

A. I. Nº - 097689.0003/14-0
AUTUADO - CELSO RICARDO CAMPOS DE MACEDO FILHO E CIA LTDA.
AUTUANTE - ISRAEL PINTO DA SILVA
ORIGEM - INFRAZ SERRINHA
INTERNET - 17.07.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0122-05/15

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. ERRO NA DETERMINAÇÃO DAS RECEITAS MENSAIS E DAS ALÍQUOTAS APLICÁVEIS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **a)** FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA. A primeira infração resulta do aumento de alíquota, como a própria descrição diz “*recolheu a menos devido a erro na informação de receita ou de alíquota*”, ou seja, decorre de majoração da alíquota, por conta da adição das receitas omitidas. Infração 1 procedente. **b)** DECLARAÇÃO A MENOS DAS VENDAS EFETUADAS POR CARTÕES DE CRÉDITO. No caso desta infração, decorrente das provas de omissões apresentadas nos Relatórios TEF, a defesa não apresenta qualquer comprovação material que venha elidir a acusação. Recolhimento a menos por conta das receitas que foram declaradas, mas com o valor do imposto alterado por força do aumento da alíquota prevista na legislação. Infração 4 procedente. 2. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIA TRIBUTADA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. O demonstrativo se baseia nos valores das vendas omitidas efetuadas em cartões de crédito e não em encargos financeiros, e o impugnante não logrou apontar qualquer erro no relatório TEF. Infração 2 procedente. **b)** DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO DAS ENTRADAS DE MERCADORIAS. O impugnante fez defesa genérica, alegando o não cometimento da infração sem trazer aos autos qualquer prova que elidisse o lançamento. Infração 3 procedente. Reduzida de ofício a multa das infrações 2 e 3. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No auto de infração lavrado em 18/03/2014, foi efetuado lançamento de imposto no valor total de R\$20.191,42, acrescido de multas, em razão de, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e empresas de pequeno porte - SIMPLES NACIONAL, cometer as seguintes infrações à legislação do ICMS:

1 – Efetuou recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao SIMPLES NACIONAL, devido a erro na informação da receita ou alíquota aplicada a menos no ano de 2012, conforme planilhas anexadas ao processo, sendo lançado o valor de R\$8.444,48, acrescido da multa de 75%.

2 – Omissão de saída de mercadoria tributada presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito/débito em valor inferior ao informado por administradoras de cartões no ano de 2012, conforme demonstrativos anexos, sendo lançado o valor de R\$1.376,21, acrescido da multa de 150%.

3 – Omissão de saída de mercadoria tributada presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entrada, confrontado com a escrituração do livro Registro de Entradas no ano de 2012, conforme planilhas anexas, sendo lançado o valor de R\$1.492,61, acrescido da multa de 150%.

4 – Efetuou recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao SIMPLES NACIONAL, devido a erro na informação da receita ou alíquota aplicada a menos no ano de 2012, conforme planilhas anexadas ao processo, sendo lançado o valor de R\$8.878,12, referente a operações TEF conforme planilhas anexas, acrescido da multa de 75%.

A impugnante apresenta defesa às fls. 173/78 com a alegação de que fez os recolhimentos dos impostos devidos, na razão das declarações das demais empresas, mediante declarações de rendimentos, e o lançamento deste auto não se coaduna com a realidade, pois, nas operações mediante cartão de crédito, as notas determinam quando há ou não parcelamento, e assim, nos casos de parcelamentos, os valores apurados não são totais e sim parciais, não incidindo o imposto no total das operações.

Que se assim fosse, estaria o fisco a lesar os micros empreendedores, pois sem a referida renda estariam a pagar um valor muito superior ao realmente recebido por aquelas administradoras.

“Ressaltam ainda que, dada a repartição constitucional de competência tributária, sobre a operação de compra e venda mercantil incide o ICMS, destinado ao Estado; ao passo que sobre a operação de financiamento incide o IOF, de competência da União”.

Que assim, quando entre o alienante e o consumidor houver a intermediação de uma instituição financeira, a qual, por força de contrato previamente firmado, empreste numerário suficiente para que o adquirente quite o preço como se à vista fosse junto ao vendedor, os encargos financeiros decorrentes desse financiamento não comporão a base de cálculo do ICMS, mas remunerarão o capital mutuado, podendo sobre eles incidir o IOF, de competência da União.

Que a diferença entre venda a crédito e venda financiada é posta nos mesmos termos pelo Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça Ruy Rosado Aguiar Júnior: *“a venda a crédito é o negócio de compra e venda em que o comerciante, entregando o bem, oferece diretamente ao seu cliente certo prazo para o pagamento. Se houver financiamento por financeira dedicada ao atendimento do consumidor, muitas vezes com posto de atendimento na própria loja, então o contrato será bancário. Se a relação é apenas entre fornecedor e comprador, não há mútuo, mas simples crédito concedido pelo comerciante. Nesse caso, o comerciante, que não realiza financiamento, nem é uma instituição financeira, pode cobrar juro.”*

De igual sorte entende o STJ, e transcreve a seguinte ementa ilustrativa de suas razões:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ICMS. ENCARGOS DECORRENTES DE FINANCIAMENTO. SÚMULA 237 DO STJ. ENCARGOS DECORRENTES DE “VENDA A PRAZO” PROPRIAMENTE DITA. INCIDÊNCIA. BASE DE CÁLCULO. VALOR TOTAL DA VENDA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO C. STF. A “venda financiada” e a “venda a prazo” são figuras distintas para o fim de encerrar a base de cálculo de incidência do ICMS, sendo certo que, sobre a venda a prazo, que ocorre sem a intermediação de instituição financeira, incide ICMS. 2. A “venda a prazo” revela modalidade de negócio jurídico único, cognominado compra e venda, no qual o vendedor oferece ao comprador o pagamento parcelado do produto, acrescendo-lhe um plus ao preço final, razão pela qual o valor desta operação integra a base de cálculo do ICMS, na qual se incorpora, assim, o preço “normal” da mercadoria (preço de venda à vista) e o acréscimo decorrente do parcelamento. (Precedentes desta Corte e do Eg. STF: AgR no RE n.º 228.242/SP, Rel. Min. Carlos Velloso).

A venda financiada, ao revés, depende de duas operações distintas para a efetiva “saída da mercadoria” do estabelecimento (art. 2º do DL 406/68), quais sejam, uma compra e venda e outra

de financiamento, em que há a intermediação de instituição financeira, aplicando-se-lhe o enunciado da Súmula 237 do STJ:

"Nas operações com cartão de crédito, os encargos relativos ao financiamento não são considerados no cálculo do ICMS."

Assim, em conformidade com a Lei vigente e o entendimento jurisprudêncial sobre o tema, nas operações a crédito, (cartões de créditos), onde haja financiamento por instituição financeira e em conformidade com a Súmula 237 do STJ, não incidirá ICMS. Neste contexto verifica-se a falha latente do referido auto de infração que inobservando tal assertiva impõem o recolhimento de um imposto indevido bitributando o ora autuado, haja vista que o mesmo já pagou o referido imposto (IOF).

Ademais, determina o art. 38 da Lei complementar 123/2006 que o sujeito passivo que deixar de apresentar a Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica a que se refere o art. 25 desta Lei Complementar, no prazo fixado, ou que a apresentar com incorreções ou omissões, será intimado a apresentar declaração original, no caso de não-apresentação, ou a prestar esclarecimentos, nos demais casos, no prazo estipulado pela autoridade fiscal, na forma definida pelo Comitê Gestor.

Ocorre que em momento algum fora a autuada intimada a apresentar declaração original retificadora, tendo tão somente imposto as sanções, retirando-lhe um direito, de fazer tal recolhimento, se realmente devido, sem a incidência das altíssimas multas ora vislumbradas no auto de infração ora impugnado.

Aduz que não se enquadra nas hipóteses de sonegação, pois inexiste dolo. A mesma veio realizando o recolhimento previsto na forma regulamentada pelo Simples Nacional, pautada no seu faturamento, conforme se poderá vislumbrar nos documentos de recolhimento. Também não cometeu fraude, haja vista a necessidade de uma ação ou omissão dolosa. Se não bastasse tais entendimentos temos que nossa Carta Magna confere tratamento diferenciado e ao qual não vem se observando. Pede a completa anulação do auto em razão da Súmula 237 do STJ e direito ao parcelamento em caso de indeferimento requer ainda a vinculação dos referidos procuradores para intimações.

O autuante presta informação fiscal às fls. 196/99 e alega que, como determina o art. 18 da Lei Complementar 123/2006, o valor devido mensalmente pela Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I desta Lei Complementar. Com isso o contribuinte pede a nulidade do Auto de Infração, alegando a falta do enquadramento legal do referido PAF. Diz que não contestou a aplicação da tabela do Anexo I da Lei Complementar, como alega a defesa, mas está apenas reclamando as omissões constatadas.

Na Infração 1 o contribuinte ao deixar de registrar diversas Notas Fiscais conforme PAF, às folhas número 10 a 22, no ano de 2012, não constando da sua escrita fiscal e nem apresentou às respectivas Notas Fiscais quando a mesma foi intimada pela fiscalização. Que pode-se ver às folhas número 23 a 45, do PAF, que as mesmas não estão registradas no LRE, portanto ocorreu a omissão da Entrada. Daí presume-se que houve omissão de saída, infligindo dessa forma os dispositivos da Lei Complementar nº 123/96, que regulamenta as operações relativas ao Simples Nacional, conforme planilhas anexas às folhas 09 a 22 do PAF, em que consta:

Que a Infração 2, foi por omissão de saída de mercadorias tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito (TEF), em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão, no ano de 2012, conforme planilha às folhas 46 a 53 do PAF.

Que a Infração 03, foi omissão de saída de mercadorias tributada, presumida por meio de apuração através de Notas Fiscais de entrada, confrontado com a escrituração do LRE no ano 2012, conforme planilhas anexas do PAF, às folhas número 9 a 22, onde consta o Demonstrativo Consolidado do ICMS a recolher, Notas Fiscais não registradas do LRE.

Que a Infração 4 foi por efetuar recolhimento a menor do ICMS declarado referente ao Regime Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando desta forma em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e ou de alíquota aplicada a menor (TEF), no ano de 2012, conforme planilhas anexas às folhas número 46 a 53 do PAF.

Esclarece que os julgadores poderão constatar que no PAF em tela, nas folhas 23 a 45, estão relacionadas as notas fiscais de entrada omitidas pelo contribuinte. Às folhas 09 a 22, 46 a 53, estão os demonstrativos detalhados das infrações cometidas pelo contribuinte.

Desta forma, entende que o contribuinte, ao não registrar diversas notas fiscais de entrada, omitiu saídas, o que caracteriza as infrações cometidas pelo contribuinte com isso sendo penalizado, como determina a legislação vigente do ICMS. Que o contribuinte ao omitir entrada, automaticamente omitiu saída, logo, não apurou corretamente as receitas a serem oferecidas, para a determinação do quantitativo do ICMS devido. Porém as planilhas de Cálculo da Receita Apurada e Análise do ICMS do Simples Nacional a Reclamar, (planilhas) anexadas ao PAF, não deixam dúvidas que houve omissão de ICMS, às folhas nº 17 a 22 e 48 a 52 no ano de 2012. Mantém assim, o Auto de Infração no seu valor total de R\$ 20.191,42 (vinte mil, cento noventa e um reais e quarenta e dois centavos), nada havendo a modificar.

À fl. 217 foi efetuada diligência para entrega dos relatórios TEF, com as provas entre as folhas 9/169. Às fls. 219/20, foi comprovada entrega, com reabertura do prazo de defesa de trinta dias, mas o impugnante não se pronunciou a respeito.

VOTO

Inicialmente constato, que a diligência efetuada, eliminou o vício do auto, quanto ao cerceamento de defesa pela falta de entrega dos relatórios analíticos TEF, sem contudo haver qualquer manifestação do impugnante após reabertura do prazo de defesa.

Inicialmente esclareço que o argumento invocado na defesa, acerca do art. 38 da Lei Complementar 123/2006, de que o sujeito passivo que deixar de apresentar a Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica a que se refere o art. 25 desta Lei Complementar, no prazo fixado, ou que a apresentar com incorreções ou omissões, será intimado a apresentar declaração original, em vez de autuado, não procede. A leitura do inteiro teor do dispositivo legal deixa claro, que se refere à aplicação de multa por descumprimento de obrigações acessórias, sem prejuízo do lançamento do imposto devido.

Na infração 1, o impugnante genericamente afirma logo no início da sua defesa, que efetuou os recolhimentos dos impostos devidos, sem contudo apresentar qualquer erro no levantamento efetuado pelo autuante, que aponta erros na informação da receita e por conseguinte da alíquota, referente ao exercício de 2012. A infração resulta do aumento de alíquota, como a própria descrição diz “*recolheu a menos devido a erro na informação de receita ou de alíquota*”, ou seja, decorre de majoração da alíquota, por conta da adição das receitas omitidas.

Às fls. 10/22 e 23/45, há relação das notas de entradas sem o devido registro, havendo portanto presunção *júris tantum* da omissão de receita tributada, que permitiu a aquisição das mercadorias destas notas. A simples negativa do cometimento não elide a infração, diante das provas apresentadas nos autos, nos termos do art. 143 do RPAF. Infração 1 procedente.

Na infração 2, a defesa atribui a diferença ao encargos financeiros, mas sequer trouxe como prova, a demonstração de que o valor cobrado (diferença entre o declarado pelo contribuinte e o informado pelas administradoras de cartões) e que compõe a base de cálculo do lançamento, coincide com os encargos financeiros. O demonstrativo se baseia nos valores das vendas omitidas efetuadas em cartões de crédito e não em encargos financeiros, e o impugnante não logrou apontar qualquer erro no relatório TEF.

No entanto, ainda que fosse demonstrada que foi sobre os alegados encargos, as decisões de tribunais a respeito do tema, não vinculam as decisões deste Conselho, que se lastreiam na legislação estadual vigente, que implica na consideração de todos os valores da operação inclusive os encargos financeiros, nos termos do § 1º do art. 17 da Lei 7.014/96, que diz o seguinte:

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso VI do caput deste artigo: (...)

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

Pelo exposto acima, não procedem as alegações defensivas. Infração 2 procedente.

A infração 3 decorre das mesmas razões da infração 1, sendo que naquela houve recolhimento a menos por conta da receita não declarada implicar em alíquota menor sobre a receita que foi declarada, e o impugnante da mesma forma, fez defesa genérica, alegando o não cometimento da infração sem trazer aos autos qualquer prova que elidisse o lançamento. Infração 3 procedente.

A infração 4 também decorre das constatações da infração 2, ausência de receitas informadas pelas administradoras de cartões de crédito. Ressalto que quando ocorre omissões de receitas, 2 infrações são cometidas – há falta de recolhimento sobre a receita omitida e o recolhimento a menos por conta das receitas que foram declaradas mas com o valor do imposto alterado por força do aumento da alíquota prevista na legislação. Daí o desdobramento em 2 infrações, estando correlacionadas as infrações 1 e 3 e 2 e 4.

No caso desta infração, decorrente das provas de omissões apresentadas nos Relatórios TEF, a defesa não apresenta qualquer comprovação material que venha elidir a acusação, apenas argumentando o aspecto já debatido na infração 2, de que a diferença corresponderia aos encargos financeiros. Infração 4 procedente.

Embora o autuado não questione o percentual da multa, compete ao órgão julgador a observância da legalidade. Na tipificação da multa dos itens 2 e 3 deste Auto, foi indicado o art. 44, I, e § 1º, da Lei federal nº 9.430/96, de 150%.

O autuante considerou que não houve dolo fraude ou simulação por conta da majoração das alíquotas nas infrações 1 e 4, aplicando multa de 75%, mas entendeu que o imposto diretamente decorrente das omissões (infrações 2 e 3) decorreu de infração dolosa, e aplicou multa de 150%. A multa prevista no inciso I do art. 44 da referida lei é de 75%, e não de 150%, como foi posta.

O § 1º do art. 44 prevê que o percentual de tal multa (75%) será duplicado para 150% “nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964”. O art. 71 da Lei nº 4.502/64 cuida de ação ou omissão dolosa. O art. 72 cuida de fraude na ocorrência do fato gerador, a fim de reduzir o montante do imposto devido e o art. 73 cuida de conluio. Na imputação aqui em julgamento, não consta provas nesse sentido, visto a ausência das receitas poderem decorrer de simples erro, ou como quis entender o contribuinte, de valores decorrentes de encargos financeiros (embora não provado que a diferença na base de cálculo se reporte a tais encargos).

Não se trata pois, de infração qualificada, e sim de infração pura e simples: omissão de saídas de mercadorias presumida por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões. A simples ausência de registro de notas fiscais ou de valores de receita obtidas por vendas em cartões de crédito, não caracteriza fraude, dolo ou simulação, e assim, a multa aplicável é a básica, de 75%, da mesma forma que nas infrações 1 e 4.

Face ao exposto, considero voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **097689.0003/14-0**, lavrado contra **CELSO**

RICARDO CAMPOS DE MACEDO FILHO E CIA LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.191,42**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 LC 123/06, e no art. 44, I da Lei Federal 9.430/96 com redação da Lei 11.488 de 15/06/2007. Reduzida de ofício a multa aplicada pelo autuante de 150%, para 75% nas infrações 2 e 3.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de Junho de 2015.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA