

A. I. Nº - 210550.0018/19-5
AUTUADO - IBJS COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - SELMA ALCÂNTARA DE LIMA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/07/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0092-05/20-VD

EMENTA: ICMS. EMPRESA OPTANTE PELO REGIME DO SIMPLES NACIONAL. a) IMPOSTO RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA. b) PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. APURAÇÃO POR MEIO DE LEVANTAMENTO DE VENDA COM PAGAMENTO EFETUADO COM CARTÕES DE DÉBITO E/OU CRÉDITO EM VALOR INFERIOR AO INFORMADO PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO. O autuado se valeu apenas de argumentos jurídicos, que para o presente caso não se aplicam, e pelo fato de não apontar qualquer equívoco contido no lançamento tributário, em relação aos cálculos apresentados nas planilhas que lhe foram entregues, foram mantidas ambas as infrações. Não acolhida a arguição de nulidade. Impossibilidade de apreciação, pelo órgão julgador administrativo, de argumentos relacionados a matéria de ordem constitucional. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida o presente, de Auto de Infração expedido em 20/09/2019, para reclamar crédito tributário no montante de R\$83.035,15, mais multa de 75%, em decorrência das seguintes acusações:

1 – *“Efetuiu recolhimento a menor 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, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor”*. Valor lançado R\$5.915,41, mais multa de 75% prevista pelo Art. 35 da Lei Complementar 123/06 e Art. 44, inciso I da Lei Federal nº 9.430 de 29/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07, referente ao período de abril de 2016 a dezembro/2018.

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 e Administradora de Cartões – sem dolo”*. Valor lançado R\$77.119,74, mais multa de 75% prevista pelos Arts. 34 e 35 da Lei Complementar 123/06 e Art. 44, inciso I da Lei Federal nº 9.430 de 29/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07, referente ao período de abril de 2016 a dezembro/2018.

Conforme docs. fls. 43 a 47, o autuado ingressou com Impugnação Parcial ao lançamento, onde, inicialmente, destacou que do exame do conjunto probatório e da legislação estadual, ficará evidenciado que parte do lançamento de ofício está eivado de vícios insanáveis, pois fundamentado em fatos não previstos em lei, razão pela qual o tornará nulo por vício formal.

A este respeito citou o Art. 5º, II da Constituição Federal *“(…) Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (…)”*, mencionando, também, o Art. 97, V do Código Tributário Nacional, que trata de cominação de penalidades.

Após citar doutrina, concluiu a fase preliminar pontuando que não estando o fato da vida tipificado no dispositivo legal, apontado como violado, nem sendo possível interpretar-se norma, de caráter punitivo, de modo ampliativo, a conclusão é que a Administração violou o princípio da legalidade, que lhe é imposto pelo *caput* do art. 37 e, do mesmo modo, violou direito

fundamental que lhe é assegurado no Art. 5º II da CF, não podendo, desta maneira, subsistir o Auto de Infração.

Ao adentrar ao mérito da autuação, suscitou a improcedência do lançamento, citando que a autuante, na apuração do crédito tributário, deixou de observar os dispositivos do RICMS/BA pertinentes às saídas de mercadorias, a correta aplicação das alíquotas de ICMS da receita informada e cálculo do imposto.

Ao mencionar a infração 01, no valor de R\$5.915,41, citou que, por falha humana, houve alteração dos valores declarados no PGDAS, ocasionando em valores declarados a menos, conforme podem ser verificados nos extratos anteriores a retificação indevida.

Quanto a infração 02, no valor de R\$77.119,74, mencionou que o crédito tributário foi apurado sob omissão de saída de mercadoria tributada, asseverando que para confirmação e certeza da sua parte quanto ao montante apurado pela autuante é imprescindível a comprovação das operações realizadas através de cartões de crédito, acrescentando que a referida comprovação se faz com a juntada dos relatórios emitidos pelas administradoras de cartões de crédito, em cuja documentação a fiscalização se baseou para proceder o lançamento, razão pela qual o Auto de Infração deverá ser anulado ou julgado improcedente.

Passo seguinte ponderou que realizou as operações de circulação de mercadorias com base na legislação tributária vigente neste Estado, enquanto que o lançamento de ofício lhe impõe, de forma ilegal, o pagamento de diferença de imposto sob os mais diversos fundamentos, ao tempo em que quer cobrar imposto indevido ou a maior.

Reportou-se ao princípio da legalidade, a questão da não cumulatividade do ICMS, da legitimidade para exercer o direito ao crédito financeiro do ICMS, citando doutrina a este respeito, para concluir que o direito ao crédito fiscal é constitucional enquanto que a exigência do imposto indevido ou a maior sobre mercadorias já tributadas é ilegal.

Nos tópicos seguintes passou a questionar as multas aplicadas, as quais, considera possuir efeito confiscatório, com afronta ao art. 150, IV da CF, bem como da aplicação de juros com base na SELIC, os quais considera ilegal e inconstitucional.

Em conclusão requereu que o Auto de Infração seja julgado Improcedente em parte, bem como a homologação dos pagamentos efetuados através de parcelamento de débito, cuja prova, diz estar anexando, pugnando, ainda, pela realização de perícia contábil.

A autuante prestou a Informação Fiscal, fls. 133 e 134, onde assim se expressou: *“Equivocada é a contestação do contribuinte, uma vez que a autuação, incluindo a aplicação de juros e multa, encontra-se embasada na legislação vigente como está descrita no próprio Auto, às fls. 02 e 03, não cabendo ao autuante analisar a constitucionalidade da Lei aplicada, bem como falha humana no preenchimento do PGDAS”*. Requereu a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração versa sobre duas acusações: a primeira, reclama o valor de R\$5.915,41, decorrente de constatação de recolhimento a menos do ICMS, em razão de erro na informação da receita declarada no PGDAS e/ou alíquota aplicada a menor, enquanto que a segunda infração, onde se exige ICMS no montante de R\$77.119,74, é decorrente de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, presumida por meio de levantamento de vendas efetuadas com pagamentos ocorridos via cartões de crédito e/ou débito, informados por instituições financeiras administradoras de cartões.

Em sua defesa, o autuado, apesar de suscitar a procedência parcial do Auto de Infração, não apontou de forma objetiva qual a parcela do débito que reconhece como devida, inclusive, ao final da peça defensiva, requereu a homologação de pagamentos ditos efetuados via parcelamento de débito, entretanto, não juntou aos autos os documentos comprobatórios de tal parcelamento.

Foi suscitada a nulidade do Auto de Infração, sob a alegação do mesmo se encontrar eivado de vícios insanáveis, pois o argumento defensivo está fundamentado em fatos não previstos em lei.

Não é o que vejo no presente Auto de Infração. Tratando de contribuinte inscrito como Empresa de Pequeno Porte – EPP, optante pelo regime do Simples Nacional, sua tributação, especificamente em relação ao ICMS, ocorre com base na Lei Complementar nº 123/06, que em seu art. 1º, dispõe:

Art. 1º. Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere:

I - à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias;

Está previsto também, em seu Art. 13, inciso VII:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

No que diz respeito ao valor devido pelas microempresas e empresas de pequeno porte, o Art. 19 da mesma LC assim se expressa:

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional será determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas, calculadas a partir das alíquotas nominais constantes das tabelas dos Anexos I a V desta Lei Complementar, sobre a base de cálculo de que trata o § 3º deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3º.

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

(...)

*§ 3º Sobre a receita bruta auferida no mês incidirá a alíquota efetiva determinada na forma do **caput** e dos §§ 1º, 1º-A 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.*

Também, a Lei Estadual nº 7.014/96, que trata do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), no Estado da Bahia, em seu Art. 4º, § 4º, dispõe que:

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:

a) instituições financeiras.

Portanto, à luz do quanto acima especificado, não existe qualquer ilegalidade no lançamento tributário sob análise, o qual está baseado na legislação tributária em vigor, razão pela qual, afasto a nulidade arguida pela defesa.

No mérito, o autuado diz que a autuante deixou de observar dispositivos do RICMS/BA, ditos pertinentes às operações de saídas de mercadorias, alíquotas aplicadas sobre a receita informada e o cálculo do imposto, entretanto, não citou os dispositivos que não teriam sido observados para efeito da autuação.

Observe, de imediato, que em relação a infração 01, o autuado praticamente confessa o ilícito tributário apurado ao declarar que, “*por falha humana, houve alteração dos valores declarados no PGDAS, ocasionando em valores declarados a menos, conforme podem ser verificados nos extratos anteriores a retificação indevida*”.

Conforme já assinalado acima, as empresas optantes pelo Simples Nacional possuem uma forma específica de tributação, cuja exigência tributária incide sobre a receita bruta apurada em cada período mensal, excluindo-se dessa exigência as operações que já tiveram o imposto pago por

antecipação ou substituição tributária, que foi o caso ocorrido nestes autos, onde a autuante segregou as operações de saídas ocorridas com mercadorias já tributadas antecipadamente.

Assim é que, de acordo com os demonstrativos de apuração mensal das saídas omitidas e apuradas pela fiscalização, os quais foram entregues ao autuado juntamente com a mídia digital (CD), contendo a totalidade das operações TEF diário realizadas pelo autuado, fls. 33 e 34, tem-se, com clareza, que a apuração em síntese tomou como base o total de vendas informadas pelas instituições financeiras, o qual, comparado com as vendas com cartão através de documentos fiscais declarados pelo autuado e informados no PGDAS, se apurou o montante das vendas omitidas, das quais, após deduzir proporcionalmente as vendas ocorridas com imposto pago antecipadamente, se chegou as omissões de receitas de mercadorias tributáveis, base para a infração 02, e também para a infração 01, esta em razão do novo percentual de alíquota apurado.

Desta maneira, caberia ao autuado, com base nas relações de TEF diário que lhe foram entregues, aferir tais operações, e após confrontá-las com os levantamentos elaborados pela autuante, cujas cópias também lhe foram entregues, e acaso fosse detectada alguma divergência, apontasse de forma objetiva, o que não aconteceu.

No que diz respeito aos argumentos defensivos relacionados a não cumulatividade do imposto e a créditos financeiros, conforme já explicado acima, não se aplica às empresas optantes pelo Simples Nacional, que possui forma específica de apuração e pagamento do imposto, à qual é opcional, e não obrigatória.

Desta forma, considerando que o autuado se valeu apenas de argumentos jurídicos, que para o presente caso não se aplicam, e pelo fato de não apontar qualquer equívoco cometido pela autuante em relação aos cálculos apresentados nas planilhas que lhe foram entregues, considero subsistentes ambas as infrações.

No tocante ao argumento de inconstitucionalidade na multa aplicada, a qual teria efeito confiscatório, assim como na aplicação da taxa Selic a título de juros, observo que ambas possuem previsão legal, tanto na Lei Complementar 123/06, quanto na Lei nº 3.956/81, que instituiu o Código Tributário do Estado da Bahia, portanto, são legais.

No que diz respeito à alegação específica de inconstitucionalidade, observo que o Art. 167, inciso I do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, exclui da competência dos órgãos julgadores administrativos, a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta.

Por fim, quanto ao pedido do autuado para que sejam homologados os pagamentos que diz ter efetuado via parcelamento de débito, não há como ser acolhido, pois não foi apresentado pelo mesmo, documentos comprobatórios que respaldassem tal pedido.

Em conclusão, voto pela Procedência do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210550.0018/19-5**, lavrado contra **IBJS COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$83.035,15**, acrescido da multa de 75%, prevista nos arts. 34 e 35 da Lei Complementar 123/06, e Art. 44, inciso I da Lei Federal nº 9.430, de 29/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488, de 15/06/07, e demais acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR