

PROCESSO	- A. I. Nº 191792.0009/13-9
RECORRENTE	- ALAQUA COMERCIAL DE ÁGUA E ALIMENTOS DE ALAGOINHAS LTDA. - ME
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0145-01/14
ORIGEM	- INFRAZ ALAGOINHAS
INTERNET	- 06/02/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0032-12/15

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 DO IMPOSTO. Comprovada a omissão de 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. Modificado o percentual da multa indicada nesse item do lançamento, que passa para 75% (art. 44, I, da Lei nº 9.430/96). **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Provado erro na informação da receita e alíquota aplicada a menor. Exigência subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto em face do julgado epigrafado que deliberou pela Procedência do Auto de Infração lavrado em 26.12.13, para exigir ICMS, no valor de R\$ 58.520,31, devido à seguinte imputação:

1. *Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos meses de abril a dezembro de 2010. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 52.388,10, mais multa de 150%.*
2. *Efetuou recolhimento a menos de ICMS declarado, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), implicando falta de pagamento de parte do imposto, em virtude de erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos, nos meses de março e maio a dezembro de 2010. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 6.132,21, mais multa de 75%.*

A 1ª JJF proferiu decisão valendo-se destes fundamentos para dirimir a lide, *in verbis*:

No presente Auto de Infração, o autuado foi acusado de, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional, ter deixado de recolher ICMS em razão de omissões de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento das vendas pagas por meio de cartão de crédito/débito (infração 1) e de ter recolhido a menos o citado imposto estadual em decorrência de erro na informação da receita e/ou alíquota (infração 2).

Inicialmente, indefiro a solicitação de diligência feita pelo autuado, pois os elementos já existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

No mérito, quanto à infração 1, o autuado afirma que o desencontro entre os valores informados pelas administradoras de cartão e os apurados na sua escrita fiscal não gerou prejuízo para o Estado. Esse argumento defensivo não procede, pois, ao deixar de registrar em sua escrita fiscal operações de saídas, o autuado deixou de recolher ICMS que deveria ter incidido sobre a parcela que foi omitida. As alegações referentes à carência de mão de obra qualificada e à ausência de intenção de não recolher tributo não são capazes de elidir a infração, pois, nos termos do art. 136 do CTN, “a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”.

O autuado afirma que, na apuração do imposto, deveriam ter sido consideradas as operações com mercadorias isentas e com redução de base de cálculo.

Conforme explicado na informação fiscal, a base de cálculo para a determinação do valor devido mensalmente

pelas microempresas ou empresas de pequeno porte optante pelo Simples Nacional será a receita bruta total mensal auferida (Regime de Competência) ou recebida (Regime de Caixa), conforme a opção feita pelo contribuinte. Na apuração dessa receita bruta são deduzidas apenas as devoluções de vendas, as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos e as operações com fase de tributação encerrada por substituição tributária. Não há, portanto, previsão legal para redução de base de cálculo ou exclusão de operação isenta na apuração do imposto devido.

As operações com fase de tributação encerrada por substituição tributária, informadas pelo autuado, foram consideradas na ação fiscal. É relevante observar que, segundo informado pelo autuado nas DASN, apenas no mês de dezembro de 2010 houve operações sujeitas ao regime de substituição tributária.

Em sua defesa, o autuado faz alusão ao regime do SIMBAHIA, porém esse argumento defensivo não pode prosperar, pois a legislação do SIMBAHIA foi revogada em 30 de junho de 2007, como foi explicado pelo autuante na informação fiscal. Considerando que o presente Auto de Infração é referente a fatos geradores ocorridos no exercício de 2010, não há como se falar em SIMBAHIA.

O autuado afirma que o valor apurado pelo autuante, R\$ 52.388,10, não representa o montante da base de cálculo do imposto, mas sim a diferença de faturamento detectada pela fiscalização.

Esse argumento defensivo não se sustenta, uma vez que os pagamentos informados pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito foram confrontados com as vendas declaradas pelo fiscalizado como pagas com cartão. Nos termos do art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, com a redação vigente à época dos fatos, a divergência entre as vendas informadas pelas administradoras de cartão e as vendas declaradas pelos contribuintes autoriza a presunção de omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, cabendo aos contribuintes comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Ressalto que a presunção utilizada pelo autuante para apurar a omissão de operações de saídas de mercadorias com base nas vendas por meio de cartão tem respaldo no artigo 34 da LC 123/06, o qual prevê que se aplicam 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”.

Com base nesses dispositivos legais citados acima, fica claro que a presunção utilizada pelo autuante tem amparo expresso na legislação, ficando, porém, ressalvado ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Os argumentos defensivos não se mostraram suficientes para elidir a presunção legal que embasou o levantamento das vendas pagas com cartão de crédito. Considerando que o autuado não trouxe ao processo qualquer prova ou argumento capaz de elidir as infrações, as quais estão devidamente comprovadas pelos demonstrativos e documentos acostados ao processo, as infrações 1 e 2 subsistem em sua totalidade.

Ressalto que, no entanto, o percentual de multa consignado na infração 1 carece de reparo, pois a penalidade de 150%, prevista no art. 44, I e §1º da Lei nº 9.430/96, não está corretamente aplicada, uma vez que não restou comprovada a existência de dolo, fraude ou conluio. Portanto, a multa indicada na autuação passa para 75% (art. 44, I, Lei 9.430/96), já que não estamos diante de fato que atraia a aplicação da penalidade qualificada de 150% (art. 44, §1º da Lei nº 9.430/96).

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, modificando, porém, a multa aplicada na infração 1 para 75%.”

Inconformado, o sujeito passivo retomou a tese defensiva em sede recursal, destacando o princípio da finalidade previsto no inciso II e XIII do art. 2º da Lei nº 9784/99; traz à baila doutrina de Celso Antônio Bandeira de Melo acerca da matéria; aborda o princípio da reserva legal e afirma que o valor total das saídas deveria ser reduzido nos exatos percentuais indicados no art. 265 quando referente à mercadoria isentas ou que tem a base de cálculo reduzida nas hipóteses do art. 266; que o valor de R\$ 52.388,10 não representa o total imponível, mas sim a diferença do faturamento apurado pelo Fisco que não representa a base de cálculo; considera que o tributo deve ser recolhido, mas calculado corretamente. E que foram levantadas somas – saídas tidas como 100% tributadas, o que não está correto. Requereu, por fim, o provimento para ser declarada a improcedência do Auto de Infração.

Instada a PGE/PROFIS, disse que deve ser Improvido o apelo, eis que a LC 123/06 no seu art. 34 prevê que as presunções são aplicáveis também aos tributos declarados através do Simples Nacional, sendo que a Lei nº 7.014/96 dispõe que a divergência entre os valores declarados pelo contribuinte com aqueles informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito enseja presunção.

Aduz que o contribuinte ao optar pelo Simples Nacional deve ser sabedor de que não existe separação entre mercadorias tributadas como isentas ou com base de cálculo reduzida.

VOTO

O auto de infração acusa a omissão de operações de saídas pagas por meio de cartão de crédito e/ou débito em valor inferior àquele informado pelas administradoras de cartão de crédito/débito – infração 1, e a infração 2 é relativa ao recolhimento a menor devido a erro na informação da receita e /ou alíquota aplicada. A presunção da qual se valeu o Fisco está calcada no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, tratando-se de contribuinte inscrito no regime do Simples Nacional.

Como relatado, a pretensão recursal é de que na apuração do ICMS sejam consideradas as mercadorias isentas e com redução da base de cálculo.

Todavia, tal pretensão é equivocada e alheia à lei de regência conforme enquadramento feito no Auto de Infração, isto porque microempresa- ME ou empresa de pequeno porte - EPP, na apuração do ICMS deve ser considerada a receita bruta mensal, cabendo, contudo, serem deduzidas, como ressaltado na decisão recorrida, apenas as devoluções de vendas, as vendas canceladas, os descontos incondicionais e, ainda, as vendas com fase de tributação encerrada ante à substituição tributária efetivada sobre a mercadoria, operações estas que foram consideradas no levantamento fiscal, como verifico.

Cabe assinalar, ademais, que o Fisco realizou a apuração de saldo devedor com lastro nas Declarações Anuais de Simples nacional (DASN), que apresentam a totalidade das receitas auferidas no período de janeiro a novembro de 2010.

Por seu turno, a própria LC 123/06 permite que, em relação a essas empresas optantes pelo regime simplificado, que todas as presunções de omissão de receita existente na legislação de regência dos tributos, *in casu*, a Lei do ICMS deste Estado e seu RICMS, sejam extensíveis ao Simples Nacional, como fez o autuante, com acerto, sem discrepar das disposições legais.

Observo que o sujeito passivo alegou, também, que o valor apurado diverge do real, por não ser o valor de R\$52.388,10 o montante a ser considerado como base de cálculo imponível para incidência do ICMS.

Ocorre que, apesar de assim sustentar na sua defesa, infiro do exame do PAF que o recorrente não se desincumbiu do ônus probatório, não tendo acostado elementos de prova capazes de elidir as infrações 1 e 2, as quais, por isto mesmo, devem ser mantidas como procedentes, sendo de se atentar que sequer um demonstrativo analítico com o cotejamento da sua escrita fiscal cuidou ele de apresentar, quedando-se inerte, e restrito a alegar sem provar.

Por todo o exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário mantendo na íntegra a decisão “*a quo*”.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 191792.0009/13-9, lavrado contra ALAQUA COMERCIAL DE ÁGUA E ALIMENTOS DE ALAGOINHAS LTDA. - ME, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$58.520,31, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35, da LC nº 123/06, c/c o art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2015.

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS