

A. I. Nº - 210376.0004/11-2
AUTUADO - FRANCISCA OSVALDINA MOREIRA DE SOUZA (DOCES SONHOS GOURMET)
AUTUANTE - YEDA ROCHA DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 27.02.2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0025-01/13

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. Comprovada a omissão da receita, cujo imposto foi exigido mediante o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições – SIMPLES NACIONAL, após ajustes procedidos pelo Fisco. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Provado erro na informação da receita e alíquota aplicada a menor. Exigência em parte subsistente, após ajuste fiscal. Rejeitado o pedido de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 06/06/2011, exige ICMS no valor de R\$26.869,15, 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. Período agosto/dezembro 2008 e janeiro/dezembro 2009; Valor R\$2.487,45 com 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. Período agosto/dezembro 2008 e janeiro/dezembro 2009; Valor R\$24.381,70 com multa de 150%.

O autuado apresenta impugnação, fls. 257/262, através de advogado legalmente constituído com Procuração e Substabelecimento, fls. 264/265. Faz a sinopse dos fatos e referência ao Regulamento do ICMS do Estado da Bahia de 1997, que disciplina sobre a antecipação da farinha de trigo, em seus artigos 506-A, 506-B e 506-C, arguindo que a antecipação tributária para tais mercadorias alcança as operações internas subseqüentes com massas alimentícias indicadas no item 11.4.1 do inciso II, art. 353 (pães, pães de especiarias e torradas em fatias ou raladas, desde que produzidas no Estado (art. 506-A, § 1º-A, RICMS BA).

Diz que enquanto o item 11.4, art. 353, II, cuida das preparações à base de farinha de trigo, o seu desdobramento (1.4.1), trata de macarrão etc.; o desdobramento 1.4.2, alcança os pães, inclusive pães de especiarias, biscoitos, bolachas, bolos, *waffles*, *wafers* e similares (NCM 1905) e torradas em fatias raladas. Transcreve o texto para exame.

Esclareceu que prepara o produto e dá saída diretamente ao consumidor final, produtos preparados à base de farinha de trigo, classificados no Código 19.05 (pães de especiaria, bolos e tortas), produtos com ICMS antecipado, não estando mais sujeitos à incidência do ICMS. Em apoio à sua tese, transcreve o Parecer GECOT 12.128/10.

Argumenta ainda que o Protocolo ICMS 46/00, na redação vigente até 2009 e na redação atual (vigência a partir de 01.01.10) determina que a antecipação alcança as etapas das operações subsequentes de forma generalizada fazendo referência aos produtos elaborados pelos estabelecimentos de panificação, massas alimentícias, biscoitos e bolachas derivadas da farinha de trigo. Cita o trecho.

Conclui que os seus produtos comercializados não mais sofrem incidência do ICMS e os fatos apontados na autuação não podem ser mais tributados.

Pede a Improcedência do lançamento tributário.

A autuante presta informação fiscal, às fls. 281/282, esclarece que são equivocados os argumentos da defesa, pois os relatórios de fls. 11 a 18 discriminam por mês todos os valores lançados nas planilhas de notas fiscais emitidas (36 a 113), com a respectiva PROPORCIONALIDADE, apurada através de PGDAS, com dados declarados pelo próprio contribuinte. Ademais, os relatórios de fls. 15 e 18 apresentam a proporcionalidade das vendas tributadas apurada nos extratos PGDAS, fls. 114 a 149.

Salientou que o autuado não comercializa apenas produtos da substituição, conforme declarou à Receita Federal, e que o critério utilizado para apuração dos débitos a recolher foi o mesmo utilizado pelo contribuinte. No entanto, o autuado sempre recolheu ICMS Simples Nacional, conforme consta do INC (sistema SEFAZ).

Diante disso, pede a Procedência do Auto de Infração.

Em nova manifestação o contribuinte, fls. 286/287, reitera que *“prepara o produto e dá saída, diretamente ao consumidor final, produtos preparados à base de farinha de trigo, classificados no Código 19.05 (pães de especiaria, bolos e tortas), consequentemente, tais saídas com ICMS antecipado que não estão sujeitos à incidência do ICMS”*.

Afirma que, por equívoco, vem efetuando o pagamento do ICMS sobre as operações com essas mercadorias, já tributadas, e em decorrência desses recolhimentos indevidos, é detentor de crédito de ICMS junto ao Fisco do Estado da Bahia e não devedor desse imposto como exigido no Auto de Infração.

Esclarece que além dos produtos derivados da farinha de trigo, comercializa refrigerantes, produtos também substituídos. Ratifica a improcedência do lançamento.

Volta a manifestar-se a autuante, fl. 426 e diz que a apuração do crédito tributário foi feita com base na proporcionalidade das vendas tributadas, declaradas em PGDAS e que os relatórios de apresentados pelo autuado (fls. 325/477) demonstram operações com e sem substituição tributária. CFOP s (5102 e 5403). Saliente que o autuado não comercializa apenas torta, bolo e refrigerante, conforme declarou na Receita Federal (fls. 291/414), uma vez que a atividade econômica do autuado, cadastrada na SEFAZ-INC, sempre foi o CNAE nº 5611/20-3 – Lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares, sendo que não constam CNAEs secundários (fl. 415).

Ratifica o pedido de Procedência do Auto de Infração.

A diligência Fiscal foi solicitada pela 5ª Junta de Julgamento (fls. 419/420), considerando as divergências entre as sustentações da Fiscalização e da defesa (operações com antecipação tributária), a fim de intimar o sujeito passivo para apresentar levantamento das vendas mensais, segregando as receitas das operações com substituição tributária, com fase de tributação encerrada. Refazer o levantamento e aplicando a proporcionalidade de mercadorias tributáveis.

Em novas intervenções processuais, fls. 424/425 e 437/439, o autuado reitera que na sua atividade comercializa produtos oriundos de farinha de trigo e refrigerantes, não há segregação a fazer e todas as suas saídas estão contempladas na substituição tributária e revende para consumidor final, não havendo falar em operações subsequentes. Repete o Protocolo nº 40/00, ressaltando sua

abrangência para todos os produtos derivados de farinha de trigo e que, de acordo com LC nº 87/96, a legislação estadual não pode restringir os termos do Convênio.

Sustenta que produz e entrega diretamente ao consumidor final produtos derivados de farinha de trigo, todos com o ICMS pago antecipadamente pelo vendedor da matéria prima, além de refrigerantes, também adquiridos com imposto pago por antecipação.

Aduz que dessa forma não tem segregação a fazer entre operação com tributação normal e operação com substituição tributária e fase de tributação encerrada.

A autuante, igualmente reitera suas considerações pela procedência do auto de infração, fl. 442.

Em face ao óbice apresentado para esclarecimento da lide, o PAF (Processo Administrativo Fiscal) é convertido em nova diligência, fl. 445, dessa vez, para a Assessoria Técnica – ASTEC, a fim de que, em busca da verdade material, seja feita a verificação, através dos documentos fiscais emitidos, se o estabelecimento autuado realiza operações de vendas com mercadorias sujeitas à tributação normal e em qual percentual. Confirmando o fato, a autuante deverá apurar o efetivo ICMS devido, em sendo o caso.

O Parecer ASTEC nº 83/2012, fls. 447/449, conclui na elaboração de um novo demonstrativo, apurando as vendas sujeitas à substituição tributária, no valor de R\$10.867,44.

A empresa autuada, no curso da diligência fiscal, fls. 457/458, comunica o encerramento de suas atividades, as intimações serão recebidas no endereço de seus advogados, reitera a que comercializa produtos com tributação encerrada e esclarece que os fatos geradores de 08/2008 a 12/2009 emitia apenas notas fiscais modelo, informadas na DASN como tributáveis.

Cientificados o autuado e o autuante acerca do resultado da diligência. A partir do Parecer elaborado por membro da ASTEC, diz que a apuração coincide com o levantamento anterior, e apenas para os meses agosto a outubro 2008, não aplicou as devidas proporcionalidades, tendo em vista que as vendas com substituição tributária não foram informadas em DASN.

Observa que no mês de agosto/2009, o percentual de tributação normal apurado pela ASTEC foi de 28,84%, maior que 21,95% aplicado no levantamento fiscal, extraído do PGDAS, fls. 758/759. Diz ainda que nos meses novembro e dezembro de 2008, os percentuais encontrados foram, respectivamente, 50,26% e 54,14%, os mesmos encontrados pela ASTEC e os totais de emissão do TEF foram R\$111.007,37 e R\$112.267,85.

Elabora novo demonstrativo de débito, alterando parcialmente a exigência, nos meses de agosto/outubro 2008, fls. 760/762.

O autuado presta esclarecimentos, fls. 769/770. Repete que emitia cupom fiscal, mas somente a nota fiscal D-1 e por falta de orientação adequada, deixou de discriminar o produto comercializado, limitando-se a informar “LANCHE e REFEIÇÕES”, ressaltando que o carro chefe de suas vendas são bolos e tortas, produtos derivados de farinha de trigo. Sublinha que por falta de orientação informou na DASN produtos substituídos, na condição de tributáveis.

VOTO

Constato, antes, que o Auto de Infração atende a todas as formalidades para a sua validade, conforme requisitos constantes no art. 39, RPAF BA (Decreto nº 7.629/99), inexistindo qualquer justa causa para a sua lavratura. Quando a presente autuação careceu de esclarecimento, a diligência fiscal designada pela Junta de Julgamento cumpriu esse papel integrativo, observando a busca da verdade material e o devido processo legal.

O sujeito passivo pode exercer com liberdade e plenamente as suas razões, fazendo serem conhecidos todos os fatos e argumentos que julgou necessários na defesa de sua tese. Recebeu cópias de todas as peças que sustentaram as modificações, nos presentes autos, inclusive do Relatório Diário de Operações TEF, consoante recibo firmado por representante legal do

estabelecimento autuado, fl. 06. Enfim, nenhuma situação existe no presente Auto de Infração a motivar nulidades, nos termos do art. 18, RPAF BA.

No mérito, o presente auto de infração 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, em decorrência da constatação de duas infrações. A primeira, em razão do recolhimento a menos de ICMS, devido a erro na informação da receita e aplicação da alíquota, tudo conforme demonstrativos de Declaração do Simples Nacional e Extratos do Simples Nacional, no valor global de R\$2.487,45, no período de agosto 2008 a dezembro 2009. Na segunda infração, omissão de saídas de mercadorias, detectada por meio de levantamento das vendas com pagamento em cartão de crédito/débito, 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, nos mesmos períodos da infração anterior, no valor global de R\$24.381,70, tudo em conformidade com os demonstrativos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal.

As razões de defesa, no presente caso, fundaram na saída de produtos diretamente do estabelecimento autuado para o consumidor final; produtos que preparados à base de farinha de trigo (pães de especiaria, bolos e tortas), com ICMS exigido antecipado, não estariam mais sujeitos à incidência nas saídas e os fatos apontados na autuação não poderiam ser mais tributados. Destaque para o Protocolo ICMS nº 46/00.

A preposta do Fisco, responsável pela autuação, informou que aplicou a proporcionalidade das vendas tributadas, declaradas em PGDAS, salientando que o autuado não comercializa apenas torta, bolo e refrigerante, conforme declarou, uma vez que a atividade econômica do autuado, cadastrada na SEFAZ - INC, sempre foi o CNAE nº 5611/20-3 – Lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares.

Diligência a cargo da ASTEC (Assessoria Técnica do Conselho) – Parecer nº 83/2012, fls. 447/449, conclui pela apuração de vendas sujeitas à substituição tributária e sujeitas à tributação normal, informando percentualmente cada espécie (IN 56/07).

Diante de tais pressupostos, compete-nos apreciar objetivamente cada exigência fiscal, objeto da lide, iniciando pela infração 2, que dá origem à primeira infração.

A segunda infração encontra amparo nas disposições contidas no art. 4º, § 4º, VI, “b” da Lei nº 7.014/96, a seguir descrito:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

...

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

a) instituições financeiras;

b) administradoras de cartões de crédito ou débito;

Em se tratando de exigência de imposto por presunção legal, o dispositivo que a autoriza pressupõe que a diferença apurada pelo fisco não esteja comprovada e, em sendo uma presunção relativa, assim identificada por admitir prova em contrário, cabe ao contribuinte trazer aos autos as provas de que os fatos não ocorreram conforme é o entendimento fiscal.

Fundamental, nesse tipo de acusação tributária, a entrega pelo Fisco do relatório de Transferência Eletrônica de Fundos - TEF de operações diários, conforme o Recibo de Arquivos Eletrônicos, fl. 06, de sorte a permitir que o autuado, de posse de cada valor denunciado pelas administradoras dos cartões, apresente os elementos de prova com força capaz de elidir a

presunção legal de venda através de cartões de crédito ou de débito, sem a emissão do correspondente documento fiscal.

A tributação com base em presunção somente é cabível nos casos expressamente previstos na lei, posto que ocorre a inversão do ônus da prova. Ao ser acusado da omissão de receita por ter detectado, como no caso em concreto, diferença entre as vendas declaradas pelo contribuinte e aquelas constantes nos banco de dados das administradoras de cartões, o sujeito passivo deveria provar os fatos, em direção oposta àquela colhida pelo fisco (presunção relativa), elidindo a presunção fiscal.

Não teve êxito o autuado. O argumento inicial de que a totalidade de suas vendas se referiam a produtos sujeitos ao regime da substituição tributária, com fase de tributação encerrada foi rechaçado pelo Parecer exarado na ASTEC (nº 83/2012), fls. 447/449, que concluiu pela existência de parcelas de vendas sujeitas à substituição tributária e outra parcela sujeita à tributação normal.

A arguição defensiva final de que não emita cupom fiscal, mas somente a nota fiscal D-1, sem discriminar o produto comercializado por falta de orientação adequada, informando tão somente “LANCHE e REFEIÇÕES” ou que informou como tributado, na DASN, produtos da substituição tributária, não serve de prova material para desconstituir a exigência. A consideração de que o carro chefe de suas vendas são bolos e tortas, produtos derivados de farinha de trigo, sublinha o acerto fiscal da existência de outras vendas tributadas normalmente.

Foram observadas divergências, em todo o período fiscalizado, entre os valores informados no TEF e os valores de vendas com cartões declarados pelo contribuinte (fls. 11/30 e 760), que não acostou aos autos qualquer prova a favor de sua tese.

Após o Parecer ASTEC nº 83/2012, fls. 447/449, a preposta fiscal elabora nova apuração de débito para a infração 2, conforme demonstrativo de fl. 760, reduzindo a exigência para R\$8.214,46 (exercício 2008) e R\$12.916,35 (exercício 2009), totalizando R\$21.130,82.

Caracterizada, portanto, a exigência da infração 2, no valor total de R\$21.130,82, restando contundentes a partir do exame das provas, constantes nos autos, as divergências entre os valores informados pelas administradoras dos cartões de crédito e débito, conforme constam no TEF de operações diários, entregues ao autuado para efeito de conferência e fundamentar sua defesa e aqueles valores declarados pelo contribuinte.

Em decorrência da infração retro referida, a apuração de receitas omitidas, através de cartões de crédito e de débito, resta também evidenciado que o sujeito passivo recolheu a menos ICMS contido no SIMPLES NACIONAL, a partir da constatação na segunda infração, que o autuado ofereceu à tributação valores menores que os informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões, nos termos do art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96.

A opção do contribuinte pelo enquadramento no SIMPLES NACIONAL instituído pela Lei Complementar nº 123/06, conforme Declaração Anual do Simples Nacional (DASN), desde 01.07.2007, implica na vinculação ao Regime Especial Unificado de Arrecadação (artigos 12 e 13) e cuja forma de arrecadação está prevista no art. 18 e §§, cujo pressuposto básico para determinação da base de cálculo e alíquota é a “receita bruta”.

Examinando os autos a partir desses pressupostos, constato que para a apuração dos valores de ICMS no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelo contribuinte, as receitas consignadas foram extraídas a partir das DASN (Declaração Anual do Simples Nacional) e dos Extratos do Simples Nacional declarados, cópias às fls. 114 a 149, para os exercícios de 2008 a 2009. O autuante, assim, elaborou demonstrativos com o somatório das receitas, evidenciando os percentuais de vendas consideradas normal, além das receitas omitidas apuradas através dos cartões, tratadas na apreciação da infração anterior.

Dessa forma, foi apurado o ICMS no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições não recolhido, em relação exercícios 2008 e 2009, respectivamente, nos valores de

R\$889,11 e R\$1.117,61, conforme constam do demonstrativo de fl. 760. Destaque-se que as receitas omitidas correspondentes percentualmente às operações sujeitas à substituição tributária não foram consignadas para fim da exigência da infração do Simples Nacional (art. 18, IV da LC nº 123/06).

Em face ao acima exposto, a infração 1 é também subsistente em parte, no valor de R\$2.006,71, tendo em vista que os demonstrativos acostados ao PAF comprovam a ocorrência de pagamento a menos do imposto devido na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **210376.0004/11-2**, lavrado contra **FRANCISCA OSVALDINA MOREIRA DE SOUZA (DOCES SONHOS GOURMET)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$23.137,53**, acrescido das multas de 75% sobre R\$2.006,71 e 150% sobre R\$21.130,82, previstas no art. 35 da LC nº 123/06, c/c o art. 44, I e § 1º da Lei nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR