

A.I. Nº - 222829.0013/19-8
AUTUADO - FRANCISCO RODRIGUES GABRIEL
AUTUANTE - ADÉLIA HELENA RIBEIRO ESTEVES
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 29/11/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0233-02/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. MICROEMPRESA. **a)** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Apuradas diferenças das receitas comparadas com aquelas declaradas no PGDAS-D. Constatado omissão de valores que implicou na utilização de alíquotas inferiores às devidas e consequentemente na falta de recolhimento do ICMS; **b)** OMISSÃO DE RECEITA APURADA MEDIANTE LEVANTAMENTO FISCAL. Infrações comprovadas, de acordo com os demonstrativos elaborados pelo autuante; **c)** PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. APURAÇÃO POR MEIO DE LEVANTAMENTO DE VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatada a emissão de documentos fiscais cujos pagamentos ocorreram através de cartões de crédito e/ou débito em valores inferiores aos declarados nas informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito ou de débito; **d)** SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS NORMALMENTE INFORMADAS NA PGDAS-D COMO NÃO TRIBUTADAS. Infração comprovada. Autuada não elidiu as infrações. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 28/08/2019, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 45.447,38, acrescido de multa, pela constatação das infrações a seguir descritas.

INFRAÇÃO 01 – 17.02.01: Efetuou o recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas 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. Fatos ocorridos entre fevereiro de 2014 e dezembro de 2017. ICMS exigido R\$ 32.288,10, acrescido da multa de 75% tipificada no art. 35 da Lei Complementar nº 123/2006, art. 44, inc. I da Lei Federal nº 9.430/96, de 27/12/1996, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/2007.

Enquadramento legal: art. 21 da Lei Complementar nº 123/2006.

INFRAÇÃO 02 – 17.03.12: Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal – Sem dolo. Fatos ocorridos em maio de 2014 e maio de 2016. ICMS no valor de R\$ 612,09 acrescido de multa de 75% tipificada nos artigos 34 e 35 Lei Complementar nº 123, art. 44, inc. I da Lei Federal nº 9.430/96 com redação dada pela Lei Federal nº 11.488/2007.

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

INFRAÇÃO 03 – 17.03.16: Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões - Sem dolo. Fatos ocorridos em fevereiro de 2014 e novembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 31,05, acrescido de multa de 75% tipificada 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 11.488/07.

Enquadramento legal: art. 18 e inc. I do art. 26 da Lei Complementar nº 123/06 c/com art. 4º. § 4º da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 04 – 17.05.01: Deixou de recolher ICMS em razão de considerar receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo). Fatos ocorridos entre janeiro e dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 12.516,14, mais multa de 75%, prevista no art. 35 da Lei Complementar nº 123/2006, art. 44, inc. I da Lei Federal nº 9.430/1996 de 27/12/1996, com redação dada pela Lei Federal nº 11.488 de 15/06/2007.

Enquadramento legal: art. 18 da Lei Complementar nº 123/2006.

A autuada impugnou o lançamento, fls. 51 e 50, onde inicialmente fez um breve relato dos fatos e pleiteou a anulação do Auto de Infração aduzindo que não foi possível fazer a defesa em tempo hábil por conta de atraso nas informações das prestadoras de cartão, razão pela qual solicitou prazo extra para fazer os comparativos com a finalidade de entender os pontos da autuação e efetuar a defesa, no que diz não ter sido atendido, portanto, foi impossível fazer a defesa haja vista que desconhecia quaisquer irregularidades sobre a apuração do faturamento.

Aponta, após os exames dos documentos, que: **(I)** houve emissão de nota fiscal, com devido destaque do imposto; **(II)** que o faturamento é sempre maior que os da venda através de cartão débito/crédito referente à venda em espécie; **(III)** não tinha qualquer conhecimento sobre a divergência na alíquota do imposto cobrado, pois os DAS eram repassados pela contabilidade, mensalmente, que entendia estarem corretos; **(IV)** considera não lhe caber pesada punição, haja vista ter incorrido involuntariamente no erro apurado; **(V)** houve pouco tempo e inabilidade tanto da parte da autuada, quanto do responsável pela execução dos serviços; e **(VI)** não teria como pagar tal quantia, pois, pagar seria decretar sua falência por insolvência da empresa, além de outras consequências financeiras e de saúde física gerada pelo fato.

Conclui ser impossível realizar pagamento do valor exigido, pois inviabilizaria por completo o pequeno negócio, portanto, recorre a este órgão solicitando prazo para a devida apuração e regularização dos fatos e adicionalmente pede pela anulação do Auto de Infração.

A autuante ao prestar a informação fiscal às fls. 301 a 303, constatou que os argumentos apresentados são meramente protelatórios, não têm nenhum fundamento, além de não apresentar nenhum fato novo que justifique as irregularidades apontadas.

Quanto à preliminar de nulidade, diz ser totalmente descabida.

Ao abordar o mérito, afirma que a Fiscalização se respaldou nas normas tributárias, estando dentro da mais absoluta legalidade, prevista no ordenamento jurídico.

Ressalta que a autuada não trouxe aos autos provas capazes de ilidir o feito, que sustentem as suas alegações e não apontou 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 exigido.

Conta que a autuada foi indicada para ser fiscalizada, em decorrência de suas declarações prestadas no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - PGDAS, da Receita Federal estarem com divergências.

Salienta que a apuração da receita no Simples Nacional é mensal, em regime cumulativo implicando na utilização de alíquota maior. Considerando que em fevereiro de 2014 a autuada vendeu em cartão de crédito R\$ 19.815,37, e emitiu documentos fiscais no valor de R\$ 18.656,07, declarado no PGDAS, diz que o fato aponta uma omissão receita no valor de R\$ 1.159,30.

Acrescenta que em maio de 2014, a autuada emitiu através de documentos fiscais o valor de R\$ 29.394,19, tendo declarado no PGDAS o valor de R\$ 23.556,69, gerando uma diferença de base de cálculo no valor de R\$ 5.837,50. Por outro lado, a autuada não considerou a receita bruta acumulada nos últimos 12 meses, consequentemente estava aplicando uma alíquota menor, fls. 08 e 09, fato também observado em 2015.

Aponta que em maio de 2016 a autuada emitiu documentos fiscais no valor de R\$ 101.206,05 e declarou no PGDAS o montante de R\$ 33.748,48, gerando uma diferença de base de cálculo de R\$ 67.457,57, além de não considerar a receita bruta acumulada nos últimos 12 meses, consequentemente com a aplicação de uma alíquota menor, fls. 24 e 25, ocorrência que se repetiu em 2017.

Já em outubro de 2018, sinaliza que a autuada emitiu documentos fiscais no valor de R\$ 49.409,02 e declarou no PGDAS R\$ 43.800,67, gerando uma diferença de base de cálculo no valor de R\$ 5.608,35, além de declarar em PGDAS receita isenta ou imune, fls. 41 a 43.

Esclarece que o sistema AUDIG é ferramenta oficial da SEFAZ para fiscalizar as empresas enquadradas no Simples Nacional e por outro lado, a autuada ao longo dos anos vem cometendo tamanha irregularidade tributária, certamente para fugir do pagamento correto do ICMS - Simples Nacional, com nítida intenção de não ser alcançada pelo Fisco.

Acrescenta que no sistema AUDIG são inseridas todas as informações fornecidas pela autuada e outras constante no sistema da SEFAZ. O cruzamento das informações é feito para que se possa determinar a proporcionalidade devida das mercadorias com substituição tributária, conforme relatórios constantes do processo.

Salienta que a autuada desconhece também o RICMS/BA, bem como a legislação do Simples Nacional, quando pede nulidade do Auto de Infração.

Por fim, solicita que o Auto de Infração, seja julgado totalmente procedente, por ser de direito e justiça.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de quatro infrações à legislação tributária, tempestivamente impugnadas.

O sujeito passivo é contribuinte do ICMS, inscrito no Cadastro Estadual na condição de Microempresa, optante do Simples Nacional. Atua no ramo de restaurantes e similares.

Do início da ação fiscal o contribuinte foi cientificado em 03/07/2019, com o recebimento da Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais, assinada pelo contabilista responsável, fl. 08-B e cientificada da lavratura do Auto de Infração em 01/10/2019.

Constam anexados aos autos na forma impressa, os demonstrativos dos levantamentos fiscais que sustentam as infrações, elaborados pela autuante com base na escrituração fiscal do contribuinte, dos registros de notas fiscais emitidas e recebidas pelo contribuinte armazenados no Ambiente Nacional da Nota Fiscal Eletrônica além das informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito e de débito, por forma do art. 35-A da Lei nº 7.014/96.

A arguição de nulidade do lançamento se fundamentou apenas por considerar que o prazo de defesa foi insuficiente em razão de ter obtido as informações das operadoras de cartões de crédito e débito.

Ressalto que o prazo de defesa está previsto no art. 123 do RPAF/99 que assegura “ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.”, prazo que se mostra razoável, não podendo o contribuinte alegar ser insuficiente por motivos externos ao processo fiscalizatório.

Ademais, registro que o mesmo foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. As descrições dos fatos se apresentam de forma clara, é possível determinar com certeza a natureza das infrações, o autuado e o montante do débito tributário, assim como as multas sugeridas e os dispositivos legais e regulamentares tidos como infringidos.

Observo que o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração, descabendo o pedido de extensão do prazo para a apresentação da defesa, tendo em vista ser o prazo de sessenta dias encontra-se estabelecido na legislação, art. 23 do RPAF/99.

No mérito, as acusações fiscais implicaram na falta de recolhimento do ICMS no período de 2014 a 2017 no qual verifica-se nos registros da SEFAZ a inexistência de quaisquer recolhimentos a título de ICMS.

As infrações 01 e 02 decorreram da constatação pela agente Fiscal de erro na informação da receita, acrescido ao fato de o contribuinte ter considerado a receita bruta acumulada em menor valor, implicando na utilização de alíquota menor no cálculo dos impostos e contribuições.

Segundo o art. 3º, § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006, a receita bruta é assim definida.

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: (...)

§ 1º Considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

O valor devido mensalmente pelas empresas optantes pelo Simples Nacional é determinado mediante o cálculo da alíquota efetiva, a partir da aplicação das tabelas dos Anexos da Lei Complementar nº 123/2006.

Para efetuar o cálculo, o sujeito passivo deve utilizar a receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao do período de apuração - RBT12, não se confundindo com a Receita Bruta Acumulada - RBA de janeiro até o período de apuração, que serve para identificar se a empresa ultrapassou o limite máximo de receita bruta anual para ser uma empresa de pequeno porte, e, conseqüentemente, permanecer no Simples Nacional. Conhecida a RBT12, consulta-se, no Anexo em que devem ser tributadas as receitas, a faixa de receita bruta a que ela pertence. Identificada a faixa de receita bruta, descobre-se a alíquota nominal e a parcela a deduzir.

Conhecidas a RBT12, a alíquota nominal e a parcela a deduzir, calcula-se a alíquota efetiva, que é o resultado da aplicação da fórmula: $[(RBT12 \times \text{alíquota nominal}) - \text{parcela a deduzir}] / RBT12$.

O valor devido mensalmente, a ser recolhido pelo contribuinte, será o resultante da aplicação da alíquota efetiva sobre a receita bruta mensal auferida (regime de competência) ou recebida (regime de caixa), conforme opção feita pelo contribuinte.

O PGDAS-D é um aplicativo disponível no Portal do Simples Nacional na *internet* e serve para o contribuinte efetuar o cálculo dos tributos devidos mensalmente na forma do Simples Nacional e imprimir o documento de arrecadação – DAS.

O PGDAS-D foi disponibilizado para os períodos de apuração a partir de janeiro de 2012.

No presente caso, a Fiscal apurou as diferenças das receitas efetivamente apuradas e comparou com aquelas declaradas no PGDAS-D, nos demonstrativos impressos às fls. 14 a 39, valores que

implicou na utilização de alíquotas inferiores às devidas e consequentemente na falta de recolhimento do ICMS no período.

Na infração 03, foram apurados valores de vendas constatadas pela emissão de documentos fiscais cujos pagamentos ocorreram através de cartões de crédito e/ou débito que deveriam guardar compatibilidade com as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito ou de débito referentes aos valores de cada operação ou prestação efetuada pela autuada, através de seus sistemas de crédito, débito.

Foram identificadas omissões nos períodos de fevereiro de 2014 e novembro de 2018, nos valores declarados, que aplicada a proporção de mercadorias com substituição tributária em relação ao total das saídas, foram encontrados os valores a serem tributados.

Por fim, a infração 04 decorreu da constatação de ter o contribuinte declarado no PGDAS-D, saídas de mercadorias tributadas como se não tributadas fossem, exclusivamente no exercício de 2018, conforme demonstrativos, fls. 43 e 46.

Para elidir as infrações apuradas caberia a autuada apresentar fatos, documentos e provas capazes de desconstitui-las, o que não ocorreu, uma vez que a defesa apresentou apenas argumentos abordando questões periférica às infrações, implicando na aplicação do disposto nos artigos 141 a 143 do RPAF/99:

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Dessa forma, tenho as infrações como subsistentes.

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 **222829.0013/19-8**, lavrado contra **FRANCISCO RODRIGUES GABRIEL**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 45.447,38**, acrescido da multa de 75% , tipificada nos artigos 34 e 35 Lei Complementar nº 123, art. 44, inc. I 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, 22 de novembro de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR