

A.I. Nº - 151936.0015/19-9
AUTUADO - JILVANDO REIS MARTINS - EPP
AUTUANTE - IVONE SANTOS TOSTA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/10/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0185-04/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. a) CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido. Infração não elidida; b) RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA. UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA A MENOR. b.1) VENDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS NORMALMENTE CONSIDERADAS COMO SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Declaradas nulas as infrações tendo em vista que no levantamento fiscal foi aplicada metodologia em desacordo com a Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, gerando insegurança na determinação das infrações e dos valores eventualmente devidos, além da ocorrência de cerceamento ao direito de defesa do contribuinte. Indeferido o pedido de realização de Perícia Fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 27/05/2019, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 50.356,35, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

Infração 01 - 17.02.01 - Efetuou recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte- Simples Nacional, implicando desta foram, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor no período de fevereiro de 2016 a dezembro 2017, no valor de R\$ 14.393,94, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da Lei Complementar 123/06, art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, de 27/12/96, com redação dada pela Lei 11.488 de 15/06/07.

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 valor de R\$ 17.279,90, no período de janeiro de 2014 a novembro de 2017, acrescido da multa de 75%, prevista nos artigos 34 e 35 da Lei Complementar 123/06, art. 44, da Lei Federal nº 9.430/96, de 27/12/96, com redação dada pela Lei 11.488 de 15/06/07.

Infração 03 - 17.04.01 - Deixou de recolher 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, no valor de R\$ 18.682,51, no período de janeiro de 2014 a novembro de 2017, acrescido da multa de 75%, prevista nos artigos 35 da Lei Complementar 123/06, art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, de 27/12/96, com redação dada pela Lei 11.488 de 15/06/07.

O autuado apresentou defesa (fls.47 a 49), transcrevendo inicialmente o teor das infrações e apresenta as suas considerações, no sentido de que efetuou parcelamentos do tributo simples nacional, conforme relatório, em anexo, contendo as competências declaradas e devidamente parceladas junto à Receita Federal.

Solicita o não prosseguimento da penalidade a ele atribuída no auto de Infração, e, se vencidas as preliminares, solicita a realização de revisão fiscal para verificação da realidade e dos seus argumentos.

A fiscal designada a prestar a informação fiscal às fls.59/60, após transcrever o teor das infrações, assevera que a defesa não traz aos autos provas capazes de ilidir o feito fiscal, não apontando de forma concreta, específica e objetiva quaisquer erros, falhas e/ou inconsistências em valores e/ou cálculos do levantamento fiscal, que resultou na apuração do ICMS exigidos no auto de infração.

A autuada anexou ao PAF uma cópia de um recibo de adesão ao parcelamento do Simples Nacional. Evidentemente de débitos existentes para com a Receita Federal do Brasil, por ter feito declarações no PGDAS de acordo com a sua conveniência na época.

A seguir faz as seguintes considerações:

No exercício de 2014 os totais informados pelas administradoras de cartões de crédito / debito foi de R\$ 371.346,14, enquanto as Notas Fiscais Emitidas foram no valor foi de R\$ 194.794,55. Por outro lado, a autuada declarou no PGDS uma receita total com Substituição Tributária no valor de R\$ 668.971,03, porém, quando foi feito a apuração Receita Total da Empresa, foi considerado a Receita Declarada, Receita de Prestação de Serviço e mais a Omissão da Receita Apurada pelo TEF, num total de R\$ 845.642,62. Ocorre que a Receita sem Substituição Tributária, que antes foi omitida pela autuada, passou a ser o valor de R\$ 451.374,71 e a Receita com Substituição Tributária passou a ser o valor de R\$ 394.267,91, (Fls. 13, 16 e 17).

No exercício de 2015 o total informado pelas administradoras de cartões de crédito/debito foi de R\$ 514.512,97, enquanto as Notas Fiscais Emitidas o valor foi de R\$ 155.885,00. Por outro lado, a autuada declarou no PGDS uma receita total com Substituição Tributária no valor de 754.901,86, quando foi feito a apuração Receita Total da Empresa, foi considerado a Receita Declarada, Receita de Prestação de Serviço e mais a Omissão da Receita Apurada pelo TEF, num total de R\$ 1.115.024,43. Ocorre que a Receita sem Substituição Tributária que antes foi omitida pela autuada, passou a ser o valor de R\$ 468.708,13 e a Receita com Substituição Tributária passou a ser o valor de R\$ 646.316,30, (Fls. 21, 24 e 25).

No exercício de 2016 o total informado pelas administradoras de cartões de crédito/debito foi de R\$ 486.030,76, enquanto as Notas Fiscais Emitidas o valor foi de R\$ 118.931,00. Por outro lado, a autuada declarou no PGDS uma receita total sem Substituição Tributária no valor de 563.115,69 e com Substituição Tributária o valor de R\$ 84.494,19. Pois bem, quando foi feito a apuração Receita Total da Empresa, foi considerado a Receita Declarada, Receita de Prestação de Serviço e mais a Omissão da Receita Apurada pelo TEF, num total de R\$ 1.018.723,64. Ocorre que a Receita sem Substituição Tributária declarada pela autuada, passou a ser o valor de R\$ 964.920,52 e a Receita com Substituição Tributária passou a ser o valor de R\$ 53.803,12, (Fls. 28, 31 e 32).

No exercício de 2017 o total informado pelas administradoras de cartões de crédito/debito foi de R\$ 150.725,29, enquanto as Notas Fiscais Emitidas o valor foi de R\$ 99.316,00. Por outro lado, a autuada declarou no PGDS uma receita total sem Substituição Tributária no valor de 491.449,60 e com Substituição Tributária o valor de R\$ 9.492,55. Pois bem, quando foi feito a apuração Receita Total da Empresa, foi considerado a Receita Declarada, Receita de Prestação de Serviço e mais a Omissão da Receita Apurada pelo TEF, num total de R\$ 574.076,02. Ocorre que a Receita sem Substituição Tributária declarada pela autuada, passou a ser o valor de R\$ 561.638,61 e a Receita com Substituição Tributária passou a ser o valor de R\$ 12.437,41, (Fls. 36, 39 e 40).

Em seguida diz que o AUDIG é a ferramenta oficial da SEFAZ. Neste sistema são inseridas todas as informações fornecidas pela autuada e outras constantes no sistema da SEFAZ, tipo (Notas Fiscais de Entrada e Saída, ICMS recolhido, Declaração no PGDAS - Programa Gerador do Documento de

Arrecadação do Simples Nacional e TEF). O cruzamento das informações/batimento é feito através das Notas fiscais de Entrada (CFOP), para que o sistema AUDIG possa determinar a proporcionalidade devida das mercadorias com Substituição Tributária, (fls. 17, 24, 32 e 40).

Evidentemente que todas as vendas foram efetuadas pela autuada através de emissão de Nota Fiscal, e o sistema AUDIG exclui qualquer outra operação que não esteja com o CFOP adequado. As Notas Fiscais quer seja com o CFOP de Retorno, Substituição em Garantia e Remessa para Troca, Prestação de Serviço ou qualquer outra, foram excluídas da Base de Cálculo.

Assevera que a autuada foi indicada para ser fiscalizada, visto que suas vendas estavam com grande divergência nas declarações prestadas pela autuada no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional da Receita Federal do Brasil. Evidentemente, a autuada desconhece também o RICMS, bem como a Legislação do Regime Simplificado Nacional - SIMPLES NACIONAL, quando solicita dentre outros a nulidade do auto de infração, ao mesmo tempo vem ao longo dos anos cometendo tamanha irregularidade tributária, certamente para fugir do pagamento do ICMS Simples Nacional, com nítida intenção de não ser alcançada pelo Fisco Estadual.

Quanto ao queixume de que foi feito parcelamento dos tributos Simples Nacional e que está devidamente parcelado junto à Receita Federal, não tem nenhuma relação com as infrações cometidas pela autuada. Entende que a autuada fez o parcelamento ao bel prazer, de acordo com sua conveniência e contendo declarações inexatas.

Nos exercícios de 2014 e 2015, declarou todas as mercadorias como se fosse da substituição tributária, e que também nos exercícios de 2014, 2015, 2016 e 2017 o valor informado pelas administradoras (TEF) está substancialmente superior com a emissão de documentos fiscais. Assim, fica claro e cristalino que a autuada usou de disposição de espírito que inspira e alimenta ação maldosa, quando ao longo dos anos tentou desaparecer sem que ninguém percebesse com suas irregularidades tributaria, visto que dissimulou informações que afetem os tributos estaduais que deveriam ser pagos ao governo, a fim de obter redução de valores.

Finaliza opinando pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, ter cometido as seguintes infrações:

Infração 01 - 17.02.01 - Efetuou recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte- Simples Nacional, implicando desta foram, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor no período de fevereiro de 2016 a dezembro 2017, no valor de R\$ 14.393,94;

Infração 02 - 17.03.16 - Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão e crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões – Sem dolo, no valor de R\$ 17.279,90;

Infração 03 - 17.04.01 - Deixou de recolher 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, no valor de R\$ 18.682,51, no período de janeiro de 2014 a novembro de 2017 acrescido da multa de 75%.

Da análise dos documentos que compõe os autos, constato para embasar as acusações fiscais foram elaborados os demonstrativos de fls.13 a 43.

Fazendo um exame detalhado dos citados demonstrativos observo que a “Receita total apurada do estabelecimento da empresa, demonstrada no “Anexo 2-A” folhas 17, 24, 32, e 40, exercícios de

2014; 2015; 2016 e 2017, respectivamente, foram obtidas através do somatório mensais das seguintes rubricas: “RECEITA DECLARADA MANTIDA (RDM)”, RECEITA DE PREST. DE SERVIÇO MANTIDA”, “OMR- OMISSÃO DE RECEITA APURADA PELO TEF CARTÃO”.

A título de exemplo transcrevo os dados relativos ao mês de março de 2016, fl.32:

RECEITA DECLARADA MANTIDA (RDM)	RECEITA DE PREST. SERVIÇOS MANTIDA	DBC - DIFERENÇA DE BASE DE CÁLCULO	RECEITA TOTAL APURADA
68.582,60	939,00	36.855,55	106.344,15

Sobre a receita total apurada foi aplicado um percentual denominado “Prop. st” no caso 3,5922% e o resultado de R\$ 3.820,88, considerado como “Receita com substituição tributária”, que foi abatido da Receita Total Apurada, encontrando a “Receita sem ST” no valor de R\$ 102.524,07 (106.344,15- 3.820,88), conforme se observa nos demonstrativos de fls.32. Sobre tal valor foi aplicada a alíquota de 2,58%, encontrando-se o valor total do imposto a ser exigido de R\$ 2.645,12, que foi segregado da seguinte maneira:

1. R\$ 1.504,01 (infração 01 - 17.02.01);
2. R\$ 915,90 (infração 02 - 17.03.02)
3. R\$ 225,21 (infração 03 - 17.04.01)

Tendo em vista os fatos acima delineados constato as seguintes irregularidades:

Primeiramente não consta nos autos demonstrativos analíticos referentes às rubricas consideradas para a apuração da base de cálculo a saber: “RECEITA DECLARADA MANTIDA (RDM)”, “RECEITA DE PREST. DE SERVIÇO MANTIDA”, peças fundamentais para o deslinde da questão, principalmente porque para apuração da base de cálculo foram inseridos valores referentes à receita de prestação de serviços, sem especificar se são aquelas são tributados pelo ICMS.

Aliado a este fato observo ainda que foi calculado um índice de proporcionalidade das mercadorias sujeitas à substituição tributária e tributadas normalmente, para se apurar as receitas com e sem substituição tributária.

Considerando que a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 57/06 diz respeito exclusivamente às presunções de omissão de receitas, e no caso presente, no que se refere às infrações 01 e 03, trata-se de operações acobertadas com documentos fiscais, sendo que o procedimento a ser adotado seria, com base nos documentos fiscais emitidos, separar as mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária e a normalmente tributada. Após, calcular o imposto sobre os totais mensais das operações tributadas normalmente, com base nas respectivas notas fiscais, o que não ocorreu.

Estes equívocos importam na insegurança da apuração da base de cálculo do imposto, apuradas nas infrações 01 e 03 e cerceamento do direito de defesa, caracterizando nulidade insanável, nos precisos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA, razão pela qual julgo nulas as infrações 01 e 03.

Em relação à perícia requerida, pontuo que esta tem a finalidade de esclarecer fatos eminentemente técnicos, a ser realizada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o que não é o caso dos autos, já que não é necessário conhecimento especializado para o deslinde da questão, razão pela qual fica indeferida, com fulcro no art. 147, inciso II, alínea “a” do RPAF/BA.

Assim é que passo a análise da infração 02 que se relaciona a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartões observo que a mesma está fundamentada no § 4º do artigo 4º, inciso VI, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê *in verbis*: “O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de

cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Desta forma, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Portanto, a exigência fiscal está baseada em presunção estabelecida em lei, assim caberia ao autuado constituir prova em contrário, apresentando a correspondência entre os valores informados pela administradora de cartão e os documentos fiscais por ele emitidos.

Entretanto, verifico que na apresentação da defesa o sujeito passivo apenas informa que efetuou o parcelamento do tributo “Simples Nacional” junto à Receita Federal, apresentando cópias de Recibos de Adesão ao parcelamento junto ao Ministério da Fazenda, fls. 54 a 56, o que não pode ser acatado, pois certamente tais valores são oriundos de receitas efetuadas através de documentos fiscais emitidos pelo defendente e não declarados nas PGDAs, enquanto que, como esclarecido anteriormente, esta infração trata de uma presunção legal, indicando que o sujeito passivo declarou vendas na modalidade de cartão de crédito/debito, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, portanto não foram emitidos documentos fiscais.

Portanto, resta caracterizada a infração 02, tendo em vista que a declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, conforme determina o artigo 4º, § 4º, da Lei n. 7.014/96 e art. 34 da Lei 123/06, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção que não ocorreu no presente caso.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 17.279,90.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **151936.0015/19-9**, lavrado contra **JILVANDO REIS MARTINS - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 17.279,90**, acrescido da multa de 75%, prevista nos artigos 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06, inciso I do art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei Federal nº 11.488 de 15/06/07 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de setembro de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA