

A.I. Nº - 233082.0025/18-8
AUTUADO - TOK COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI
AUTUANTE - PAULO CESAR FONTES MATOS
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04/09/2020

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0139-02/20-VD

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. OMISSÃO DE RECEITA – SEM DOLO. **a)** PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA. LEVANTAMENTO DE VENDA COM PAGAMENTO COM CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADAS COMO SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO. Infrações apuradas pelo sistema PRODIFE, ferramenta fiscal homologada para auditoria a contribuintes do ICMS no SIMPLES NACIONAL. Valores reduzidos mediante comprovação de correspondente emissão de 4,29% da receita bruta omitida. Afastado o pedido de redução de sanção, por falta de previsão legal. Infrações parcialmente subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/12/2018, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$76.577,13, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 (17.03.16) – omissão de saída de mercadoria tributável, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuada com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões – Sem dolo. Valor: R\$ 15.537,09. Período: Janeiro 2015 a Dezembro 2017. Enquadramento legal: Art. 18 e inciso I do art. 26 da Lei Complementar 123/06 c/c § 4º do art. 4º da Lei 7014/96. Multa: 75%, nos termos dos arts. 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06 e do inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96;

Infração 02 (17.04.01) – Deixou de recolher o ICMS em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado. Valor: R\$61.040,04. Período: Janeiro a Dezembro 2015, Março, Maio, Julho, Agosto, Novembro e Dezembro 2016, Janeiro a Dezembro 2017. Enquadramento legal: Art. 18, §4º, da Lei Complementar 123/06; Multa: 75%, nos termos do art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 e do inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96.

O autuado apresentou impugnação às fls. 36-44. Diz que o AI não pode prosperar, argumentando:

Infração 01

Afirma que, conforme relatórios emitidos pelo sistema utilizado pela empresa e que acosta aos autos, os valores apresentados no demonstrativo “C1” a título de omissão de receita não condiz com a realidade. Ademais, fala que as vendas efetuadas via cartão de crédito, assim como os valores de vendas dos anos 2015 e 2017, apresentados nos demonstrativos X1 e X2, confrontados como os relatórios do seu sistema interno, não apresentam diferença na receita bruta auferida.

Alega que a presunção necessita evitar ações descabidas e, por isso, o “§3º do art. 42 da Lei 9430/96 determina que para efeito de determinação da receita bruta, os créditos serão analisados individualmente”. Fala ter analisado as informações de 2015 e 2017 dos demonstrativos fornecidos pelo autuante com as do sistema da empresa, e as receitas são iguais. Todavia, concorda haver

divergências nos valores do exercício 2016, conforme planilha que diz anexar, as quais promete pagar.

Infração 02

Destaca que os valores que serviram de base de cálculo da diferença de ICMS em 2015 e 2017 são os mesmos apresentados no demonstrativo “C1” a título de omissão de receita, repetindo não condizerem com a realidade, como fez para a Infração 01, conforme relatórios do seu sistema interno, listando vendas diárias com numeração dos documentos fiscais emitidos.

Por conseguinte, alega, os valores de vendas apresentados no demonstrativo do autuante, (C2), coluna “B1”, referindo-se ao total de vendas e constantes em cupons fiscais emitidos por ECF e NF-e, e que demonstraram as reais vendas, já inclui as vendas via cartão de crédito, conforme indica o Demonstrativo “Z” disponibilizado pelo autuante, com dados de numeração de cupons incompleta em muitos períodos e que as numerações não encontradas pelo autuante constam no relatório do sistema da empresa.

Ressalta que todos os valores das colunas “C1” e “C2” estão equivocados, uma vez que o autuante entendeu que a venda do cartão de crédito era uma receita omitida, quando verdade é que a maioria dos valores já integrava o faturamento declarado no PGDAS. Portanto, não houve omissão de receita.

Frisa que ao considerar uma receita maior da que houve, automaticamente se altera a faixa de tributação no Simples Nacional, causando prejuízos à empresa, pois está lhe impondo carga tributária maior.

DA MULTA E JUROS

Diz que no valor da dívida incide valores indevidos e exorbitantes a título de multa e juros, por terem sido produzidos unilateralmente, afrontando a legislação, destacando os princípios da capacidade econômica e a vedação do confisco, sobre os quais, citando os arts. 145, §1º, e 150 da CF/88 e 113 do CTN, bem como reproduzindo o art. 630 do Decreto nº 33.118/1991 (RICMS-SP); §1º do art. 52 da Lei Federal 9.298/96; art. 406 do Código Civil e excertos de doutrina, tece comentários de modo a concluir destacando que “a penalidade da multa e juros, se mantida na presente cobrança, o que, vistas as provas anexadas, entendemos não viável, precisa e deve ser reduzida aos parâmetros legais e convencionais”, aplicando multa de 2% a.m. e juros de 1% a.m.

Concluindo a impugnação, pede: 01. Reforma do AI por entender comprovado equívocos; 02. Seja observado pelo autuante que os valores apresentados no demonstrativo “C1” a título de omissão de receita não condiz com a realidade, conforme relatórios emitidos pelo sistema utilizado pela empresa; 03. Diminuição da multa de 75% par 2%; 04. Tendo em vista que foi descredenciado pela lavratura de dois Autos de Infração, requer o credenciamento para dilação de prazo de recolhimento do ICMS devido nas operações sujeitas à antecipação parcial na forma prevista na Port. 114/2004.

O autuante presta Informação Fiscal às fls. 618-628. Após reproduzir as infrações e sintetizar os argumentos defensivos, inicialmente informa que o Impugnante apenas juntou um Relatório nele especificando os cupons fiscais emitidos para 2015 e 2017, separando valores por espécie (dinheiro, cartão de crédito/débito), fazendo cruzamento com o Demonstrativo “Z” (Presunção de Omissão de Receitas) que forneceu ao autuado.

Fala que o Impugnante apresenta alegações para a Infração 01, aceitando todos os valores que indicam omissão de receitas de operações tributáveis para 2016, mas discordando de tudo para 2015 e 2017.

Informa que o Demonstrativo “Z” apresenta a omissão de saídas de mercadorias constatada a partir do confronto entre os valores presentes no Relatório Diário de Operações TEF e os pagos através de cartões constantes nos cupons fiscais e notas fiscais emitidas pelo contribuinte.

Diz que o Impugnante identificou cupons fiscais que não foram considerados nesse cruzamento, escrevendo a caneta o número deles e que, após análise criteriosa, **acatou todos os cupons**

identificados pelo Impugnante, totalizando R\$38.735,88, elaborando o demonstrativo ANEXO I - Cupons identificados pela Autuada e reconhecidos pelo autuante, fls. 629-634. Os mesmos cupons foram lançados no novo Demonstrativo Z - da Presunção de Omissão de Receitas, conforme mídia anexa (fls. 683).

Fala que no Demonstrativo “Z” original que consta na mídia de fl. 31, o valor total dos pagamentos com cartão de crédito/débito identificados com os respectivos documentos fiscais totalizava R\$3.988.490,00 e o total da Base de Cálculo da Omissão de Saídas era R\$903.685,90 e que após o ajuste, os valores passaram a ser R\$4.027.225,88 e R\$864.950,02, respectivamente. Abateu o valor de R\$38.735,88 (fls. 629 a 634 do ANEXO I) que foi devidamente justificado.

Dessa forma, diz, a Autuada **não** conseguiu comprovar o valor de R\$864.950,02 como base de cálculo de omissão de saída, apesar de informar que *"as vendas efetuadas por meio de cartão de crédito, assim como os valores de vendas realizadas no período de 2015 e 2017, apresentados nos demonstrativos X1 e X2, confrontados com os relatórios do sistema utilizado pela empresa (SIAF), não apresentam qualquer diferença na receita bruta auferida"*.

Informa que os próprios Demonstrativos X1 (Operações de Saída de Mercadorias - Vendas conforme constam em Cupons Fiscais emitidos por ECF - fls. 20 e 21) e X2 (Operações de Saída de Mercadorias e/ ou Prestações de Serviço - Vendas conforme constam em NF-e, CT-e, NFC-e e Documentos Fiscais não Eletrônicos emitidos pelo contribuinte - fls. 22 e 23) citados pela Autuada apresentam, SIM, diferença em relação ao relatório SIAF juntado pela mesma (vide fls. 665, ANEXO IV, colunas B e G).

Concluindo, fala que para essa Infração o Impugnante equivocadamente alegou que *"não merece prosperar as alegações inerentes a infração 01, tendo em vista que as diferenças alegadas não existem, conforme documentos acostados"*, pois, conforme explicou, da base de cálculo de R\$903.685,90, como omissão de saídas decorrente da venda de mercadorias com cartão de crédito/débito sem a devida emissão de documento fiscal, somente o autuado comprovou emissão de documento fiscal para R\$38.735,88, valor que excluiu, restando R\$864.950,02 como presunção de omissão de operações tributadas sem o pagamento do ICMS. Isto posto o valor do ICMS a pagar da Infração 01 passou de R\$15.537,09 para **R\$14.591,42**, abatido o montante de R\$945,67, conforme Demonstrativo de Débito (fls. 657-658, ANEXO III).

Infração 02

Informa que, de fato, os valores da Coluna C1 - Receita Bruta Omitida do DEMONSTRATIVO C1, impacta no cálculo do ICMS a pagar do DEMONSTRATIVO C2 - Da Falta de Pagamento ou Pagamento a Menor do ICMS Devido Sobre o Faturamento Simples Nacional, pois no Demonstrativo C2 (pag. 661), a receita bruta a ser considerada é o total das vendas realizadas pelo contribuinte, como o somatório de vendas constantes em todos os documentos fiscais. Como o roteiro realizado na primeira infração foi “verificação de pagamentos com os cartões de crédito/débito”, a base de cálculo encontrada como omissão de saídas do Demonstrativo Z (omissão de receita constatada a partir do confronto entre os valores integrantes no Relatório Diário de Operações TEF X valores pagos através de cartões constantes nos Documentos Fiscais emitidos pelo contribuinte), este irá integrar a receita bruta juntamente com a somatória das receitas encontradas nos documentos fiscais emitidos (Coluna B1 + C1 = D, fls. 661).

Explica que na Infração 01, o Impugnante comprovou valores informados pelas administradoras de cartão com os cupons fiscais emitidos e que não constavam no levantamento fiscal inicial, reduzindo a omissão no valor excluído da omissão de saídas originalmente apurada.

Ressalta que acatou todos os cupons fiscais identificados pelo Impugnante, conforme comprovou no ANEXO I e Demonstrativo Z, na mídia (fls. 683). Os cupons fiscais identificados resultaram numa base de cálculo de R\$38.735,88, valor abatido da base de cálculo original de R\$903.685,90 (vide coluna C1 do Demonstrativo C1, fls. 12).

Após o reconhecimento desse valor, gerou novo levantamento fiscal, ajustando os Demonstrativos C1 e C2. O novo levantamento ajustou a base de cálculo da recita omitida para

R\$864.950,02, provando que o contribuinte efetuou venda de mercadorias pagas via cartões, sem a devida emissão do documento fiscal (vide coluna C1 do Demonstrativo C1, fls. 659, ANEXO III), contradizendo o argumento defensivo de emissão de todos os correspondentes documentos fiscais ao textualmente dizer que "*constam toda numeração dos documentos fiscais emitidos com valores e datas*", uma vez que apenas comprovou 4,29% da Receita Bruta Omitida.

Informa que o valores constantes na Coluna B1 do Demonstrativo C2 (pág. 11) - Receita Bruta Declarada Auferida, foram obtidos através das informações fornecidas pelo contribuinte em atendimento a Intimação Fiscal, quando lhe solicitou o Arquivo MFD (Memória de Fita Detalhe - pag. 10). Desses arquivos gerou o Demonstrativo X1 - Operações de Saídas de Mercadorias - Vendas conforme constam em Cupons Fiscais emitidos por ECF pelo contribuinte (fls. 20 e 21), totalizando R\$6.433.781,15. Fala que ainda participa dessa Base de Cálculo, o Demonstrativo X2 - Operações de Saída de Mercadorias - Vendas conforme constam em NF-e emitidos pelo contribuinte (fls. 22 e 23), totalizando R\$241.378,50. A soma desses dois Demonstrativos representa a Coluna B1 do Demonstrativo C1 - Receita Bruta Declarada Auferida (R\$6.675.159,65), que somada à nova Receita Bruta Omitida (R\$864.950,02), chega-se ao valor da Receita Bruta Total de R\$7.540.109,67 (vide Colunas B, C e D do ANEXO II, fls. 639 e 640).

Sugere que o Impugnante pode ter estranhado o valor total original do ICMS a pagar (R\$61.040,04) da Infração 02, mas ele foi devidamente explicado à sua contadora em três oportunidades (após o encerramento da fiscalização; depois da lavratura do auto de infração e durante o período de apresentação de Defesa).

Ademais, diz, a própria descrição dos fatos já traduz a realidade "contribuinte deixou de pagar ou pagou a menor o ICMS - Simples Nacional, em virtude de ter incorrido em erro na determinação da Base de Cálculo e das Alíquotas aplicáveis", conforme Demonstrativo C2, e isso está demonstrado através do ANEXO V (vide fls. 666 a 682), o qual esclarece fazendo as seguintes considerações:

- i-* que o contribuinte durante todos os exercícios de 2015 a 2017 vinha declarando a sua receita através dos PGDAS em valores bem inferiores ao devido, totalizando R\$3.390.318,48 (colunas B e C do ANEXO V);
- ii-* que em setembro de 2018 o contribuinte retificou todas as suas declarações colocando os mesmos valores, inclusive os centavos, do Relatório de Informações TEF fornecido pela Sefaz, com exceção para os meses de novembro e dezembro de 2017, declarados a menos. Valores dos PGDAS após retificação R\$4.791.823,60, valores TEF R\$4.892.175,90 (colunas D, E e F do ANEXO V);
- iii-* que parece que o contribuinte ou o seu contador não entende que o valor que deve ser declarado no PGDAS é o total de todas as suas vendas (cartão de débito, crédito, dinheiro, cheque, boleto, etc.) e não somente das vendas com cartão;
- iv-* que só as vendas em dinheiro representaram em média 20% do total de suas vendas conforme o Relatório SIAF fornecido pela própria empresa na sua Defesa (Coluna D do ANEXO IV, fls. 665);
- v-* que o total das vendas auferidas pelo contribuinte conforme seus documentos fiscais emitidos foi de R\$6.675.159,65 (coluna G do ANEXO V e Demonstrativos X1 e X2);
- vi-* que foi acrescentado à Receita Bruta Total o valor de R\$864.950,02, referente a Receita Bruta Omitida (coluna I do ANEXO V), totalizando, assim, R\$7.540.109,67;
- vii-* que a diferença entre os valores declarados à Receita Federal através dos PGDAS retificados em setembro de 2018 e os valores reais obtidos através dos documentos fiscais emitidos mais a receita bruta omitida no levantamento do roteiro TEF, totaliza uma diferença de R\$2.748.286,07 (coluna J do ANEXO V);
- viii-* que o valor encontrado e cobrado como ICMS -Simples Nacional a pagar (R\$60.990,06) é justamente a diferença entre os valores do ICMS declarado nos PGDAS nas retificadoras de setembro de 2018 (R\$24.626,07) para o valor do ICMS Devido (R\$84.762,40) após o levantamento fiscal (Demonstrativo C2, fl. 661);

ix- que é óbvio a informação da Defendente quando diz que ao ser considerado pelo preposto fiscal uma receita maior do que de fato houve, automaticamente ocorre a alteração da faixa do Simples Nacional em razão da mudança da base de cálculo e suas alíquotas;

x- que foi explicado para contadora e para a sócia da empresa, no momento da assinatura do Auto de Infração, que o Estado da Bahia estava cobrando a sua parte (ICMS), mas o contribuinte deveria fazer uma nova retificadora declarando os reais valores de vendas encontrados nos seus documentos fiscais emitidos (cupom fiscal e NF-e, coluna G do ANEXO V) pois os outros Entes tiveram os seus tributos recolhidos a menos;

xi- e, por fim, quem teve "**prejuízos financeiros**" não foi o contribuinte e sim a União e o Estado da Bahia com o recolhimento a menos no Simples Nacional.

Após as considerações informa, o valor do ICMS a pagar da Infração 02 (vide ANEXO III) passa de R\$61.040,04 para R\$60.990,06, em decorrência do abatimento de R\$49,98, referente aos cupons fiscais que foram acatados no levantamento fiscal da Infração 01 e que foram excluídos da Receita Bruta Omitida.

Quanto ao questionamento da multa e juros, diz estarem em conformidade com a legislação da espécie (LC 123/06 e Lei Federal 9430/96).

Conclui pedido que o AI seja julgado parcialmente procedente.

Intimado para conhecer a Informação Fiscal, o sujeito passivo se manifesta às fls. 688-696 apenas acostando cópia: 1) da sua Impugnação original; 2) da Informação Fiscal do autuante.

À fl. 712, o autuante reitera o teor da Informação Fiscal.

VOTO

Como relatado, o Auto de Infração acusa o cometimento de 02 (duas) infrações.

Pois bem. Antes de adentrar-me na apreciação de mérito do lançamento em revisão neste Órgão Administrativo Judicante, compulsando os autos, verifico: a) conforme documentos de fls. 04, 08, 30, 685 e 686, bem como do que se depreende o teor da Impugnação, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§), 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas, determinadas com segurança, bem como identificado o infrator; e) têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 05-31 e 629-683), constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Ressalto que os elementos de provas autuados informam que a ação fiscal ocorreu mediante a utilização do PRODIFE – sistema de auditoria homologado pela SEFAZ por ser constituído dos parâmetros estabelecidos na legislação específica do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresas e Empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional, especialmente LC 123/2006 e Resolução CGSN 94/11, atualizada e substituída pela Resolução 140/2018.

Tratando-se de contribuinte optante do Simples Nacional, a exação fiscal decorre de obrigação tributária liquidada por Autoridade Fiscal competente do Ente tributante (COTEB: art. 107, §3º), mediante regular procedimento administrativo, cujos elementos determinantes previstos no art. 142 do CTN (ocorrência do fato gerador; determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e multa proposta) constam claramente identificados nos autos.

Vê-se nos autos que, apresentando extenso relatório emitido pelo seu sistema interno que denomina "SIAF", ao qual, em diversas vezes afirma confiar, nele especificando os cupons emitidos para os exercícios 2015 e 2017, mas concordando com as divergências apontadas pela

fiscalização para 2016 e, também, apontando no Demonstrativo “Z” da autuação (demonstrativo que informa a presunção da omissão de receita resultante do cruzamento individual do Relatório Diário de Operações TEF com os correspondentes documentos fiscais emitidos e registrados na Memória de Fita Detalhe – MFD), cupons + NFs, documentos fiscais emitidos e não considerados no levantamento fiscal, o Impugnante alega que a acusação fiscal “não condiz com a verdade”, especialmente porque os valores tidos como omitidos já integraram aqueles declarados nas PGDAS.

Ademais, protesta quanto ao caráter confiscatório da multa e juros, pedindo que sejam reduzidos para 2% e 1% a.m., respectivamente.

Sem questão preliminar suscitada, passo ao mérito do caso.

De logo, observo que a acusação decorre de receitas de vendas de mercadorias tributáveis, não declaradas pelo contribuinte nos PGDASD transmitidos à SEFAZ.

Ressalto que, por lei, os arquivos eletrônicos encaminhados pelos contribuintes à SEFAZ devem refletir a real movimentação empresarial com repercussão tributária. Geram, portanto, repercussões jurídicas que provam a favor e em contra do emitente.

O sujeito passivo teve ciência do início do procedimento fiscal que, sendo vinculado à lei, rege-se pelo princípio inquisitório. Portanto, partindo das informações contidas no banco de dados do sujeito ativo, ainda que a colaboração do contribuinte seja interessante na maioria dos casos, prescinde de participação do contribuinte fiscalizado, já que objetiva conferir o correto cumprimento das obrigações tributárias por parte do autuado.

Nesse sentido, leciona Hugo de Brito Machado Segundo:

“Essa é a razão pela qual se diz que o contribuinte pode defender-se do auto de infração contra si lavrado, mas não tem, necessariamente, oportunidades de defesa antes da feitura do lançamento, em face da mera fiscalização em seu estabelecimento, por exemplo, até porque o procedimento de fiscalização tem por fim uma mera conferência do cumprimento espontâneo da norma tributária, e não a solução de uma lide. Lide poderá haver em momento posterior, se for o caso, na hipótese de ser efetuado um lançamento” (Processo Tributário, 3ª Ed. Editora Atlas).

Assim, embora não se exija que um procedimento de fiscalização assegure prévia oportunidade de defesa ao contribuinte, para que a relação jurídica de crédito e débito nascida com o lançamento tributário, entre os sujeitos ativo e passivo da relação se efetive, a Autoridade Fiscal deve seguir um procedimento calcado na legalidade (lei formal).

Do mesmo modo, sob pena de cometer ilegalidade, quando requerido o contribuinte deve exhibir seus livros, documentos e controles fiscais e contábeis (CTN: Art. 195).

Do que consta nos autos, vejo que o lançamento em sede de revisão neste órgão administrativo judicante, bem como o processo administrativo que o conduz, atenderam aos princípios de regência, tais como: Legalidade, Inquisitório, Devido Processo Legal e seus corolários de Ampla Defesa e Contraditório.

É de se ter em vista, tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

A exação da Infração 01 decorre de constatado recolhimento de ICMS a menos que o devido em função de omissão de saída de mercadoria tributável, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito/débito, em valor inferior ao informado por Instituições Financeiras e Administradoras de Cartões – Sem dolo, apurada mediante utilização do sistema de auditoria PRODIFE, em que se confronta o imposto devido com o declarado pelo

contribuinte nos documentos do Simples Nacional, cruzando analiticamente as operações presentes no Relatório Diário das Operações TEF com os documentos fiscais (Cupons e Notas Fiscais emitidos) e constantes nos registros do SPED (EFD, MFD, PGDAS) elaborados pelo contribuinte, informando recebimento da venda via cartões, sintetizado no Demonstrativo “C1”.

Para essa infração, assim se apresenta a legislação de enquadramento:

RICMS-BA/2012

Art. 319. O Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional obedecerá ao disposto na Lei Complementar Federal nº 123, de 14/12/2006, às resoluções do Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e, no que couber, as normas da decreto_2012_13780_ricms_texto.doc legislação do ICMS.

LC 123/06

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

Art. 21. Os tributos devidos, apurados na forma dos arts. 18 a 20 desta Lei Complementar, deverão ser pagos:

I - por meio de documento único de arrecadação, instituído pelo Comitê Gestor;

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.

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

Art. 34. Aplicam-se à microempresa e à empresa 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.

Art. 35. Aplicam-se aos impostos e contribuições devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS.

Lei Federal 9.430/96

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

A exação da Infração 02 decorre de falta de recolhimento de ICMS em razão de considerar nos documentos do Simples Nacional, receitas de venda de mercadorias não sujeitas ao Regime de Substituição Tributária como se o imposto já tivera sido antecipado, alterando a faixa de faturamento e consequente alíquota aplicada/declarada pelo contribuinte nas suas PGDAS, também apurado mediante aplicação do sistema de auditoria PRODIFE, sintetizado no Demonstrativo “C2”.

Para essa infração, assim se apresenta a legislação de enquadramento:

LC 123/06

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

§ 4º O contribuinte deverá considerar, destacadamente, para fim de pagamento, as receitas decorrentes da: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

*I - revenda de mercadorias, que serão tributadas na forma do Anexo I desta Lei Complementar;
(Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*

*II - venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte, que serão tributadas na forma do Anexo II desta Lei Complementar;
(Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*

*III - prestação de serviços de que trata o § 5º-B deste artigo e dos serviços vinculados à locação de bens imóveis e corretagem de imóveis desde que observado o disposto no inciso XV do art. 17, que serão tributados na forma do Anexo III desta Lei Complementar;
(Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*

*IV - prestação de serviços de que tratam os §§ 5º-C a 5º-F e 5º-I deste artigo, que serão tributadas na forma prevista naqueles parágrafos;
(Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*

*V - locação de bens móveis, que serão tributadas na forma do Anexo III desta Lei Complementar, deduzida a parcela correspondente ao ISS;
(Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*

*VI - atividade com incidência simultânea de IPI e de ISS, que serão tributadas na forma do Anexo II desta Lei Complementar, deduzida a parcela correspondente ao ICMS e acrescida a parcela correspondente ao ISS prevista no Anexo III desta Lei Complementar;
(Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*

*VII - comercialização de medicamentos e produtos magistrais produzidos por manipulação de fórmulas;
(Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*

*a) sob encomenda para entrega posterior ao adquirente, em caráter pessoal, mediante prescrições de profissionais habilitados ou indicação pelo farmacêutico, produzidos no próprio estabelecimento após o atendimento inicial, que serão tributadas na forma do Anexo III desta Lei Complementar;
(Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*

b) nos demais casos, quando serão tributadas na forma do Anexo I desta Lei Complementar.

Art. 35. Aplicam-se aos impostos e contribuições devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS.

Lei Federal 9.430/96

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

Pois bem. No regime de apuração do Simples Nacional, identificando-se irregularidade, como nesse caso, há imbricação entre as infrações, representando verdadeira simbiose, pois, ainda que distintas, associam-se no mesmo caso, como claramente explica a Autoridade Fiscal autuante na Informação Fiscal.

Analisando os demonstrativos autuados, na Infração 01, conforme o de fl. 12 (“C1”), do cruzamento indicado na descrição retro efetuada, em todo o período fiscalizado, apurou-se originalmente omissão de receita de R\$903.685,90, por saída de mercadorias tributáveis e não tributáveis que, a segregando, depurou-se a receita tributável (Coluna “J”), aplicou-se a alíquota pertinente (Coluna “H”) para exigir o ICMS devido no total de R\$15.537,09 (Coluna “M”).

Na Infração 02, o demonstrativo suporte é o de fl. 11 (“C2”). Neste, refez-se a tributação tendo por base de cálculo a receita acumulada auferida em 12 meses com suas consequentes alíquotas para efeito de conferência do ICMS declarado nas periódicas PGDAS, conforme determinado no artigo 18, §§4º, I a IV, 4º-A, arts. 12, 13 e 14, da LC 123/06, mas incorporando os valores omitidos por período, de modo que os valores da Infração 01, majorando a base de tributação da receita tributável efetiva que, sendo maior que a declarada, pode implicar em mudança de correspondente alíquota, exigindo-se imposto complementar, como foi o caso, conforme exposto na coluna “O” do demonstrativo “C2”, somando originalmente R\$61.040,00.

Então, vê-se nos demonstrativos autuados o pleno atendimento das disposições acima e o correto enquadramento das infrações, todas constatadas mediante auditoria com uso do sistema PRODIFE, homologado pela SEFAZ por ser constituído dos parâmetros estabelecidos na legislação específica do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresas e Empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional, especialmente LC 123/2006 e

Resolução CGSN 94/11, atualizada e substituída pela Resolução 140/2018.

Ainda que haja a informação não contestada de que, diligentemente, no curso da fiscalização a Autoridade Fiscal autuante tenha informado a prepostos do sujeito passivo as irregularidades em três ocasiões, na oportunidade da Informação Fiscal, corretamente, o autuante acolheu as pertinentes contraprovas apresentadas junto à Impugnação, quais sejam, documentos fiscais correspondentes a alguns pagamentos via cartões constantes das informações TEF, originalmente não considerados, comprovando emissão de correspondente documentação fiscal para R\$38.735,88, equivalente a 4,29% da receita omitida. Refez, os demonstrativos suportes das infrações, ajustando a exação pelo cometimento e subsistência parcial da Infração 01, cuja exação passou de R\$15.537,09 para R\$14.491,42 (Demonstrativo “C1”, fl. 659), e da Infração 02, passando de R\$61.040,04 para R\$60.990,06 (Demonstrativo “C2”, fl. 661), valores que por nada a ter que reparar, acolho, com os seguintes demonstrativos de débito:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq	Multa	Vlr Histórico
Infração 01					
31/01/2015	20/02/2015	82.391,09	2,58%	75%	2.125,69
28/02/2015	20/03/2015	60.455,67	2,82%	75%	1.704,85
31/03/2015	20/04/2015	20.700,35	2,84%	75%	587,89
30/04/2015	20/05/2015	884,67	2,87%	75%	25,39
31/05/2015	20/06/2015	610,45	2,87%	75%	17,52
30/06/2015	20/07/2015	200,98	3,07%	75%	6,17
31/07/2015	20/08/2015	677,52	3,07%	75%	20,80
31/08/2015	20/09/2015	620,65	3,10%	75%	19,24
30/09/2015	20/10/2015	24,19	3,10%	75%	0,75
31/10/2015	20/11/2015	59,17	3,38%	75%	2,00
30/11/2015	20/12/2015	31,66	3,38%	75%	1,07
31/12/2015	20/01/2016	31,09	3,41%	75%	1,06
31/01/2016	20/02/2016	35,94	3,45%	75%	1,24
29/02/2016	20/03/2016	55,13	3,41%	75%	1,88
31/03/2016	20/04/2016	354,55	3,41%	75%	12,09
30/04/2016	20/05/2016	995,31	3,41%	75%	33,94
31/05/2016	20/06/2016	406,74	3,41%	75%	13,87
30/06/2016	20/07/2016	272,43	3,41%	75%	9,29
31/07/2016	20/08/2016	492,96	3,41%	75%	16,81
31/08/2016	20/09/2016	423,19	3,45%	75%	14,60
30/09/2016	20/10/2016	46,67	3,45%	75%	1,61
31/10/2016	20/11/2016	1.244,06	3,45%	75%	42,92
30/11/2016	20/12/2016	3.357,10	3,45%	75%	115,82
31/12/2016	20/01/2017	4.734,78	3,45%	75%	163,35
31/01/2017	20/02/2017	2.868,12	3,45%	75%	98,95
28/02/2017	20/03/2017	7.855,36	3,45%	75%	271,01
31/03/2017	20/04/2017	15.372,75	3,45%	75%	530,36
30/04/2017	20/05/2017	21.555,46	3,48%	75%	750,13
31/05/2017	20/06/2017	42.182,76	3,48%	75%	1.467,96
30/06/2017	20/07/2017	61.622,51	3,51%	75%	2.162,95
31/07/2017	20/08/2017	15.871,23	3,51%	75%	557,08

31/08/2017	20/09/2017	4.101,99	3,51%	75%	143,98
30/09/2017	20/10/2017	10.014,92	3,82%	75%	382,57
31/10/2017	20/11/2017	25.555,50	3,82%	75%	976,22
30/11/2017	20/12/2017	27.490,13	3,85%	75%	1.058,37
31/12/2017	20/01/2018	32.519,22	3,85%	75%	1.251,99
Total da Infração					14.591,42
Infração 02					
31/01/2015	20/02/2015	101.656,98	2,58%	75%	2.622,75
28/02/2015	20/03/2015	72.513,83	2,82%	75%	2.044,89
31/03/2015	20/04/2015	103.665,49	2,84%	75%	2.944,10
30/04/2015	20/05/2015	82.964,46	2,87%	75%	2.381,08
31/05/2015	20/06/2015	75.924,04	2,87%	75%	2.179,02
30/06/2015	20/07/2015	68.890,55	3,07%	75%	2.114,94
31/07/2015	20/08/2015	116.590,23	3,07%	75%	3.579,32
31/08/2015	20/09/2015	46.569,68	3,10%	75%	1.443,66
30/09/2015	20/10/2015	3.055,81	3,10%	75%	94,73
31/10/2015	20/11/2015	1.364,50	3,38%	75%	46,12
30/11/2015	20/12/2015	2.068,64	3,38%	75%	69,92
31/12/2015	20/01/2016	426,10	3,41%	75%	14,53
31/03/2016	20/04/2016	3.321,11	3,41%	75%	113,25
31/05/2016	20/06/2016	128,45	3,41%	75%	4,38
31/07/2016	20/08/2016	2.246,92	3,41%	75%	76,62
31/08/2016	20/09/2016	4.834,49	3,45%	75%	166,79
30/11/2016	20/12/2016	68.954,49	3,45%	75%	2.378,93
31/12/2016	20/01/2017	69.588,70	3,45%	75%	2.400,81
31/01/2017	20/02/2017	66.173,62	3,45%	75%	2.282,99
28/02/2017	20/03/2017	137.113,62	3,45%	75%	4.730,42
31/03/2017	20/04/2017	155.078,55	3,45%	75%	5.350,21
30/04/2017	20/05/2017	111.923,85	3,48%	75%	3.894,95
31/05/2017	20/06/2017	186.124,14	3,48%	75%	6.477,12
30/06/2017	20/07/2017	161.730,77	3,51%	75%	5.676,75
31/07/2017	20/08/2017	23.469,80	3,51%	75%	823,79
31/08/2017	20/09/2017	3.348,15	3,51%	75%	117,52
30/09/2017	20/10/2017	14.571,47	3,82%	75%	556,63
31/10/2017	20/11/2017	45.873,56	3,82%	75%	1.752,37
30/11/2017	20/12/2017	51.327,01	3,85%	75%	1.976,09
31/12/2017	20/01/2018	69.490,39	3,85%	75%	2.675,38
Total da Infração					60.990,06

Quanto à multa e juros, firmo que são os legalmente previstos para sancionar o cometimento das infrações detectadas.

Por tratar-se de matéria estranha ao caso a ser tratada em procedimento próprio e específico, deixo de analisar o pedido de recredenciamento para postergação de recolhimento de ICMS por antecipação parcial.

Por falta de previsão legal à apreciação, o pedido de redução de multa e juros fica prejudicado.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233082.0025/18-8**, lavrado contra **TOK COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$75.581,48**, acrescido de multa de 75%, previstas nos arts. 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06 e c/c I, do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF à Distância, 30 de julho de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR