

PROCESSO - A. I. N° 152369.0008/10-0
RECORRENTE - MARIA DE LOURDES BORGES DA SILVA DE JUAZEIRO (IMPERIAL COSMÉTICOS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 234-01/12
ORIGEM - INFAS JUAZEIRO
INTERNET - 14/06/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0177-11/13

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)** 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. **b)** PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Não comprovada à alegação de que as mercadorias comercializadas tiveram imposto pago por antecipação. Ao inserir as receitas informadas pelas empresas administradoras de cartão de crédito, na DASN, restou comprovado o recolhimento a menos do imposto devido na condição de empresa do Simples Nacional. Afastada à preliminar de nulidade. Indeferido os pedidos de realização de perícia e diligência fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado, em 27/12/10, para exigir ICMS, no valor de R\$13.459,17, em razão dos seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento de ICMS referente a omissões de saídas de mercadorias tributadas, presumidas por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituições financeiras e/ou administradoras de cartão (janeiro/08 a dezembro/09 - R\$ 11.169,59 acrescido da multa de 150%).
2. Falta de recolhimento de valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos, (maio/08 a dezembro/09) - R\$ 2.289,58, acrescido da multa de 75%.

Na Decisão proferida pela 1ª JJF (fls. 401 a 406), preliminarmente foi afastada a nulidade suscitada do Auto de Infração sob o argumento de que foi cerceado seu direito de defesa, por entender que as infrações imputadas estão descritas de forma clara e precisa, permitindo exercer o direito de defesa.

Também, que o Auto de Infração está acompanhado de anexos, cujas cópias foram fornecidas e possibilitam entender as irregularidades apuradas e cálculos dos valores exigidos, tendo sido realizada diligência saneadora para fornecer ao sujeito passivo cópia dos relatórios diários por operação e reaberto o prazo de defesa, assegurando a empresa exercer o seu direito de defesa.

No mérito, apreciou que a presunção de omissão de saídas de mercadorias com base nas vendas realizadas por meio de cartão tem respaldo no art. 34 LC 123/06, que prevê aplicar se às microempresas e às empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional “*todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional*”.

Ao dispor sobre o momento da ocorrência do fato gerador do ICMS, a Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, no seu art. 4º, §4º, com a redação vigente à época dos fatos geradores tratados na autuação, prevê que a constatação da ocorrência de 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.

Visando elidir a presunção legal que embasa a autuação, o defendente afirma que as mercadorias que adquiriu tiveram o ICMS pago por substituição tributária e, portanto, não poderiam ser tributadas novamente, para que não se incidisse em bis in idem.

Efetivamente, o regime do Simples Nacional exclui da sua base de cálculo as receitas auferidas com mercadorias com fase de tributação encerrada por substituição tributária. Visando a busca da verdade material, o processo foi convertido em diligência para que a autuante, com base na escrita fiscal do autuado, segregasse as receitas auferidas pelo fiscalizado em “receita normal” e “receita com mercadoria enquadrada na substituição tributária”.

Em atendimento a diligência, a autuante informou que o autuado não tinha auferido receita com mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Notificado acerca do resultado da diligência, o autuado não mais abordou a questão das supostas mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, limitando-se a questionar a constitucionalidade das multas indicadas na autuação.

Acato o resultado da diligência pelos seguintes motivos: a) está em conformidade com os extratos do Simples Nacional acostados ao processo, nos quais o próprio autuado não informou a existência de receita auferida com mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária; b) está em consonância com os documentos probantes trazidos na diligência, os quais atestam que os recolhimentos efetuados sobre o código 1145 não eram referentes a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, mas sim meros equívocos do autuado no preenchimento dos documentos de arrecadação; c) o autuado sustentou em sua defesa que traria aos autos as comprovações do pagamento do ICMS devido por substituição tributária, porém até a data da sessão de julgamento não trouxe essas supostas comprovações; d) notificado acerca do resultado da diligência, o autuado manteve-se silente quanto às supostas aquisições de mercadorias com o pagamento do ICMS por substituição tributária.

Como o autuado não auferiu receitas com mercadorias com a fase de tributação encerrada por substituição tributária, não há o que se falar em bis in idem e nem há retificação a fazer nos levantamentos elaborados pela autuante.

Em sua defesa, o autuado faz referência a mercadorias cujas operações estariam isentas de ICMS e diz que as receitas auferidas com a venda dessas mercadorias deveriam ser excluídas da base de cálculo do Simples Nacional.

Esse argumento defensivo não merece prosperar, pois, nos termos do artigo 1º da Resolução GSN nº 51/08, a base de cálculo do imposto devido pelas empresas comerciais optantes pelo Simples Nacional é a receita bruta mensal. Dessa receita bruta mensal, apenas são excluídas as vendas canceladas, as devoluções de vendas, os descontos incondicionais concedidos e as receitas decorrentes de exportação ou de venda de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária com encerramento da fase de tributação. Não há, portanto, previsão para a exclusão da base de cálculo do tributo as receitas auferidas com vendas de mercadorias isentas. Ao optar por esse regime do Simples Nacional, o autuado fica obrigado a seguir os critérios previstos nesse regime. Assim, esse argumento defensivo não se mostra capaz de elidir as infrações em comento.

O tratamento dispensado no Parecer ASTEC Nº 063/2007 não se aplica ao autuado, haja vista que o defendente, no período abrangido pela ação fiscal, conforme ficou comprovado na diligência realizada, não comercializava com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

No que tange às multas indicadas na autuação, ressalto que as penalidades estão expressamente previstas em lei, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99. Do mesmo modo, o fato de ser o autuado uma microempresa não afasta a aplicação das sanções expressamente previstas na lei.

Em face ao acima exposto, a Infração 1 subsiste integralmente, 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, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, o que não foi feito.

A Infração 2 também resta caracterizada, uma vez que os demonstrativos acostados ao processo comprovam a ocorrência de pagamento a menos do imposto devido na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional. Os argumentos defensivos atinentes à isenção de mercadorias comercializadas e às notas fiscais trazidas ao processo não elidem a irregularidade imputado ao autuado, conforme me pronunciem ao apreciar a Infração anterior.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 418 a 430), o recorrente reapresentou praticamente as mesmas razões da defesa. Argumenta que as mercadorias adquiridas tiveram o ICMS pago por substituição tributária e não poderiam ser tributadas novamente, porque implica em *bis in idem*.

Quanto a infração 1, alega que devem ser deduzidos os valores consignados nas notas fiscais de entradas de mercadorias isentas ou com o imposto pago por substituição tributária, conforme o entendimento contido no Parecer ASTEC que juntou com a defesa.

Transcreve ementas de Acórdãos do CONSEF, que decidiram pela improcedência de autuações relativo a empresas que comercializavam exclusivamente mercadorias com a fase de tributação encerrada em razão do regime de substituição tributária, cuja receita não pode ser tributada de novo.

Ressalta que sendo optante do Simples Nacional, adquiriu mercadorias isentas e com o imposto pago pelo regime de substituição tributária, deve ser deduzido da receita a ser tributada.

Afirma que houve cerceamento do direito de defesa, pela inobservância do art. 41, II, do RPAF/99, ou seja, não apresentou provas que fundamentam a autuação.

Diz que o relatório de receita informada pela administradora de cartão de crédito, através de terminal eletrônico de fiscalização (TEF) indica receita superior a que foi informada na Declaração Anual do Simples Nacional (DASN), para presumir que omitiu receita tributável, mas que tal presunção seria válida se a autuante comprovasse:

- a) Que as mercadorias não tiveram o imposto pago por substituição tributária, fato que será demonstrado no processo com a juntada das notas fiscais de entrada com destaque do ICMS;
- b) Que não tinha recolhido o ICMS “antecipação parcial”, nem tiveram imposto pago por antecipação, fato que será provado mediante junção de DAEs ao processo.

Sustenta que diante da ausência de provas a infração 1, há um prejuízo na formulação da defesa e o Auto de Infração deve ser julgado nulo, nos termos do art. 18 do RPAF/BA e art. 5º, LV da CF88.

Discorre sobre os atos administrativos, cita texto de doutrinadores, transcreve decisões do CONSEF para reforçar o seu posicionamento de que não materializando a infração imputada, configura o cerceamento do seu direito de defesa por não apresentar provas da presunção de omissão de receita.

Arrazoa acerca de provas, lançamento, princípio da verdade material, e conclui que diante de ausência de provas do cometimento da infração, a mesma inexiste.

Finaliza requerendo a nulidade da autuação, e caso assim não entenda, que declare a improcedência.

A PGE/PROFIS foi dispensada de emitir Parecer em conformidade com o disposto no art. 136, “b” item 3 do RPAF/BA (valores inferior a R\$100.000,00).

VOTO

O recorrente suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que houve cerceamento do direito de defesa e que o lançamento implica em exigência do imposto em duplicidade.

Conforme apreciado na Decisão proferida pela primeira instância deste Conselho, as infrações imputadas estão descritas de forma clara e precisa, os demonstrativos evidenciam como o imposto exigido foi calculado, cujas cópias foram fornecidas ao sujeito passivo, inclusive realizado diligência fiscal, com reabertura do prazo de defesa. Tudo isso possibilitou ao sujeito passivo exercer o seu direito de defesa, motivo pelo qual fica afastada a nulidade suscitada.

Quanto ao argumento de que o imposto está sendo exigido em duplidade, afirmando que as mercadorias objeto da autuação tiveram o pagamento do ICMS antecipado, por estarem submetidas ao regime de substituição tributária, trata-se de razão de mérito, que passo a apreciar.

Constatou que esse argumento já foi apreciado na Decisão proferida pela 1ª JJF, ao afirmar que o regime do Simples Nacional prevê exclusão da sua base de cálculo das receitas auferidas com mercadorias com fase de tributação encerrada por substituição tributária. E que, em busca da verdade material, converteu o processo em diligência para que a autuante, procedesse a segregação das receitas em “*receita normal*” e “*receita com mercadoria enquadrada na substituição tributária*”.

A fiscalização, na segunda informação fiscal, esclareceu que a empresa “*não tinha auferido receita com mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária*”. Informou que os comprovantes de recolhimentos efetuados com o código 1145 “*não eram referentes a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, mas sim meros equívocos do autuado no preenchimento dos documentos de arrecadação*”. Juntou cópias dos DAEs e de notas fiscais às fls. 233 a 378, para comprovar que se trata de mercadorias submetidas ao regime normal de tributação do ICMS.

Verifico que a 1ª JJF já apreciou tal argumento, e apesar do recorrente ter reapresentado o mesmo argumento da defesa, não apresentou qualquer documento ou prova nova capaz de modificar a Decisão ora recorrida. Portanto, não merece qualquer reparo a Decisão da Primeira Instância.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 152369.0008/10-0, lavrado contra MARIA DE LOURDES BORGES DA SILVA DE JUAZEIRO (IMPERIAL COSMÉTICOS), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$13.459,17, acrescido das multas de 150% sobre R\$11.169,59 e 75% sobre R\$2.289,58, previstas no art. 44, inc. I, §1º, da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS