

A. I. Nº - 232242.0002/11-2
AUTUADO - FLORICULTURA ROSA-FLOR LTDA.
AUTUANTE - MARIA AUXILIADORA VERGNE DIAS
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 24.02.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0037-04/12

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA DE MERCADORIA TRIBUTÁVEL. Observado no auto de infração confusão dos valores relativos a duas infrações: “Recolhimento a menos de ICMS por erro da informação da receita e/ou alíquota na DASN gerada pelo PGDASN” (código 17.02.01) e “Presunção de omissão de receita de mercadoria tributável (Cod. 17.03.02) em uma única, a de cód. 17.03.02”, produzindo vício insanável no lançamento tributário de ofício. Acolhida preliminar de nulidade. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 30/06/2011 para exigir ICMS no valor total de R\$28.264,63, em face de omissão de saída de mercadoria tributável, 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. Período: novembro e dezembro 2007, janeiro a dezembro 2008, janeiro a dezembro 2009 e janeiro a dezembro 2010. Multa 150% (art. 35 da LC 123/06; art. 44, I e §1º da Lei Federal 9.430/96, redação dada pela Lei 11.488/07).

O contribuinte apresentou impugnação às fls. 55/60 do PAF. Diz que a autuação não pode prosperar, porque eivada de nulidade insanável uma vez que a metodologia adotada torna impossível a determinação do débito tributário, pois imprescindível a incontroversa e correta identificação da base de cálculo para exigí-lo.

Afirma tratar-se de floricultura com objeto social de comércio varejista de plantas e flores, floricultura e cultura de mudas, enquadrada no CST 400 com ICMS-ISENTO porque opera em quase 100% com produtos com isenção. Assim, diz ele, a autuação incorreu em erro, pois imputando omissão de saída de mercadoria tributada com base em informação fornecida por administradora de cartão de crédito/débito, exige pagamento de ICMS adotando a generalização de base de cálculo, sem considerar o fato de que opera em quase sua totalidade com operações beneficiadas com isenção, na forma do art. 20 do RICMS/BA e, em última análise, a não emissão de cupom fiscal ou emissão em valor inferior, não implica em prejuízo para o estado.

Ressalta que sempre agiu de boa-fé, sem simulação, fraude ou dolo, mesmo com dificuldades impostas pelos custos da implantação da impressora fiscal e programa denominado CONTROL, único legalizado e autorizado pela SEFAZ. Aduz que este programa apresentava quatro opções de forma de registro de pagamento/recebimento: à vista, a prazo, cartão de crédito e cartão de débito, entretanto, a operação somente se validava para impressão com a opção “à vista, em dinheiro”, o que provocou distorções entre o informado pelas administradoras e os cupons impressos. Argumenta que é fácil aceitar tal justificativa porque não obteve benefício para proceder omissão de saídas, pois as mercadorias não são tributáveis.

Entende que se a infração é “omissão de saídas” deve considerar os aspectos excludentes relevantes para exibilidade de ICMS, se tais operações ou já se sujeitaram ao recolhimento do tributo por substituição tributária ou porque são isentas e não tributáveis.

Traduzindo parte da decisão, argumenta que a 2ª CJF, no Acórdão nº 0336-12/04, já enfrentou a questão. Diz juntar livro de Apuração de ICMS relativo ao período autuado, DMAS pertinentes (doc. 03) e relação dos produtos que opera (doc. 04).

Reitera a situação fática não considerada pela autuante que tão somente considera a informação prestada pela Administradora dos cartões cruzando com as informações registradas no ECF, como se a ele, autuado, omitisse saídas, deixando de atentar para o fato de que suas operações de comercialização são isentas em quase 100%.

Também ressalta que é inscrito no SIMPLES NACIONAL, não se sujeitando à tributação no regime normal, fato que por si só, entende, autoriza o cancelamento do auto de infração, havendo uma “inadequação do roteiro de fiscalização adotado pela autuante”, a exemplo do que já decidiu o CONSEF nos Acórdãos CJF nº 0208-12/05 e 0336-12/04.

Em conclusão, diz que emitiu cupons fiscais em todas as operações de vendas realizadas, embora não tenha registrado de forma distinta e individualizada as operações com cartão de crédito. Em segundo lugar, alega que mais de 90% das operações de vendas se sujeitam ao pagamento do ICMS antecipado, nada sendo devido nas operações de saídas, não havendo prejuízo para o estado, razões pelas quais requer seja o auto de infração julgado nulo ou improcedente.

A autuante presta informação fiscal (fls. 89-90). Diz sem razão a alegação defensiva de as operações de vendas serem de mais de 98% com produtos isentos e que houve generalização da base de cálculo sem considerar essa situação, pois o contribuinte foi autuado por omissão de saída de mercadoria tributável apurada por levantamento do valor das vendas feitas com pagamento com cartões e o valor informado pelas Instituições Financeiras e Administradoras de Cartões, sem que o contribuinte tenha “amarrado” os documentos correspondentes.

Argumenta que o art. 389 do RICMS determina que os contribuintes do Simples Nacional devem utilizar ECF nas vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes do ICMS e a presunção acusada é prevista no art. 4º, § 4º, VI, “b”, da Lei nº 7.014/96, que transcreve, razão pela qual deve ser mantida a autuação já que o autuado não trouxe ao PAF provas que respaldassem sua alegação defensiva.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração para exigir ICMS (R\$ 28.264,63) por omissão de saída de mercadoria tributável apurada por meio de levantamento de vendas pagas com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

O contribuinte se defendeu arguindo em preliminar a nulidade do lançamento por inadequação da metodologia adotada achando impossível a determinação do débito tributário, pois imprescindível a correta identificação da base de cálculo para exigí-lo.

Acolho a nulidade suscitada pela seguinte razão.

Embora a auditoria tenha sido corretamente desenvolvida com aplicação do sistema AUDIG de fiscalização, apurando-se os valores exigíveis como se vê nos demonstrativos de fls. 09 a 28, por decorrer de presunção legal de omissão de saída de mercadoria tributável, apurada por meio de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões (§4º, art. 4º da Lei nº 7.014/96 c/c art. 34 da LC 123/06), portanto, passível de ser elidida na forma prevista no art. 123 do RPAF, mediante comprovação documental que o valor da omissão presumida foi oferecido à tributação, tratando-se de contribuinte enquadrado no Simples Nacional, deve ser exigido ICMS decorrente da omissão presumida por duas infrações:

a.1) infração 01, código 17.02.01 correspondente ao recolhimento de ICMS menor que o devido em face de erro na informação da receita tributável lançada no PGDAS, cuja multa é 75% e que se refere à “insuficiência de recolhimentos dos tributos do Simples Nacional”, infração tipificada no inciso III do art. 14 da Resolução nº 30 do Comitê Gestor do Simples Nacional - cuja competência

para tratar dos aspectos tributários alberga-se na LC 123/06 (art. 2º, I) – exigível em face de recálculo fiscal do ICMS que o contribuinte deveria ter recolhido nos respectivos meses de competência do período fiscalizado em face da inclusão da receita tributável omitida nas DASN's que lhe serviram de base ao ICMS que efetivamente recolheu nos respectivos meses de competência, conforme demonstrativos de fls. 10, 11, 14 e 16, coluna “Omissão de recolhimento/Recolhimento a menor”;

a.2) infração 02, código 17.03.02, “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”, cuja multa é 150%, correspondente à infração “Omissão de Receitas” tipificada no inciso I do dispositivo citado, que tem o ICMS apurada pelo confronto dos valores das operações de vendas pagas através de cartões de crédito e/ou débito informadas pelas Administradoras em cumprimento da obrigação estabelecida no art. 35-A da Lei nº 7.014/96, com os respectivos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte para tais operações, conforme demonstrativos de fls. 07, 12, cujo ICMS exigível achase demonstrado nas planilhas de fls. 10, 11, 14 e 16, coluna “ICMS cartão”.

Neste lançamento em lide, embora o valor total da obrigação principal seja o mesmo, os valores exigíveis das duas infrações estão equivocadamente confundidos na infração 02 (cód. 17.03.02), o que constitui de insanável vício, conforme previsto no art. 18, IV, “a”, do RPAF, pois os valores exigidos e respectivas bases de cálculos não correspondem apenas à infração nele descrita e a multa proposta não é a aplicável em todos os valores. Assim, declaro nulo este lançamento tributário de ofício e com fundamento no art. 156 do RPAF, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal a salvo de falha.

Voto, portanto, pela total NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232242.0002/11-2**, lavrado contra **FLORICULTURA ROSA-FLOR LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de fevereiro de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR