

PROCESSO - A. I. Nº 210376.0003/11-6
RECORRENTE - FRANCISCA OSVALDINA MOREIRA DE SOUZA (DOCES SONHOS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0223-04/12
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 07.05.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0173-13/13

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração procedente. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Provado erro na informação da receita e alíquota aplicada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de apreciar o Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 4ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 04/06/2011, exigindo o ICMS no valor de R\$27.425,47, através das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos. Valor Histórico: R\$3.163,76 – Multa de 75%.
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. Valor Histórico: R\$24.261,71 – Multa de 150%.

Em, seu julgamento, a i. JJF adianta que foram atendidas todas as formalidades para a validade do lançamento em comento, eis que obedecidos os requisitos constantes no art. 39 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), com especial destaque quanto ao recebimento do Relatório TEF Diário de Operações, consoante Recibo firmado pelo autuado, de fl. 12-A.

Diz tratar-se de exigência do ICMS de empresa inscrita no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, pela constatação de duas infrações, sejam, por ter recolhido a menos ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota a menos, e por ter omitido saídas de mercadorias, o que foi verificado no levantamento das vendas com pagamento em cartão de crédito/débito. Esta verificação revelou vendas declaradas, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, conforme previsto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02; tudo conforme demonstrativos anexos ao PAF.

Cita que a opção pelo Simples Nacional implica na aceitação de um Regime Especial Unificado de Arrecadação, conforme previsto nos artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 123/06, e a forma de arrecadação é prevista no seu art. 18 e §§. Seu pressuposto básico é a “receita bruta”, quer para determinação da alíquota aplicável, como para a determinação da base de cálculo. Desta forma, o imposto calculado pelo Simples Nacional resulta de um montante sobre o qual se calcularão os diversos tributos e contribuições envolvidos.

Passa a i. Julgadora à análise da segunda infração, a qual trata de presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, firmando caber ao sujeito passivo a prova da sua improcedência. No caso, indica, caberia demonstrar ter oferecido à tributação os valores informados por aquelas instituições, o que se daria com a exibição de documentos fiscais

relativos a essas vendas efetuadas com pagamentos na modalidade em cartão de crédito ou de débito, a exemplo de Redução “Z” ou notas/cupons fiscais que contivessem identidades entre os valores e datas informadas no relatório TEF.

Alude não proceder a alegação do defendente de que as suas operações de vendas não poderiam ser novamente alcançadas pela tributação, por conta da antecipação das operações subsequentes relativas aos derivados da farinha de trigo, ocorrida nas saídas realizadas por fabricantes, importadores e contribuintes que as adquirem de outras unidades da federação (art. 506-C), cujo pagamento do imposto teria sido efetuado nas operações anteriores.

Indica que o autuante ao elaborar o levantamento fiscal, (relatórios de fls. 11 e 12, 13 a 22 e 29 a 33), discriminou, por mês, todos os valores lançados nas planilhas de notas fiscais emitidas (46 a 141), com a respectiva PROPORCIONALIDADE, apurada através de PGDAS, com dados declarados pelo próprio contribuinte, e os relatórios de fls. 15 e 20 e 31 apresentam a proporcionalidade das vendas tributadas apurada nos extratos PGDAS, fls. 144 a 202.

Constata que o autuado não comercializa apenas produtos da substituição, conforme declarou à Receita Federal, e o critério utilizado pelo autuante para a apuração dos débitos a recolher foi o mesmo utilizado pelo contribuinte, que sempre recolheu ICMS Simples Nacional, conforme consta do INC (sistema SEFAZ).

Diz da correção do autuante, ao aplicar a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, devendo sim, serem segregadas para tributação apartada, ou seja, fora do tratamento favorecido e beneficiado do Simples Nacional, as receitas relativas às operações sujeitas à substituição tributária e sujeitas à antecipação tributária com encerramento de tributação, art. 3º, § 4º da Resolução CGSN 51/08, e como não há reparos a serem feitos nos levantamentos relativos à infração 2, a mesma fica mantida na íntegra.

Julga também mantida a infração 1, a qual decorreu da inclusão das omissões de vendas, detectadas na infração 2, nos montantes mensais que foram acrescidos às receitas informadas pelo contribuinte para a apuração do faturamento real, obtendo-se novas faixas de Receita Bruta Acumulada e percentuais incidentes sobre a Receita Mensal, do que resultou a apuração do ICMS devido e comparado ao recolhido através do DASN, conforme demonstrado, cujas diferenças mensais a recolher foram separadas em; - omissão de saídas através de cartão de crédito, multa de 150%; e - recolhimento a menor, multa de 75%, consoante demonstrado às fls. 13 a 39 do PAF.

Informa a realização de diligência, a pedido da empresa, para que fosse comprovado o percentual de vendas relativo às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Porém não foi fornecido pelo sujeito passivo os elementos necessários para tal comprovação, bem como não foi efetivamente demonstrado qualquer equívoco na proporcionalidade apurada pelo auditor fiscal no levantamento originário.

A respeito da diligência, aponta a i. Julgadora que o autuante assevera que a citada proporcionalidade foi feita com base nos valores declarados pelo contribuinte em DASN/PGDAS - Extrato Simples Nacional anexos às fls. 144 a 202, tendo o mesmo acrescentado que a empresa autuada, com Inscrição Estadual nº 70.278.875 se encontra INAPTA, e que atualmente consta outra inscrição para o mesmo estabelecimento, que é a de número 96.511.326 de MAIRA FERREIRA MEDEIROS EPP, com a mesma denominação e no mesmo endereço.

Julga pela Procedência do Auto de Infração.

O Recurso Voluntário manejado pelo recorrente relata ao início que as informações prestadas pelo autuado nas DASN, à época, fez constar vendas indistintas, englobando produtos tributados e com antecipação do ICMS. E que a proporcionalidade foi aplicada pelo agente fiscal quando da autuação.

Indaga o recorrente se erro de fato pode transmutar-se em fato gerador do ICMS, e no lançamento fiscal a quem cabe o ônus de provar ocorrência do fato gerador.

A respeito do fato gerador, transcreve do CTN, os art. 113 e 114, aduzindo que enquanto não ocorra o fato gerador previsto em Lei, não cabe falar em obrigação principal e em pagamento do tributo.

Transcreve o art. 2º da LC nº 87/1996 do ICMS e uma coletânea de textos legais que esgotariam a hipótese do fato desse imposto.

Comenta, asseverando, que a Lei Complementar do ICMS não listou as hipóteses de erros de fato cometidos pelo contribuinte, ou qualquer expressão assemelhada, como suficientes à ocorrência de fato gerador desse tributo.

Assim, segue narrando, o equívoco do recorrente em preencher o DASN jamais poderá servir de parâmetro à exigência do ICMS, pois falta previsão legal.

Passa ao comentário da motivação, citando o art. 50 do RPAF/99, e destacando ser essa condição indispensável à validade do ato administrativo.

Acerca do ônus da prova em questões tributárias, transcreve a respeito, texto do professor Hugo de Britto Machado. Cita ainda e reproduz Acórdãos relativos ao RESP 30392 e 48516, de SP.

Retomando o comentário, aduz o recorrente que enquanto afirma que dá saída a produtos exclusivos de substituição tributária, o agente praticou lançamento fiscal com base proporcional firmada entre produtos tributados e os exclusivos de ST, declarados equivocadamente pelo próprio recorrente conforme retro mencionado.

Conclui o recorrente que o Auto de Infração em testilha é desprovido de motivação, fator indispensável à sua validade, e que cabe ao fisco o ônus de provar que o autuado dá saída a produtos tributados e seus valores.

Pede seja o presente Recurso Provido, reformando a Decisão para julgar improcedente o lançamento fiscal.

VOTO

Inicialmente, observo terem sido obedecidos os requisitos pautados no art. 39 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), e em especial, a entrega do Relatório TEF Diário de Operações, consoante Recibo firmado pelo autuado, de fl. 12-A. Da mesma forma, restou fornecida cópia da diligência ao autuado e concedido prazo de 10 dias para a manifestação, o que ocorreu conforme consta à fl. 486 do PAF. Na manifestação (fls. 487/8), o recorrente arguiu, desde a irresignação inicial, que os produtos com os quais comercializa (pães, bolos e tortas, também refrigerantes) são produtos abarcados pela ST, não restando de se coagir operações subseqüentes.

Presentes a este PAF, as seguintes acusações:

1. Não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos. Valor Histórico: R\$3.163,76 – Multa de 75%.
2. Presunção de omissão de saída de mercadoria tributada, 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. Valor Histórico: R\$24.261,71 – Multa de 150%.

Notório que o estabelecimento de valor da sujeição passiva decorreu de lançamento fiscal realizado com base em proporções, obtidas do confronto entre produtos tributados e os exclusivos de ST, declarados equivocadamente pelo próprio recorrente, conforme afirma, em suas DASNs.

Na busca da verdade material, o processo foi dirigido em diligência à Inspetoria de origem para que fossem adotadas as seguintes providências:

“Levantamento de todas as vendas mensais de mercadorias, segregando, das operações com tributação normal, as receitas relativas às operações com mercadorias sujeitas a substituição tributária ou com fase de tributação encerrada, inclusive as operações subseqüentes relativas aos produtos derivados da farinha de trigo;

Posteriormente, através da documentação fiscal comprobatória, o preposto fiscal homologue os dados do levantamento apresentado pelo contribuinte e com base nos mesmos refaça o levantamento fiscal, relativo às duas infrações, aplicando a proporcionalidade às mercadorias tributadas, para efeito de apuração do ICMS devido;

Em seguida, o órgão preparador deverá dar ciência ao sujeito passivo do resultado da diligência, fornecendo-lhe todos os documentos apensados pelo diligente, indicando o prazo de 10 (dez) dias para, querendo, se pronunciar. Após, o PAF deve ser remetido à autuante para apresentar nova informação fiscal.”

Manifestou-se o representante legal do contribuinte, fls. 487/488, citando as mesmas razões da defesa inicial, ou seja, *“prepara e dá saída, diretamente a consumidor final, produtos preparados à base de farinha de trigo, classificados no código 19.05, quais sejam, pães de especiaria, bolos e tortas.... dá saída a produtos com ICMS antecipado... derivados da farinha de trigo.... comercializa refrigerantes, produtos também substituídos”*.

Redunda no mesmo entendimento que *“não há segregação a ser demonstrada entre operações normais e com substituição tributária posto que todas as suas saídas foram contempladas por substituição tributária..., considerando que dá saída dos seus produtos, exclusivamente, a consumidor final, não há falar-se em operações subsequentes”*.

O agente fiscal em sua Informação às fls. 490/491, informa que o contribuinte foi intimado, (fl. 486), porém não atendeu aos ditames da diligência e reprisou o argumento de que somente comercializa produtos da substituição tributária. Novamente, cita o autuante, a proporcionalidade em comento já fora feita com base nos valores declarados pelo contribuinte em DASN/PGDAS - Extrato Simples Nacional anexos às fls. 144 a 202.

A generalidade das razões expendidas no Recurso voluntário, a ausência de provas, a insistente afirmação do enquadramento de seus produtos na ST, derivaram o seu contraditório; não se detiveram na defesa da acusação de presunção de saídas não contabilizadas, desta maneira as razões trazidas aos autos não tiveram o condão de elidir a presente acusação fiscal.

Não se desincumbiu o recorrente de apensar provas documentais, que levariam à inexistência da acusada omissão de saídas vista pelos informes do TEF; notadamente essas diferenças impactaram na infração 1, alterando a receita bruta declarada ao Simples Nacional, e em decorrência, surgindo o imposto ora reclamado.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NAO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210376.0003/11-6**, lavrado contra **FRANCISCA OSVALDINA MOREIRA DE SOUZA (DOCES SONHOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$27.425,47**, acrescido das multas de 75% sobre R\$3.163,76 e 150% sobre R\$24.261,71, previstas no art. 35, da LC nº 123/06, art. 44, I e §1º, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de abril de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

OSWALDO IGNACIO AMADOR - RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS