

PROCESSO	- A. I. Nº 2329570010100
RECORRENTE	- BEZERRA RIBEIRO MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA. (TRIUNFO MATERIAS DE CONSTRUÇÃO)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0288-05/11
ORIGEM	- INFRAZ SERRINHA
INTERNET	- 16/05/2014

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0106-11/14

**EMENTA:** ICMS. 1. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. LANÇAMENTO EFETUADO PELO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. CONTRIBUINTE PARTICIPANTE DO SIMPLES NACIONAL. Comprovado nos autos a inclusão do sujeito passivo no Simples Nacional retroativamente ao exercício de 2009. Despacho Decisório DRF/FSA de nº 1.410, de 03/11/2012, ato administrativo de natureza declaratória. Aplicação de roteiro de fiscalização impróprio para as ME'S e EPP'S. Infração improcedente. 2. MULTA. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DMA. FALTA DE APRESENTAÇÃO NO PRAZO REGULAMENTAR. Comprovado o enquadramento no Simples Nacional. Falta de obrigatoriedade de apresentação da DMA. Infração descaracterizada. Modificada a decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 5ª JJF que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/09/2010 com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário no valor histórico de R\$41.885,85, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação que regula a cobrança do ICMS neste Estado:

*01 – Omissão de saídas de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento de cartão de crédito ou débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito no exercício de 2009. Valor da exigência R\$ 36.365,85;*

*02 – Falta de apresentação de DMA no período compreendido entre os meses de janeiro a dezembro de 2009. Penalidade fixa no valor de R\$ 460,00 por declaração não apresentada, totalizando R\$ 5.520,00.*

Após a apresentação da defesa, informações fiscais e realização de procedimento de diligência, a fase instrutória foi concluída, tendo os autos sido submetidos à apreciação pela 5ª JJF que assim decidiu na assentada de julgamento datada de 08/11/2011:

## VOTO

*Neste Auto de Infração, na infração 1, está sendo exigido ICMS em decorrência da omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.*

*De acordo com o disposto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, “o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras*

*de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”*

*A planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito está anexo fl. 08, referente ao exercício de 2009. O Relatório TEF Anual fl. 10, e a planilha comparativa de vendas fl.09. No exercício fiscalizado, a empresa estava inscrita no regime de apuração normal do ICMS (conta-corrente fiscal), haja vista que tinha sido excluída do Simples Nacional.*

*Com o intuito de sanear o processo, foi efetuada diligência para a aplicação da Instrução Normativa nº 56/2007, haja vista que o ramo de atividade da empresa abrange a venda de mercadorias isentas, ou enquadradas no regime de substituição tributária, cujo imposto é pago por antecipação. Assim, ao aplicar a proporcionalidade proposta pelo CONSEF, o autuante verificou que a infração 1 fica modificada, sendo que o valor de R\$36.365,85 passa para R\$28.789,38, valor este que estará sujeito à multa e acréscimos legais.*

*Embora o sujeito passivo tenha sido cientificado do resultado acima, não trouxe aos autos os documentos capazes de elidir o cometimento da infração, quais sejam cupons e notas fiscais coincidentes em valores e datas, com os valores constantes do Relatório TEF Diário, fls. 11 a 22, fornecido pelas administradoras de cartões de crédito/débito. Portanto, cabendo-lhe o ônus da prova, fica mantida em parte a infração, nos valores retificados pelo autuante, que se encontram nas fls.163 e o demonstrativo de débito configura-se como segue:*

<b>Data ocorr.</b>	<b>Data Venc</b>	<b>Base de cálculo</b>	<b>Alíquota</b>	<b>ICMS</b>
31/01/2009	09/02/2009	19.606,18	17	3.333,05
28/02/2009	09/03/2009	9.784,70	17	1.663,40
31/03/2009	09/04/2009	13.435,76	17	2.284,08
30/04/2009	09/05/2009	4.129,88	17	702,08
31/05/2009	09/06/2009	6.583,64	17	1.119,22
30/06/2009	09/07/2009	10.792,47	17	1.834,72
31/07/2009	09/08/2009	8.355,70	17	1.420,47
31/08/2009	09/09/2009	23.971,58	17	4.075,17
30/09/2009	09/10/2009	18.834,42	17	3.201,85
31/10/2009	09/11/2009	35.130,94	17	5.972,26
30/11/2009	09/12/2009	7.308,58	17	1.242,46
31/12/2009	09/01/2010	11.415,41	17	1.940,62
<b>Total</b>				<b>28.789,38</b>

*Infração procedente em parte no valor de R\$ 28.789,38.*

*Quanto à infração 2, referente à falta de apresentação das DMAs, relativas ao período de janeiro a dezembro/2009, na qual está sendo exigida a multa fixa no valor total de R\$5.520,00, o contribuinte, na defesa, alega que não as entregou pois, apesar de ter sido excluído do Simples Nacional, reiterou a sua inclusão em 2009, com efeitos retroativos.*

*Contudo, como bem salientou o autuante, na informação fiscal, no âmbito estadual e de acordo com a legislação vigente, como existiam pendências tributárias a empresa, automaticamente, deixa de participar do Simples Nacional e passa à condição de conta-corrente fiscal, ou seja, se sujeita imediatamente ao cumprimento de todas as obrigações acessórias, dentre elas a entrega mensal da Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA, como empresa inscrita no regime normal de apuração do imposto.*

*Ademais, o contribuinte se encontra no INC da SEFAZ (Informações do Contribuinte), na condição de omissa da DMA do exercício de 2009, inscrito na forma de apuração do ICMS como conta-corrente fiscal e, também, como optante do Simples Nacional, apenas no período de 01/07/2007 a 31/12/2008, portanto, excluído do regime simplificado na Secretaria da Fazenda no dia 31/12/2008, fls. 23 a 27 e 149 a 152, do PAF. Desta forma é legítima a cobrança da multa que lhe está sendo imposta e procedente a infração na íntegra.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.*

Como se pode constatar da leitura do voto condutor do acórdão acima reproduzido, os membros integrantes da 5ª JJF entenderam por bem julgar Procedente em Parte o Auto de Infração em razão de a empresa autuada não ter carreado aos autos provas capazes de elidir a exigência relativa ao item 01, quais sejam: os cupons e notas fiscais coincidentes, em valores e datas, com os valores constantes do Relatório TEF fornecidos pela administradora de cartão de crédito.

Independentemente deste fato, determinaram a exclusão do montante originalmente exigido dos valores correspondentes às saídas de mercadorias isentas ou sujeitas à substituição tributária, os quais foram apurados de forma proporcional, conforme previsto na Instrução Normativa nº 56/2007. Tal expediente foi adotado pelo próprio fiscal autuante mediante procedimento de

diligência, cujo relatório encontra-se acostado às fls. 161 a 163.

Quanto ao item 2, afastaram a alegação no sentido de que a então Impugnante estaria desobrigada de entregar DMA'S por se constituir em empresa optante pelo Simples Nacional, em razão de o cadastro da SEFAZ acusar que a mesma teria sido excluída do programa em dezembro de 2008, bem assim de constar no mesmo cadastro a situação *omissa* em relação à entrega das referidas declarações.

Inconformado com os termos da Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário reafirmando se tratar de empresa enquadrada no Simples Nacional, procedendo à juntada de cópia de extrato de consulta expedido pelo sítio da Receita Federal do Brasil – RFB que comprovava a sua assertiva.

Esclareceu que em dezembro de 2008 foi excluída do programa em razão de estar inadimplente com determinados débitos federais, mas que havia promovido o parcelamento das quantias em aberto e solicitado, dentro do prazo legal, o seu enquadramento no Simples de forma retroativa a 01/01/2009, conduta que originou o Processo Administrativo de nº 13531.000150/2009-11 que foi deferido.

Nestas circunstâncias, está desobrigada a entrega das DMA'S, cujo inadimplemento ensejou a exigência da penalidade fixa a que se refere o item 2 do Auto de Infração.

Quanto à infração 01 aduz que recolheu todo o ICMS que era devido juntamente com os tributos federais, afirmando que as vendas realizadas através de cartão de crédito no período fiscalizado foram registradas nos equipamentos emissores de cupom fiscal como se à vista fossem e que toda a receita delas decorrentes foi devida e tempestivamente tributada no âmbito do Simples Nacional, conforme atestam os demonstrativos que já acostou aos autos em momento anterior.

Instada a se manifestar, a PGE/PROFIS opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário a teor do quando previsto no artigo 143 do RPAF. No entender do Nobre Representante, o Recorrente em nada inovou nas razões de apelo, limitando-se a repetir os argumentos já suscitados, os quais não encontram lastro em documentos comprobatórios.

Diante da alegação do Recorrente no sentido de que no exercício de 2009 estaria enquadrado no Simples Nacional, bem assim da apresentação do documento de fl. 213 que comprova tal assertiva, esta Câmara, na assentada de julgamento datada de 28/03/2013, decidiu converter os autos em nova diligência à INFRAZ a fim de que o auditor fiscal autuante apresentasse esclarecimentos a respeito da condição do contribuinte à época dos fatos geradores das infrações 1 e 2, e que apresentasse o histórico da empresa, bem como confirmasse se de fato houve o enquadramento no Simples Nacional de forma retroativa a janeiro de 2009.

Em resposta ao quanto solicitado, o auditor diligente apresentou o relatório de fls. 230 a 231 ratificando que à época da ocorrência dos fatos geradores – exercício de 2009 – o recorrente estava excluída do Simples Nacional, situação que poderia ser aferida da análise dos extratos de seu cadastro perante a Secretaria da Fazenda, o qual informava tratar-se de empresa inscrita na condição de Empresa de Pequeno Porte com apuração do imposto em Conta Corrente Fiscal, sujeitando-se, portanto, ao cumprimento de todas as obrigações acessórias como se empresa normal fosse.

Do resultado da diligência o Recorrente se manifestou reafirmando o seu inconformismo, procedendo à juntada do Despacho Decisório DRF/FSA de nº 1.410, de 03/11/2011, proferido nos autos do Processo Administrativo de nº 13531.000150/2009-11, através do qual a Chefia do Serviço de Orientação e Análise Tributária – SEORT deferiu a sua inclusão administrativa no Simples Nacional com efeitos retroativos a 01/01/2009.

Em vista das novas provas apresentadas, a PGE/PROFIS emitiu novo opinativo de fls. 243 a 244 manifestando-se pelo Provimento do Recurso Voluntário. No entender do Procurador

Parecerista, o Despacho Decisório se constitui em ato de natureza declaratória e, nesta condição, afigura-se *perfeitamente legal a modulação retroativa dos seus efeitos à época da resolução das questões engendradoras da vedação ao ingresso do regime simplificado.*

## VOTO

Da análise do presente PAF constato que desde a sua impugnação o Recorrente afirma que em razão estar inadimplente com alguns débitos de natureza previdenciária houvera sido excluído do Simples em dezembro de 2008, mas que, dentro do prazo estabelecido pela legislação de regência, providenciou a regularização de sua situação perante a Receita Federal do Brasil – RFB e requereu sua reinclusão no programa retroativamente a janeiro de 2009, pleito que originou o Processo Administrativo de nº 13531.000150/2009-11.

Tal situação fática, contudo, não fora levada na devida conta pela fiscalização que procedeu ao lançamento de ofício considerando o contribuinte como não optante do Simples Nacional, baseada nas informações constantes do seu cadastro perante a SEFAZ o qual, à época da lavratura do Auto de Infração, informava tratar-se de contribuinte sujeito à apuração normal do imposto. Seguindo esta mesma linha de entendimento, os membros integrantes da 5ª JJF ratificaram o lançamento.

Diante das provas carreadas apresentadas pelo contribuinte, notadamente o Despacho Decisório DRF/FSA de n.º 1.410, de 03/11/2011 (fls. 238 a 240), entendo merecer reforma a Decisão de piso.

Com efeito, a partir de 01.07.2007, o Simples deixou de um sistema unificado de pagamento de tributos da União e passou a se constituir num sistema unificado de pagamento de tributos da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Nos termos do quanto previsto na legislação aplicável, as microempresas e empresas de pequeno porte deveriam ser automaticamente migradas do Simples Federal para o Simples Nacional. Aquelas que não fossem migradas, em razão de estarem incursas nas causas impeditivas previstas na lei, deveriam regularizar sua situação e solicitar formalmente a inclusão no Programa até 20 de fevereiro de 2009.

No presente caso, o Recorrente ciente de que estava em débito com a previdência, situação que a teor do quanto previsto no inciso V do artigo 17 da Lei Complementar nº 123 o impedia de participar do programa, procedeu à regularização do débito e solicitou sua inclusão de ofício em 16/01/2009, dentro do prazo regulamentar, portanto.

Em abril de 2009, formalizou processo administrativo através do qual requereu que a inclusão no programa ocorresse de forma retroativa a 01/01/2009, pleito que foi deferido em 03/11/2011 através do Despacho Decisório de fls. 238 a 240.

Ressalte-se que no decorrer do ano calendário em comento procedeu ao recolhimento dos tributos federais e estaduais no âmbito do programa (docs. fls. 184 a 196), cumprindo as obrigações acessórias correspondentes.

Neste contexto fático, alinhando-me ao entendimento externado pela PGE/PROFIS às fls. 243 e 244 no sentido da natureza declaratória do Despacho Decisório DRF de nº 1.410, dou Provimento ao Recurso Voluntário para reformar a Decisão de primeiro grau e julgar Improcedente o lançamento de ofício consubstanciado no Auto de Infração nº 555068/2010-0, tendo em vista que, no ano calendário de 2009, em que pese constar no cadastro da SEFAZ informação em sentido contrário, o Recorrente estava incluso no Simples Nacional.

Considerando, contudo, que o item 1 do Auto de Infração indica omissão de receita, presumida a partir da constatação de divergências entre os valores constantes dos relatórios TEF e aqueles informados pelas empresas administradoras de cartão de crédito/débito, sugiro a renovação do procedimento com vistas à averiguação desta ocorrência e, se aplicável, a efetivação de novo

lançamento de ofício, desta feita mediante a aplicação do roteiro específico para as empresas enquadradas no Simples Nacional.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232957.0010/00-0, lavrado contra **BEZERRA RIBEIRO MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA. (TRIUNFO MATERIAS DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de abril de 2014

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – RELATORA

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