

PROCESSO - A. I. Nº 232286.0003/15-0
RECORRENTE - TOK COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6º JJF nº 0021-06/16
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/04/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0071-12/17

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 **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Restou comprovado incorreções no cálculo da proporcionalidade de mercadorias sujeitas à substituição tributária. Infrações parcialmente subsistentes. Mantida Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 6ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente em Parte, o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/06/2015, que exige ICMS no valor total histórico de R\$33.061,03, em decorrência do cometimento de duas infrações, abaixo listadas:

Infração 01-17.03.16 Presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, sem dolo, nos meses de janeiro a setembro de 2013 e novembro de 2014. ICMS no valor de R\$ 1.356,08, acrescido da multa de 75%.

Infração 02 - 17.02.01: Recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos por Microempresa e Empresas de Pequeno Porte-Simples Nacional, em decorrência de erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014, no valor de R\$ 31.704,95.

O autuado apresentou impugnação (fls. 81 a 84) requerendo que o Auto de Infração epigrafiado fosse julgado parcialmente procedente, baseado na fundamentação que expôs e nas retificações das DASN que realizou, todas anexadas à defesa.

Em sua Informação Fiscal (fls. 351 a 357), o autuante acatou parte das alegações do sujeito passivo, com base nas retificações das informações, entendendo, portanto, que existiam itens enquadrados na substituição tributária que não haviam sido segregados corretamente no sistema de cálculo do tributo simplificado inicialmente apresentado. Desta forma, reduziu o valor original cobrado nas duas infrações.

Nessa esteira, a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 6ª JJF que na sessão de julgamento observou que não havia sido dada ciência ao sujeito passivo, da Informação Fiscal e dos novos demonstrativos elaborados pela fiscalização, convertendo desta forma o PAF em diligência (fl. 379), à INFAZ de origem, para intimação do autuado, fornecendo-lhe 10 dias para sua manifestação.

Assim foi feito, o autuado tomou ciência da Informação Fiscal, tendo acesso aos novos demonstrativos, realizando a sua manifestação nas fls. 384 e 385.

Após mais uma Informação Fiscal pelo autuante, acompanhada de outra manifestação por parte do autuado, a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 6ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nos seguintes termos.

VOTO

Preliminarmente, assinalo que o processo encontra-se revestido das formalidades legais, estando indicados o autuado, o fato gerador e o montante do débito apurado, tendo sido garantido o exercício de ampla defesa do sujeito passivo, com reabertura do prazo de impugnação ao lançamento de ofício, quando da entrega dos demonstrativos, enviados pelas administradoras de cartões de débito/crédito, que basearam a ação fiscal.

No mérito, a infração 01 atribui ao contribuinte, inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, o cometimento de irregularidade, decorrente de falta de recolhimento do imposto constatada pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito/débito, enquanto que na infração 02, o recolhimento a menor de ICMS declarado devido a erro na informação da receita e/ou alíquota a menor.

Em sua defesa o autuado alegou equívocos no preenchimento de notas fiscais de saídas, pois inseriu nos documentos fiscais que indicou em planilhas, CFOP de produtos de tributação normal, quando na verdade referia-se a mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Ao prestar a Informação Fiscal o agente fiscal reconheceu o equívoco e elaborou novos demonstrativos, retificando o percentual das mercadorias sujeitas à substituição tributária, conforme se observa nas planilhas de fls. 358/373.

O sujeito passivo ao ser cientificado das alterações promovidas pelo fiscal autuante acata o valor apurado na infração 01 no valor de R\$ 1.237,58. Em relação a infração 02 externa o entendimento de que houve equívoco em relação aos valores relativos às ocorrências do dia 31/11/2014 e 31/12/2014.

Da análise das referidas planilhas, fls. 85 a 101, acompanhadas dos respectivos documentos comprobatórios fls. 102/270 observo que nos respectivos documentos constam descrição de mercadorias sujeitas à substituição tributária. De acordo com informação prestada pelo fiscal, equivocadamente foi informado o CFOP de mercadorias de tributação normal.

Esta irregularidade resultou em cálculo indevido do percentual da proporcionalidade das mercadorias comercializadas no período compreendido entre setembro/2013 a dezembro de 2014 e consequentemente o imposto devido em ambas infrações, naqueles meses.

Acato as modificações promovidas pelo fiscal autuante em relação a infração 01 o que resultou na redução do imposto devido R\$1.356,08 para R\$1.237,58, conforme demonstrativo de débito à fl. 356.

Em relação à infração 02, após comparar o demonstrativo inicial, fl. 24, com o refeito na Informação Fiscal, fl. 372, constato divergências entre os valores informados na coluna “ICMS /DASN recolhido”, no exercício de 2014.

Efetuada as verificações no Extrato do Simples Nacional, cópias às fls. 48/73, constato que os valores considerados no demonstrativo original coincidem com os informados nos mencionados extratos e consequentemente houve equívoco na elaboração da planilha anexada na Informação Fiscal. Assim, mantenho às alterações promovidas pelo autuante relativo ao exercício de 2013, fls. 364, e faço as devidas retificações no demonstrativo de fl. 372, no que diz respeito ao “ICMS recolhido” relativo ao exercício de 2014, resultando nos valores a seguir demonstrado:

<i>Data Ocorrência</i>	<i>ICMS DEVIDO</i>	<i>ICMS DASN RECOLHIDO</i>	<i>ICMS A RECOLHER</i>
31/01/2014	2.245,89	841,24	1.404,65
28/02/2014	1.750,36	630,22	1.120,14
31/03/2014	301,95	297,33	4,62
30/04/2014	492,39	340,13	152,26
31/05/2014	1.737,19	675,84	1.061,35
30/06/2014	2.896,08	1.272,04	1.624,04
31/07/2014	980,71	468,80	511,91
31/08/2014	1.392,54	558,95	833,59
30/09/2014	3.190,43	1.199,70	1.990,73
31/10/2014	4.249,75	1.570,78	2.678,97
30/11/2014	4.913,27	1.646,40	3.266,87
31/12/2014	4.944,29	1.637,21	3.307,08

Ante ao exposto, o imposto devido da infração 02 passa de R\$31.704,95 para R\$25.335,27, conforme demonstrativo de débito:

DATA OCORRENCIA	DATA VENCT	BASE DE CÁLCULO	ALIQ %	IMPOSTO DEVIDO
31/01/2013	20/02/2013	0,38	2,58	0,01
28/02/2013	20/03/2013	10.876,35	2,58	280,61
31/03/2013	20/04/2013	15.811,00	2,82	445,88
30/04/2013	20/05/2013	18.466,00	2,82	520,75
31/05/2013	20/06/2013	21.341,00	2,82	601,82
30/06/2013	20/07/2013	29.167,00	2,82	822,52
31/07/2013	20/08/2013	15.857,00	2,84	450,36
31/08/2013	20/09/2013	12.253,00	2,84	347,99
30/09/2013	20/10/2013	32.408,00	2,84	919,62
31/10/2013	20/11/2013	34.518,66	2,84	980,33
30/11/2013	20/12/2013	56.863,00	2,87	1.592,17
31/12/2013	20/01/2014	126.935,00	2,87	417,02
31/01/2014	20/02/2014	45.753,42	3,07	1.404,63
/02/2014	20/03/2014	36.486,64	3,07	1.120,14
31/03/2014	20/04/2014	150,49	3,07	4,62
30/04/2014	20/05/2014	4.911,61	3,1	152,26
31/05/2014	20/06/2014	34.237,10	3,1	1.061,35
30/06/2014	20/07/2014	52.388,39	3,1	1.624,04
31/07/2014	20/08/2014	16.513,23	3,38	511,91
31/08/2014	20/09/2014	26.890,00	3,38	833,59
30/09/2014	20/10/2014	64.217,10	3,38	1.990,73
31/10/2014	20/11/2014	78.562,17	3,41	2.678,97
30/11/2014	20/12/2014	95.802,64	3,41	3.266,87
31/12/2014	20/01/2015	96.981,82	3,41	3.307,08
TOTAIS				25.335,27

Em conclusão voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração no valor de R\$26.573,85, sendo R\$1.237,58 para a infração 01 e R\$ 25.335,27 para a infração 02.

Inconformado com a Decisão julgada parcialmente procedente, o autuado interpôs Recurso Voluntário tempestivo às fls. 413 a 417, requerendo a reforma do presente Auto de Infração.

Afirma que o autuante não analisou com cautela as suas notas fiscais de entrada, tampouco o recolhimento do Simples Nacional. Argui que o objeto desta cobrança envolve mercadorias que se encontravam enquadradas na substituição tributária, não gerando assim diferença de ICMS à recolher.

Explica que trabalha com cartão de crédito, parcelando sua venda em 05(cinco) vezes sem juros e que por essa razão, a receita do mês nunca irá coincidir com o extrato informado pela operadora de cartão de crédito, tendo em vista que as parcelas a vencer são creditadas mês a mês em sua conta, acrescida da venda mensal realizada.

Ensina o conceito e a forma de cálculo da Antecipação Parcial do ICMS, ao alegar que não adquire de fora do estado mercadorias não enquadrada no regime de substituição tributária.

Por fim, pede análise minuciosa da documentação e fatos apresentados, para que seja calculado o real valor devido, levando em consideração os valores já pagos e o que foi pago erroneamente, como também, que lhe seja concedido o direito de pagar o valor que não fora realmente recolhido com a anistia em vigor, conforme previsto em lei.

Questiona os valores abusivos referentes a multa e juros fixados mensalmente, pois entende que se encontra muito aquém da legalmente prevista em lei. Explica que a legislação local prevê que as penalidades impostas devem ser atreladas à capacidade econômica, ou seja, que se leve em conta as condições “pessoais” de cada contribuinte.

Entende que, ao se aplicar as penalidades pelas supostas infrações, deve ser analisada a fundamentação de cada uma e o que a lei prevê a título de percentual para a incidência das mesmas.

Explica que a correção monetária não constitui penalidade, nem tampouco se confunde com juros. Refere-se a mera atualização do valor da moeda ao longo do tempo, de modo a mantê-lo íntegro em situação inflacionária. Explana que a taxa dos juros moratórios, mesmo quando convencionada pelas partes, não poderá ultrapassar o teto legal, ou seja, 6% a.a. e que as multas de mora, decorrentes do inadimplemento das obrigações no seu termo, não poderão ser superiores a 2% do valor da prestação devida.

Conclui querendo que seja julgado procedente o presente Recurso Voluntário.

Não houve Parecer Jurídico da PGE/PROFIS.

VOTO

Temos sob julgamento o Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 6ª JF, que julgou Procedente em Parte, o Auto de Infração epigrafiado, que cobra a ocorrência no âmbito de ICMS, nos exercícios de 2013 e 2014, através de duas infrações, ambas objeto do presente Recurso.

De início há de se ressaltar que a Infração 1 nasceu da falta de recolhimento do imposto, constatada pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito/débito, pelo contribuinte, tudo isso nos exercícios de 2013 e 2014.

Já Infração 2 exige ICMS do sujeito passivo, pelo recolhimento à menor declarado no Simples Nacional, no valor de R\$31.704,95, devido ao erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, também nos exercícios de 2013 e 2014 e que esta infração é um reflexo do primeiro levantamento (Infração 1).

Apesar de, em uma de suas manifestações (fl. 397), o autuado aceitar o valor final da Infração 1, as suas alegações recursais abarcam as duas situações e já que se trata de infrações vinculantes, julgarei os fatos em conjunto.

Da análise das peças processuais, há de se salientar que o lançamento de ofício do crédito tributário preenche todas as formalidades previstas em lei. As planilhas dos cruzamentos do TEF *versus* valores registrados nos documentos emitidos pelo autuado, constam no CD ROM da fl. 79 e os novos demonstrativos produzidos após a sua Informação Fiscal, indicando o sujeito passivo, os valores da receita declarada, a receita supostamente omitida, constam impressos às fls. 358 a 373 e no CD ROM da fl. 374, com a devida composição da base de cálculo e do valor cobrado no Auto de Infração.

No mérito, o autuado faz alegações genéricas contra os aspectos da autuação, sem, contudo, apontar claramente qualquer erro ou defeito nos demonstrativos fiscais apresentados pelo autuante, revelando-se meramente intuito protelatório.

Analisando o conjunto de dados dos dois volumes, pude perceber que o valor original lançado fora reduzido pelo autuante, após a impugnação apresentada pelo autuado, baseando-se nas retificações do PGDAS (aplicativo para cálculo dos tributos devidos mensalmente), por ele realizada. O autuante acatou essas novas informações prestadas pelo sujeito passivo, com base na alegação de que os valores informados à título de receita de produtos com substituição tributária não refletiam a realidade dos fatos.

Com base nessa aceitação, ambas infrações sofreram redução, sendo a infração 1 reduzida para R\$1.356,08 e a infração 2 ficando reduzida de R\$31.704,95 para R\$28.261,59.

Basicamente, a mudança procedida pelo autuado, através das retificações, resumiu-se em majorar a parcela da receita de venda de mercadoria com substituição tributária, sendo inversamente reduzida a parcela de venda de mercadoria com tributação normal, o que justifica a redução caracterizada. Isso porque o levantamento realizado pela fiscalização, no que tange a

proporcionalidade das receitas com substituição tributária, teve como premissa a informação prestada pelo autuado em seu PGDAS. Apesar de não constar a composição do cálculo desta proporcionalidade nos demonstrativos apresentados pela fiscalização, resta claro que este foi o método utilizado pelo autuante.

Todavia, o que se verifica do novo demonstrativo da fl. 372, no que tange à Infração 2, referente à ao exercício de 2014, é que o autuante destacou na coluna de “ICMS DASN ou recolhido” o valor declarado pelo sujeito passivo, com base nas retificações apresentadas e não com base nos pagamentos realizados (declarados no PGDAS original), referente a parcela do ICMS.

E por este motivo, os julgadores de piso reduziram o saldo residual apurado pelo autuante referente a segunda infração para R\$25.335,27, conforme tabela demonstrado no voto, presente à fl. 404 dos autos. Acompanho, portanto, essa Decisão.

Refuto a alegação do autuado, de que pelo fato de parcelar sua venda em 05 (cinco) vezes sem juros no cartão de crédito, a receita do mês nunca iria coincidir com o extrato informado pela operadora de cartão de crédito, pois o mesmo não juntou ao PAF as provas da emissão dos documentos fiscais correlatos aos relatórios TEF, situação que fez atrair a regra da presunção prevista no art. 4º §4º, VI da Lei nº 7.014/96, aplicada na infração 1, que desencadeou a Infração 2 ora analisada.

No que tange ao questionamento da multa aplicada, a penalidade está prevista na legislação tributária (Art. 35 da LC 123/03 c/c o Art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96) fugindo à competência deste Conselho julgar eventuais inconstitucionalidades ou os alegados efeitos confiscatórios.

Por todo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232286.0003/15-0**, lavrado contra **TOK COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimando o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$26.572,85**, acrescido da multa de 75%, prevista nos arts. 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06, c/c o inciso I, do art. 44, da Lei nº 9.430/96, com redação dada pela Lei Federal nº 11.488/07, de 15/06/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de fevereiro de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS