

A. I. Nº - 298628.0008/20-7
AUTUADO - MERCADINHO MENDES LTDA. - EPP
AUTUANTE - DJALMIR FREIRE DE SÁ
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 19.04.2021

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0016-05/21-VD

EMENTA: ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). Fato demonstrado nos autos. Os valores dos TEFs não foram impugnados pela defesa. Apuração do ICMS pelo regime normal, aplicando-se a alíquota de 18%. Na peça impugnatória o contribuinte contesta que o imposto foi calculado incorretamente, visto que a empresa se encontrava inserida no Regime Simples Nacional, após ter sanado dívida com a Receita Federal do Brasil. Os documentos acostados ao processo revelam a existência de pendências fiscais com o Estado da Bahia e o Município de Salvador, que o impediam de ser reinserido no Simples Nacional no período objeto do levantamento fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 27/03/2020, para exigir ICMS no valor principal de R\$233.233,31, contendo a seguinte imputação fiscal a seguir descrita:

Infração 01 – 05.08.01 – Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Ocorrência verificada entre os meses de janeiro/2017 a dezembro/2018.

Serviram de lastro probatório da acusação fiscal: Demonstrativo de pagamento de ICMS a menor por erro na aplicação da alíquota – proporcionalidade apurada com base nas entradas – Operações TEF 2017 e 2018; Termos de Intimação Fiscal; Relatórios de dados cadastrais do contribuinte; Relatórios resumo de arquivos EFD/OIE; Relatório de Informações TEF de 2017 e 2018; Recibo de arquivos eletrônicos; e, CD (mídia digital) contendo arquivos de dados. Documentos juntados ao PAF entre as fls. 08 a 18.

Na composição do débito lançado no Auto de Infração consta os valores das receitas auferidas pelo contribuinte através das operações pagas através de cartões de crédito/débito, extraídas das informações obtidas junto às operadoras de cartão (TEFs), considerando a proporção de saídas

tributadas, encontrando-se então a base de cálculo do ICMS, que após aplicação da alíquota de 18%, resultou no valor do imposto, sendo deduzido em seguida o tributo que já se encontrava recolhido pelo contribuinte, apurado na sistemática do Simples Nacional, resultando no saldo a recolher, por período mensal.

O sujeito passivo foi notificado do presente lançamento de ofício pela via eletrônica, através do DTE (Domicílio Tributário Eletrônico), manifestando a sua ciência em 04/06/2020.

Defesa protocolada em 31/07/2020, subscrita por advogado, devidamente habilitado a atuar neste processo através do instrumento de procuração. Inicial defensiva apensada entre as fls. 24/33 dos autos, complementada pelos documentos inseridos às fls. 34 a 198.

Após fazer resumo da acusação fiscal e destacar a tempestividade da peça impugnatória, o autuado passou a apresentar os argumentos de fato e de direito que no seu entender afastam as cobranças lançadas pela autoridade fiscal.

Inicialmente a defendente afirmou que a presente imposição tributária tem origem na não aceitação unilateral, pelo Estado da Bahia, quanto ao reconhecimento do Regime de Tributação (Simples Nacional), no período alcançado pelo lançamento. Ressaltou que os valores cobrados são indevidos já que a empresa sempre pertenceu ao Simples Nacional, tendo recolhido regularmente os tributos devidos nesta sistemática nas competências que integram a autuação (período entre os meses de 01/2017 a 12/2018).

Detalhou que houve à época, equivocado indeferimento do seu pedido de inclusão no Simples Nacional, razão pela qual protocolou contestação administrativa, junto à Receita Federal do Brasil. Nesta oportunidade informa que procedeu à regularização de débitos fiscais que impediam a empresa de se inserir no regime simplificado, não faltando esforços para que solucionasse as pendências com o fisco, resultando ao final na inconteste liquidação de todas dívidas, conforme processo administrativo anexo e documentos correlatos (decisão referente à impugnação empresarial apresentada junto à Receita Federal do Brasil - RFB – doc. fls. 197/198).

É consignado na citada decisão do fisco federal, que em 13/02/2017, foi identificada pendência fiscal deste contribuinte perante a RFB, de natureza não previdenciária, além de pendência cadastral e/ou fiscal com o município de Salvador e com o Estado da Bahia. Em decorrência foi emitido pela RFB Termo de Indeferimento da Opção do Simples Nacional, pois constatada a existência de débito fiscal com exigibilidade não suspensa.

O órgão fazendário federal, ao se manifestar sobre a impugnação empresarial, constatou que o débito que motivou o indeferimento já encontrava liquidado em 19/12/2016, não havendo motivo para se manter a decisão que obstava a opção da empresa pelo Simples Nacional. Extinto débito fiscal caberia a revisão de ofício do indeferimento por erro de fato. Todavia, na decisão da RFB, exarada somente em dezembro de 2018, foi ressaltado que a inclusão do contribuinte no Simples Nacional seria processada somente após liberação das pendências cadastrais e fiscais com o Município de Salvador e com o Estado da Bahia, em conformidade com as disposições do art. 109 e seus §§ 4º, 5º, 6º e 7º, da Resolução CGSN (Comitê Gestor do Simples Nacional) nº 94/2011, vigente à época da ocorrência dos fatos, com a seguinte redação:

***Art. 109.** O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federado que efetuar o lançamento do crédito tributário, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, caput)*

(...)

***§ 4º** O ente federado que considerar procedente recurso administrativo do contribuinte contra o indeferimento de sua opção deverá registrar a liberação da respectiva pendência em aplicativo próprio disponível no Portal do Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput e § 6º; art. 39, §§ 5º e 6º)*

§ 5º Na hipótese do § 4º, o deferimento da opção será efetuado automaticamente pelo sistema do Simples Nacional caso não tenha havido pendências com outros entes federados, ou, se existirem, após a liberação da última pendência que tenha motivado o indeferimento. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput e § 6º; art. 39, §§ 5º e 6º)

§ 6º Na hipótese de provimento de recurso administrativo relativo à solicitação de opção efetuada antes da implantação do aplicativo de que tratam os §§ 4º e 5º, o ente federado deverá promover a inclusão do contribuinte no Simples Nacional pelo aplicativo de registro de eventos, desde que não restem pendências com outros entes federados. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, caput e § 6º; art. 39, §§ 5º e 6º)

§ 7º O ente federado, independentemente dos registros em seus sistemas próprios, deverá registrar, no sistema de controle do contencioso em nível nacional, as fases e os resultados do processo administrativo fiscal relativo ao lançamento por meio do AINF, bem como qualquer outra situação que altere a exigibilidade do crédito tributário por ele exigido. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º).

Na sequência, a defesa, a partir da documentação juntada nos autos, afirmou que de acordo com seu histórico cadastral é e sempre foi contribuinte do SIMPLES, desde 2007 (13 anos aproximadamente), e que processou os recolhimentos do imposto devido ao Estado da Bahia dentro desta sistemática, entre janeiro/2017 a dezembro/2018, conforme comprovantes de pagamentos (DAS), anexos a inicial.

Disse ser imperioso que o Estado da Bahia reconheça a boa-fé da autuada e sua regularidade em relação à opção pelo Regime Simplificado, instituído pela Lei Complementar 123/2006. Argumenta que a presente autuação funda-se em equivocado entendimento quanto ao regime de tributação a ser aplicado, vez que sobre as receitas de vendas de mercadorias, informadas pelas operadoras de cartão de crédito/débito, o ICMS foi recalculado, pelo autuante, na sistemática de tributação normal, através da aplicação da alíquota de 18%.

Sustenta ainda ser imprescindível a conversão do feito em diligência para a apuração dos valores já recolhidos no Regime do Simples Nacional, relativos ao ICMS das competências descritas na peça de lançamento.

Anexados no processo, pela defendente, os seguintes documentos: a) procuração “ad judícia”; b) contrato social; c) cartão CNPJ; d) cópia do Auto de Infração e correspondentes demonstrativos; e) Extrato contendo os dados cadastrais do contribuinte perante a SEFAZ-Ba, emitido em 27/03/2020; f) Relatório de consulta de arquivos EFD; g) Relatórios TEF anual de 2017 e 2018; h) extratos do Simples Nacional ; i) Termo de Deferimento da Opção do Simples Nacional, com efeitos a partir de 01/01/2019; j) Declaração de Informações Socioeconômicas e Fiscais (DEFIS); Documentos de Arrecadação do Simples Nacional; k) Impugnação e decisão da RFB quanto ao indeferimento de inclusão do contribuinte no Simples Nacional; entre outros documentos, inseridos entre as folhas 34 a 198.

Pede ao final que a presente Impugnação seja acolhida para se declarar a IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração em lide.

Informativo Fiscal prestado pelo autuante em 02/09/2020, peça processual juntada às fls. 199-B/200. Após fazer uma síntese das alegações defensivas, o Auditor Fiscal responsável pelo lançamento declarou que os argumentos da impugnante não devem prosperar visto que:

- a) Os fatos alegados pertencem à gestão administrativa, portanto, são estranhos à competência da auditoria que realizou o lançamento fiscal;
- b) A fiscalização foi realizada de forma regular com base em uma Ordem de Serviço e que durante todo o período de execução dos trabalhos a empresa apresentava em seu cadastro a informação de que havia sido excluída do Simples nacional em 31/12/2016 e somente retornou a esse regime de apuração em 01/01/2019, conforme demonstrado na fl. 11 do Auto de Infração;

- c) Considerando que nos exercícios de 2017 e 2018 a autuada encontrava-se excluída do Simples Nacional, a autuação foi realizada com base no regime de apuração normal do ICMS.

VOTO

O Auto de Infração em exame, contém uma única imputação fiscal envolvendo a cobrança de ICMS sobre as operações de venda de mercadorias, cujas receitas são originárias de informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, tendo por base probatória, os TEF fornecidos pelas instituições financeiras (operadoras de cartão). O levantamento fiscal abrangeu os meses de janeiro a dezembro dos exercícios de 2017 e 2018.

O contribuinte, em relação a essas operações, afirma que efetuou o pagamento do imposto estadual dentro da sistemática de apuração do Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123/2006, e regulado pelas Resoluções do Comitê Gestor do Simples Nacional, conforme atestam os documentos de arrecadação juntados ao PAF e consultas realizadas por esta Relatoria ao sistema de arrecadação da SEFAZ, disponíveis na rede interna da SEFAZ-Ba.

A Auditoria Fiscal, por sua vez, procedeu a apuração do imposto, sobre as receitas não declaradas, dentro da sistemática da tributação normal, aplicando a alíquota de 18% sobre a base imponível, considerando que o contribuinte foi excluído do regime simplificado em 31/12/2016, e somente em 01/01/2019, foi novamente inserido no Simples Nacional.

Inicialmente, indefiro o pedido da defesa de remessa do PAF para a realização de diligência, considerando que nos autos, estão presentes elementos fático-probatórios suficientes para que esta Relatoria possa exarar uma Decisão de mérito, com destaque para as provas documentais juntadas pelas partes, conforme restará demonstrado mais à frente. Ademais, no tocante às receitas que serviram de base imponível para o levantamento fiscal o contribuinte não contesta os números que integram os Demonstrativos da autuação, declarando que procedeu os recolhimentos sobre esses valores com base no regime de apuração simplificado.

De acordo com o que foi trazido aos autos, o sujeito passivo foi excluído do Simples Nacional em 2016, por apresentar débitos não quitados e pendências cadastrais perante os fiscos Federal, Estadual e Municipal. Essas pendências foram resolvidas junto à Receita Federal do Brasil, através de liquidação de débito em dezembro de 2018, conforme se encontra detalhado na Decisão exarada pelo órgão federal, documento juntado às fls. 197/198. Porém, na referida Decisão administrativa, foi observado que ainda remanesciam questões fiscais e cadastrais que deveriam ser resolvidas perante o Município de Salvador e o Estado da Bahia, para que o contribuinte pudesse ser novamente inserido no Regime de Apuração Simplificado.

Somente após a solução dessas pendências, é que foi processada a reinclusão do contribuinte no Cadastro do Simples Nacional, em cumprimento ao que se encontra normatizado no art. 109 da Resolução nº 94, do Comitê Gestor do Simples Nacional, norma transcrita no Relatório, parte integrante deste Acórdão.

Essa reinclusão no Simples Nacional, no que se refere às três esferas de competência, incluindo o Estado da Bahia, somente ocorreu em 01/01/2019, de acordo com o documento juntado às fls. 123/124, denominado “Termo de Deferimento pelo Simples Nacional”.

Portanto, no caso em exame, não poderia o sujeito passivo, nos exercícios de 2017 e 2018, ter apurado e pago o ICMS devido ao Estado da Bahia através do Regime de Apuração do Simples Nacional, visto que ainda restava solucionar pendências junto às Receitas Estadual (Bahia) e Municipal (Salvador).

Nessas circunstâncias, o presente lançamento de ofício está em conformidade com a legislação de regência vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, visto que o ICMS deveria ter sido pago pelo regime normal, conforme previsto nos arts. 24, 25 e 26 da Lei nº 7.014/96.

Isto posto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº. **298628.0008/20-7**, lavrado contra **MERCADINHO MENDES LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$233.233,31**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96, e dos demais consectários legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE / RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR