somente poderia ser fiscalizado por um Auditor Fiscal.

O próprio autuante, em sede de informação, competentemente esclarece a questão. O fato do contribuinte ter requerido à RECEITA FEDERAL DO BRASIL sua exclusão do regime em 21/03/2014, não significa que imediatamente estaria o mesmo excluído, pois a efetivação do pedido somente surtiu os efeitos a partir de 01/01/2015, conforme histórico dos eventos do SIMPLES NACIONAL, folha. 13.

Quanto ao excedente da receita bruta, o art. 3º, inc. II da Lei Complementar nº 123/2006, vigente à época dos fatos, estabelece o valor de R\$3.600.000,00 como limite a ser observado, para que um contribuinte permaneça no regime. Ultrapassando esse limite, o contribuinte será excluído do sistema no próximo exercício, caso o excesso de receita não ultrapasse 20% do limite, conforme §§ 9º, 10 e 12 do mesmo artigo.

Foi exatamente isso que ocorreu. O valor da Receita Bruta apurada em 2014, importou em R\$4.220.965,93, ultrapassando o limite em R\$620.956,93, que corresponde a 17,25% do limite previsto. Dessa forma, observando os dispositivos citados, o contribuinte somente passou a ser não optante do SIMPLES NACIONAL a partir de 01/01/2015.

Demonstrado que a autuada, no período fiscalizado ainda era optante do SIMPLES NACIONAL, com base no art. 107, §§ 1º e 3º da Lei nº 3.956/81 – COTEB, o agente autuante se encontrava em pleno exercício de suas funções fiscalizadoras e com evidente competência legal para lavrar o presente auto de infração.

Portanto, não acolho a arguição.

Constatou que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, tendo a autuada exercido plenamente o direito de defesa e do contraditório, demonstrado total entendimento da acusação, de forma que considero o lançamento isento de mácula que possa contaminá-lo de nulidade.

No mérito, a infração 01 refere-se à omissão de receita apurada mediante levantamento fiscal e a infração 02 a omissão de saída de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento

das vendas com cartão de crédito ou débito em valor inferior ao informado pelas administradoras de cartões.

Quanto à infração 01, a defesa alega que o autuante considerou no demonstrativo, no campo VALORES DECLARADOS NO PGDASD, que a receita dos últimos doze meses foi zero, e não informou a origem da receita que consta na parte do demonstrativo denominada VALORES APURADOS NO LEVANTAMENTO FISCAL, argumento que não procede, haja vista que o autuante, em sede de informação fiscal, esclareceu que os valores consignados na coluna VALORES APURADOS NO LEVANTAMENTO FISCAL, correspondem aos valores da receita bruta acumulada dos últimos doze meses, consoante previsão do art. 18 da Lei Complementar nº 123/2006, tendo como fonte, os valores apurados no levantamento fiscal oriundo dos cupons e notas fiscais emitidas pelo contribuinte.

A autuada também questiona a aplicação da alíquota de 3,95%, somente devida quando o contribuinte tenha ultrapassado a receita bruta nos últimos doze meses, no montante de R\$3.420.000,00, portanto, requer a demonstração de que ela obteve tal receita nos últimos doze meses, isto porque, no demonstrativo não restou claro qual o valor da receita foi considerado zero, ou em valor superior a R\$3.600.000,00.

O autuante esclareceu que ocorreu um erro de processamento, omitindo a receita bruta acumulada do ano anterior, no valor de R\$3.300.879,39, no mês de janeiro de 2014, demonstrativo de fl. 20, valor este declarado no PGDAS de dezembro de 2014, fl. 11, e assim, foram calculadas as demais receitas brutas pela média aritmética das receitas de 2014, desconsiderando a receita bruta anterior, fato esse que implicou em alteração das alíquotas, e consequentemente, redução dos valores a recolher.

É fato que este equívoco não influencia na determinação da alíquota aplicável, haja vista que já em fevereiro de 2014, foi adicionada a receita acumulada no período anterior, considerando o valor corretamente informado no PGASD.

Este fato somente foi observado pelo autuante quando elaborou a informação fiscal, e assim procedeu à retificação do levantamento, resultando na majoração dos valores cobrados, de R\$43.201,57, para R\$45.519,14.

Constatou, que efetivamente, o contribuinte declarou para 2014 os valores de receita bruta acumulada para todos os meses, valores zerados. Contudo, com base nos valores declarados pelo contribuinte, inclusive o da receita bruta dos últimos doze meses, antes de janeiro de 2014, no valor de R\$3.300.879,39, conforme declaração original PGDAS-D, fls. 11 e 12, restou demonstrado que o contribuinte auferiu em 2014 a receita total de R\$3.969.782,16, sendo R\$3.721.027,90 através de cupons fiscais, e R\$248.754,26 por meio de notas fiscais emitidas, tudo obtido dos registros informados pelo contribuinte e demonstrado nos arquivos gravados do CD.

Verifico que o sujeito passivo não trouxe aos autos quaisquer elementos de provas hábeis capazes de elidir a acusação fiscal, tampouco apresentou argumentos acompanhados de fundamentação fática que possam descharacterizar a infração.

Cabe entretanto observar, que apesar do autuante ter identificado na fase da informação fiscal, o erro no processamento, fato que o levou a elaborar novo demonstrativo alterando o valor da infração 01 de R\$40.618,98 para R\$42.830,29, não é possível considerar o novo valor apurado, tendo em vista o que dispõe o art. 156 do RPAF/99.

O citado regulamento preservando a certeza e a segurança do lançamento, além de observar o devido processo legal e o princípio da ampla defesa, determina que mesmo ocorrendo evidência de agravamento da infração ou necessidade de lavratura de outro auto de infração, deverá o órgão julgador representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, nos termos do citado dispositivo, o que faço desde já.

Portanto, cabe a exclusão dos valores incluídos pelo autuante, quando da informação fiscal, conforme demonstrativos a fl. 195, devendo serem mantidos os valores originalmente cobrados.

Considero subsistente a infração 01 no valor de R\$40.618,98.

A defesa não apresenta argumentos contra a infração 02 que decorre de presunção legal de omissão de saída de mercadoria tributável, também apurada em auditoria com a utilização do sistema AUDIG, confrontando as informações das administradoras de cartões de crédito e débito – TEF, relativas a vendas com pagamento de cartões de crédito/débito com o valor dessas vendas declarado pelo contribuinte em documentos do SIMPLES NACIONAL.

Verifico que foi entregue ao contribuinte, cópia dos Relatórios TEF Diário, por Operação e Mensal, fl. 164, permitindo ao contribuinte ter elementos para se defender, apesar de não ter se manifestado acerca da questão, demonstrando que não há pontos do trabalho fiscal a combater.

A acusação tem suporte no art. 4º, inc. IV, alínea “b” da Lei nº 7014/96, vigente na época dos fatos geradores, *in verbis*:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: (...)

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar: (...)

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por: (...)

b) administradoras de cartões de crédito ou débito. (Redação vigente até 22/12/2017.).

Em se tratando de exigência de imposto por presunção legal, o dispositivo que a autoriza, pressupõe que a diferença apurada pelo fisco não esteja comprovada e, em sendo uma presunção relativa, assim identificada por admitir prova em contrário, cabe ao contribuinte trazer aos autos as provas de que os fatos não ocorreram.

Entretanto, a autuada não apresentou argumentos, tampouco trouxe aos autos uma prova sequer que contraria a acusação, não apontou qualquer equívoco ocorrido no levantamento produzido, de modo a justificar as diferenças apuradas e assim cumprir com o ônus de tornar improcedente a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Assim, considero subsistente a infração 02.

Em relação ao agravamento da infração 01, conforme previsto no art. 156 do RPAF/99, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, tendo em vista a necessidade de lavratura de outro Auto de Infração, para cobrança do valor excedente apurado.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 210742.0024/18-7, lavrado contra **KENIO MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA. – EPP**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$43.201,57, acrescido da multa de 75%, prevista nos artigos 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/2006, inc. I, do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei Federal nº 11.488/2007, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR