

PROCESSO - A. I. Nº 436336.0031/12-8
RECORRENTE - COMERCIAL ATACADISTA HIPERFRUTAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0261-04/12
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 11.07.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0255-13/13

EMENTA: ICMS. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Os contribuintes inscritos no Simples Nacional não podem realizar operações amparadas por isenção ou por quaisquer outros benefícios fiscais. As receitas auferidas nas operações com produtos horti-fruti-granjeiros deverão integrar a receita bruta mensal do estabelecimento para fins de recolhimento mensal do imposto. Lei Complementar nº 123/06, art. 24 e RICMS-BA/97, art. 385. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente do Recurso Voluntário à Decisão relativa ao Auto de Infração lavrado em 20/06/2012, exigindo ICMS no valor de R\$27.594,21, através da seguinte infração: *“Deixou de recolher o ICMS em razão de saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais e escrituração na contabilidade, presumida pela constatação de suprimento de caixa sem a comprovação da origem do numerário, demonstrado pela existência de saldo credor na conta Caixa”* – Multa de 150%.

Presente aos autos, i. Relatora indica estar se exigindo 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 falta de recolhimento de ICMS, ocasionado por saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais e sem escrituração, cuja presunção deriva da verificação de suprimento de caixa sem a comprovação da origem do numerário, demonstrado pela existência de saldo credor na conta “Caixa” – conforme previsto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02, conforme demonstrativos anexos.

Segue relatando *“Constitui-se em infração ao simples nacional as presunções de omissão de saída, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar: saldo credor de caixa; suprimento a caixa de origem não comprovada; manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes; entradas de mercadorias ou bens não registradas; valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. Constitui-se infração para fins da Resolução CGSN nº 30 de 07 de fevereiro de 2008, toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, da ME ou EPP optante que importe em inobservância das normas do Simples Nacional, e também se considera ocorrida à infração quando constatada omissão de receitas.*

A opção pelo Simples Nacional por parte do contribuinte implica na aceitação de um Regime Especial Unificado de Arrecadação, conforme previsto nos artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 123/06, com forma de arrecadação é a prevista no seu art. 18 e §§, cujo pressuposto básico é a

“receita bruta”, quer para determinação da alíquota aplicável, como para a determinação da base de cálculo. Assim sendo, o valor do imposto calculado pelo Simples Nacional não perquire cada saída específica, mas um montante que servirá para o cálculo dos diversos tributos e contribuições envolvidos.

Quanto ao método de apuração, o autuante considerou o saldo inicial de Caixa zero, pois o contribuinte declarou que durante o ano de 2011 não efetuou qualquer atividade operacional, financeira ou patrimonial, consoante DASN de fl. 20.

O livro Caixa apurado está anexo nas fls. 22 a 35, e os saldos credores constantes na “Análise Resumo do Livro caixa” foram encontrados com base nas transferências, depósitos e/ou outros créditos de origem não comprovada apurados por meio de extratos bancários fornecidos pelo contribuinte.

O total da “omissão de caixa” foi transportado para o “Cálculo da Receita Apurada” (fls. 37/38) e encontrado o ICMS devido. Os pagamentos a fornecedores de 2011 estão listados nas fls. 41 a 44 e 178 a 180, cujas fotocópias de DANFEs e notas fiscais estão anexas, fls. 45 a 177.

Ademais, o Parecer DITRI nº 05931/2009, é elucidativo quanto ao questionamento trazido pela defesa com relação aos produtos horti-fruti-granjeiros, pois o Parecer Final à Consulta dispõe que “Os contribuintes inscritos no Simples Nacional não podem realizar operações amparadas por isenção ou por quaisquer outros benefícios fiscais. As receitas auferidas nas operações com produtos horti-fruti-granjeiros deverão integrar a receita bruta mensal do estabelecimento para fins de recolhimento mensal do imposto. Lei Complementar nº 123/06, art. 24 e RICMS-BA/97, art. 385.”

Portanto, a comercialização de produtos, tais como maçãs, não será desonerada do imposto e as receitas relativas a estas saídas devem integrar a receita bruta mensal auferida pelo estabelecimento para fins de recolhimento do Simples Nacional.

Igualmente, o sujeito passivo não apontou qualquer erro na apuração do imposto exigido, nem comprovou o recolhimento do crédito tributário apontado neste Auto de Infração, pelo que julgo procedente a infração.”

Julga pela Procedência do Auto de Infração.

O Recurso Voluntário apresentado tempestivamente pelo patrono do recorrente, a título de resumo da lide aponta, conforme na irresignação apresentada, que os produtos comercializados pelo recorrente receberam do estado da Bahia tratamento diferenciado com a concessão de Isenção, e, portanto está afastada a exigibilidade do imposto ora atacada, face à isenção concedida aos produtos frutícolas.

Indica que o COTEB explicita a competência estadual para disciplinar o ICMS sobre operações de circulação de mercadorias, sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, e de comunicações, por meio do Decreto nº 13780/2012. Alude a este tópico da isenção, aos art. 175, I e 176 caput do CTN, seguindo em seu comentário que o COTEB em seu art. 5º ratifica a necessidade legal da concessão de isenção tributária, bem como explana a possibilidade da celebração de Convênios com demais unidades federativas, e transcreve mencionado artigo.

Em decorrência indica o Convenio ICMS 44/75 no qual os participantes, inclusive a Bahia, concedem isenção a produtos hortifrutícolas em geral, com exceção apenas da fruta maçã, que em razão do anterior Convenio ICM 07/80 deixou de ser contemplada.

Esta fruta, a maçã, recebeu a concessão da isenção através do Convenio ICMS 94/2005 para alguns estados, só pelo Convenio ICMS 117/2010 a Bahia e Goiás aderiram ao mesmo. Foi dessa forma, segue o recorrente, que o art. 265, I, “j” do RICMS/BA disciplina serem isentas as saídas internas e interestaduais de maçãs e peras. Destaca que o Convenio ICMS 126/2007 já concedia a autorização para a isenção, sendo descartada a hipótese contrária.

Aduz o recorrente que o Programa gerador do documento de arrecadação do Simples Nacional (PGDAS), no que concerne ao ICMS, possibilita ao contribuinte a indicação de qual parcela não se sujeitará ao tributo, seja por imunidade, redução ou isenção, e como todos os produtos comercializados pelo contribuinte foram isentados do recolhimento do ICMS não há que se falar em sujeição tributária.

Apresenta o recorrente pedido de reforma da Decisão, com julgamento pela total improcedência do Auto de Infração em comento.

VOTO

A presente acusação exige 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 falta de recolhimento do imposto na promoção das saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais e sem escrituração. A presunção de omissões derivou da verificação de suprimentos ao caixa sem a comprovação da origem do numerário, demonstrada pela existência de saldo credor na conta “Caixa” – conforme previsto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02, conforme demonstrativos anexos às fls. 22 a 34, 39, 41 a 44, 45 a 177 e 178 a 180, todos relativos às DANFES capturadas consoante Registro de Entradas, e suas apropriações em Livro Caixa.

Referido livro Caixa foi composto unicamente pelas arroladas NFes, elegendo-se 30 dias d.d. de cada uma delas, para o vencimento de cada duplicata potencialmente correspondente. Quanto ao método de apuração, o autuante considerou o saldo inicial de Caixa zero, pois o contribuinte declarou, consoante a Declaração Anual (DASN) às fls. 20, que durante o ano de 2011 não efetuou qualquer atividade operacional, financeira ou patrimonial.

Na defesa, apresentada às fls. 222/227, o autuado unicamente pontuou que em momento algum comercializou qualquer espécie ou tipo de produto que não fosse de origem frutícola, e dentre estes, em grande proporção o fruto maçã.

Alegou assim o recorrente, a inocorrência que qualquer ilícito em suas operações e inexistência de justa causa para a lavratura da peça ora em combate, em síntese, pedindo pela nulidade do Auto de Infração em espeque, dada a existência incontestada da isenção do ICMS com referencia a produtos de origem frutícolas. Aduz que não restam presentes justificativas para o lançamento, portanto, indevida a ação fiscal.

Cita ser notória a exclusão da incidência do crédito tributário, pela isenção dada à operação, expressa no CTN, art. 175, I e 176 caput. Comenta conter o CTN a essencialidade de uma lei que concede isenção para variadas operações, à qual o COTEB, em seu art. 5º, guarda total simetria seja ratificando a necessidade legal da concessão de isenção tributária, seja ao explanar possibilidade de celebração de Convênios com outras unidades federativas.

No mérito, destaca que as mercadorias constantes das notas de entrada, são exclusivamente produtos frutícolas, em grande proporção, maçãs.

Pondera que pelo Convênio ICM 44/75 os Estados participantes, dentre os quais a Bahia, ajustaram dar isenção de ICMS a produtos hortifrutícolas em geral, sendo restringidas as saídas de produtos descritos no Convênio ICM 07/80. Dessa forma, apenas à maçã deixou de ser aplicada a isenção constante no Convênio ICM 44/75, por conta do advento do já referido Convênio ICM 07/80.

Segue narrando que com o advento do Convênio ICMS 94/2005, alguns Estados, convencionaram conceder a isenção de ICMS nas operações internas e interestaduais de maçã. Algum tempo após, em 2010, o Estado da Bahia, por meio do Convênio ICMS 117/2010, aderiu às disposições do Convênio ICMS 94/2005, incluindo nas isenções, a maçã.

Reproduziu a Decisão do CONSEF (4ª JF – A-0109-04/12 – PROCEDÊNCIA PARCIAL), enfatizando que da análise do referido Acórdão se observa o reconhecimento da isenção dos produtos comercializados, não cabendo se falar em crédito tributário.

Resta conhecida como infração, (Resolução CGSN nº 30 de 07 de fevereiro de 2008), toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, da ME ou EPP optante que importe em inobservância das normas do Simples Nacional, e também se considera ocorrida a infração quando constatada omissão de receitas.

A opção pelo Simples Nacional implica na aceitação de um Regime Especial Unificado de Arrecadação, previsto nos artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 123/06, com forma de arrecadação prevista no seu art. 18 e §§, cujo pressuposto básico é a “receita bruta”, a qual define a alíquota aplicável, bem como a determinação da base de cálculo. Assim sendo, o valor dessa “receita bruta” no âmbito do Simples Nacional servirá para o cálculo dos diversos tributos e contribuições envolvidos nesse Regime Especial.

Sirvo-me do entendimento trazido pelo Parecer DITRI nº 05931/2009, quanto ao questionamento esposado pela defesa com relação aos produtos hortifrutigranjeiros. O Parecer Final à Consulta dispõe que *“Os contribuintes inscritos no Simples Nacional não podem realizar operações amparadas por isenção ou por quaisquer outros benefícios fiscais. As receitas auferidas nas operações com produtos hortifrutigranjeiros deverão integrar a receita bruta mensal do estabelecimento para fins de recolhimento mensal do imposto. Lei Complementar nº 123/06, art. 24 e RICMS-BA/97, art. 385”*.

Visto, portanto, que a comercialização destes produtos, até como maçãs e peras, não será desonerada do imposto e as receitas relativas a estas saídas devem integrar a receita bruta mensal auferida pelo estabelecimento, para fins de determinações de alíquotas, bases de cálculos e recolhimento do Simples Nacional.

As exclusões aceitas ou previstas no Simples Nacional, dizem respeito apenas às vendas canceladas, às devoluções de vendas, aos descontos incondicionais concedidos e às receitas decorrentes de exportação ou de venda de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária com encerramento da fase de tributação. A Lei Complementar nº 123/06, estabelece em seu artigo 24, que as microempresas e as empresas de pequeno porte inscritas no regime proposto (Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – SN), não poderão utilizar ou destinar qualquer valor a título de incentivo fiscal e, no âmbito da legislação estadual, o art. 385 do RICMS/97, veda a utilização de qualquer benefício fiscal, incluindo aí a isenção do ICMS.

O recorrente não se desincumbiu de apontar qualquer irregularidade ou contestação de cálculo ou procedimento na apuração do imposto exigido, nem cogitou da comprovação ou o recolhimento do crédito tributário apontado neste Auto de Infração, limitando-se à citar, unicamente, isenção, a qual restou vista descabida.

A analogia dos fatos vistos neste PAF, está circunscrita nas fls. indicadas:

22 a 34 = Evolução do saldo, credor, do Livro Caixa Apurado, tomando-se as compras a partir de 31/12/2010; apropriação de valores das notas fiscais de fornecedores, cujas duplicatas venceriam a 30 d.d.d.liquidas;

39 = Demonstrativo mensal das receitas brutas (SN), os percentuais aplicados e o resultante valor da autuação;

41 a 44 = Relação dos DANFES objetos das apropriações ao Caixa;

45 a 177 = Apensadas copias de todas as NFe relacionadas;

178 a 180 = Semelhante relação analítica mensal (fls.41 a 44), totalizando por mês e datas de vencimento das potenciais duplicatas, elegidas vencerem-se a 30 ddd.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª 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 **436336.0031/12-8**, lavrado contra **COMERCIAL ATACADISTA HIPERFRUTAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$27.594,21**, acrescido da multa de 150%, prevista 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, 17 de junho de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

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