

A. I. Nº - 232368.0004/11-3
AUTUADO - MADEIREIRA GOMES LTDA.
AUTUANTE - PEDRO PAULO CARNEIRO RIOS
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
INTERNET 10.02.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0025-05/12

EMENTA: ICMS. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES NACIONAL). **a)** OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. FALTA DE INCLUSÃO NO PGDAS DA RECEITA DE OPERAÇÕES COMO SE SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, CUJA TRIBUTAÇÃO OCORRE FORA DA SISTEMÁTICA DO SIMPLES NACIONAL. Restou comprovada a venda de mercadorias do regime normal como se incluídas no regime de substituição tributária com tributação concentrada em única etapa (monofásica) ou antecipação com encerramento de tributação. Infração subsistente. **b)** CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 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, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96). Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/05/2011, exige ICMS no valor total de R\$ 34.425,76 por falta de recolhimento em razão das irregularidades apontadas abaixo:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de recolher o ICMS em razão de considerar venda de mercadorias não sujeitas à Substituição Tributária por antecipação como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado. Feita a segregação da receita do contribuinte, conforme demonstrativos, à fl.10. Exercícios 2007/2010. Valor R\$ 34.232,06. Multa de 75%.

INFRAÇÃO 2 – Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões. Períodos de 2007/2010. Valor R\$ 193,70. Multa de 150%.

O autuado apresentou defesa às folhas 1062 a 1064, dizendo que verificando seus registros constatou que não cometeu a infração tendo em vista a sua atividade de comércio varejista de materiais de construção e cerca de 90% das mercadorias estão sujeitas ao regime da substituição tributária com o pagamento antecipado do ICMS.

Diz que a julgar pelos fatos é de se acreditar que não houve intenção de burlar a legislação.

Pede justiça e a improcedência do auto de infração.

O preposto fiscal presta sua Informação, fls. 1077/1079, alertando que o contribuinte não apresentou impugnação para a segunda infração e reitera os termos das razões para a infração 01.

Diz que, de forma sintética, o contribuinte refuta o lançamento, arguindo que quase toda a sua mercadoria está sujeita ao regime de substituição tributária. Observa, contudo, que utilizando toda a documentação das notas de saída, além dos cupons fiscais, elaborou demonstrativos para os exercícios 2007 a 2010 e segregou as saídas com tributação normal e aquelas antecipadas.

Explica que levantou os percentuais para substituição e normal aplicando às receitas do autuado, conforme demonstrativos anexos aos autos, mantendo integralmente a infração 1.

Diz, com relação à infração 2, que o autuado não se manifestou.

VOTO

O presente Auto de Infração exige ICMS apurado dentro do tratamento diferenciado e favorecido dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, optante pelo Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições – SIMPLES NACIONAL estabelecido pela Lei Complementar nº 123/06, decorrente da lavratura de duas infrações.

Na primeira infração, apurou-se que receitas de vendas de mercadorias foram consideradas de forma indevida como sujeitas ao regime de Substituição Tributária e segregada do programa gerador do DAS.

Na infração 2, a exigência é de omissão de saída de mercadoria tributável por presunção legal, através do levantamento de vendas com cartões de créditos ou débitos, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões. A infração não foi impugnada pelo sujeito passivo, tacitamente reconhecida, restando, pois, caracterizada, no valor de R\$ 193,70.

Compulsando os autos, inicialmente devo dizer que o procedimento fiscal foi desenvolvido em plena normalidade obedecendo aos preceitos legais, em especial aos atinentes ao devido processo legal. O auto de infração contém os requisitos previstos no art. 39 do RPAF. Conforme recibo de fl. 11, o contribuinte autuado recebeu cópia dos papéis de trabalho que sustentam a autuação, estabeleceu o contraditório, usando seu direito à ampla defesa, demonstrando conhecimento acerca da acusação fiscal, fazendo serem conhecidas suas razões com os elementos e argumentos de que dispunha. As infrações constatadas encontram respaldo nos artigos 18 e 26 da Lei Complementar nº 123/06, a multa aplicada prevista no art. 35, LC e art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96.

Ao impugnar o lançamento tributário, relacionado à infração 01, o autuado nega apenas o seu cometimento, em face à sua atividade de comércio varejista de materiais de construção e diz que 90% das mercadorias estão sujeitas ao regime da substituição tributária e ao ICMS antecipado.

O autuante há seu tempo, em contrário, elabora demonstrativo fiscal, a partir da documentação disponibilizada pelo próprio contribuinte autuado, materializando percentual diversos para as saídas com tributação normal e antecipada, apurando a falta de recolhimento do ICMS.

Analisemos a questão.

De pronto, ressalto que o impugnante não protesta quanto ao valor da exigência fiscal, apurada através das notas fiscais relacionadas nos demonstrativos colados aos autos, fls. 13 a 181 (todas emitidas pelo autuado com destino a contribuintes do ICMS neste Estado, conforme registros no Livro de Saída de fls. 905 a 1058).

Em se tratando de contribuinte enquadrado no SIMPLES NACIONAL, observa-se o regimento legal estabelecido no Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte instituído pela Lei Complementar nº 123/06, cujo tratamento tributário é regido pela Resolução nº 51/08 e a apuração mensal do ICMS (art. 13 da LC 123/06), com base nas receitas auferidas, feitas as exclusões legais.

De acordo com o art. 18, § 4º da LC 123/06, para fim de pagamento, o contribuinte do SIMPLES NACIONAL deverá considerar, destacadamente: I – as receitas decorrentes da revenda de mercadorias; II – as receitas decorrentes da venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte; III – as receitas decorrentes da prestação de serviços, bem como a de locação de bens móveis; IV – as receitas decorrentes da venda de **mercadorias sujeitas à substituição tributária** e tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), bem como, em relação ao ICMS, antecipação tributária com encerramento de tributação; V – as receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou da sociedade de propósito específico previsto no art. 56 desta lei (grifado).

Assim, as receitas relativas às operações sujeitas à **substituição tributária**, a tributação concentrada em uma única etapa (monofásica) e, em relação ao ICMS, a antecipação tributária com encerramento de tributação, que deverão ser tributadas em função dos objetos da substituição (§ 4º do art. 3º da Res. CGSN 51/08) e devem ser segregadas para tributação apartada, ou seja, fora do tratamento favorecido e beneficiado do SIMPLES NACIONAL (grifado).

Examinando os autos a partir desses pressupostos, constato que o autuante elaborou demonstrativos com as saídas do autuado de forma a evidenciar os percentuais de vendas consideradas normal e vendas por substituição tributária, essas, sim, excluídas no Programa Gerador do DAS (documento de arrecadação do Simples Nacional). Os percentuais encontrados foram utilizados na segregação das receitas normal e aquelas outras do regime de substituição tributária. Exercício 2007, fls. 35/39; 2008, fls. 78/85; 2009, fls. 122/135 e 2010, fls. 172/181.

Com base em tais demonstrativos, as receitas relativas a operações sujeitas à **substituição tributária** foram destacadas para fim de pagamento no Simples Nacional (art. 18, IV da LC 123/06) porque sua tributação ocorre fora da sistemática favorecida (§ 4º do art. 3º da Res. CGSN 51/08).

Observe que estando a empresa inscrita no cadastro de contribuintes do Estado e optado pelo Simples Nacional, quando praticar operações relativas à circulação de mercadorias submete-se a duas relações jurídicas:

- a) De contribuinte dos tributos instituídos pelo Simples Nacional, mediante documento único de arrecadação mensal, inclusive do ICMS, conforme previsto no art. 13, VII da LC 123/06;
- b) na qualidade de contribuinte ou responsável do ICMS regulamentado pela Lei nº 7.014/96 (relativo às exclusões previstas no art. 13, §1º, XIII da LC 123/06).

Assim sendo, as operações relativas à circulação de mercadorias são tributadas no regime simplificado (LC 123/06), inclusive do ICMS com percentuais progressivos de 1,25% a 3,95% (Anexo I) ou fora do regime simplificado com as exclusões previstas na mencionada Lei, submetendo-se a legislação estadual, no caso do Estado da Bahia pela Lei nº 7.014/96 com alíquotas (ou redução de base de cálculo) que variam de 4% a 38%. Em comum, são imunes as operações de exportação.

Nesse desiderato, restou apurado a falta de recolhimento de ICMS, em razão da venda de mercadorias do regime de tributação normal como se estivessem incluídas no regime de substituição tributário e o ICMS antecipado, em 2007, com demonstrativo às fls. 17/19; em 2008, demonstrativo de fls. 45/47; 2009, demonstrativo de fls. 91/93 e em 2010, demonstrativos de fls. 141/143, que totaliza a exigência de R\$ 34.232,06, nessa infração 01.

Voto 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 **232368.0004/11-3**, lavrado contra **MADEIREIRA GOMES LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$34.425,76**, acrescido das multas de 75% sobre R\$34.232,06 e 150% sobre

R\$193,70, previstas no art. 35 da LC nº 123/06 c/c art. 44, I e §1º, da Lei nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de janeiro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ ILDEMAR LANDIM – JULGADOR