

A.I. Nº - 110419.0002/17-9
AUTUADO - CASA RURAL COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA - EPP
AUTUANTE - JOSELINA PINHEIRO CABRAL DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 15. 03. 2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0013/01/48

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. **a)** ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO COM BASE NA RECEITA DECLARADA PELO AUTUADO. RECOLHIMENTO A MENOS. Demonstrado que as informações declaradas pelo autuado foram inferiores aos valores registrados em documentos fiscais. Exclusão de exigência fiscal, nos períodos em que a receita bruta acumulada nos doze meses anteriores, não ultrapassou a R\$180.000,00, conforme art. 277 do RICMS/12. Infração 01 procedente em parte. **b)** OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Demonstrada a diferença entre os valores informados pelas administradoras de cartão e os que foram consignados nos documentos fiscais, como sendo decorrente de vendas em cartão pelo autuado. Exclusão de exigência fiscal, nos períodos em que a receita bruta acumulada nos doze meses anteriores não ultrapassou a R\$180.000,00, conforme art. 277 do RICMS/12. Infração 02 procedente em parte. Rejeitado pedido de nulidade, sob argumentação de quebra de sigilo fiscal no fornecimento das informações, pelas administradoras de cartão. A prestação das informações obedece ao disposto no art. 35-A da Lei nº 7.014/96. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 12/05/2017, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$74.988,85, em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

Infração 01 (17.02.01) - 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 em não recolhimento de parte do ICMS devido a erro na informação da receita, e/ou alíquota aplicada a menor, ocorrido de abril de 2016 a fevereiro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$13.419,99, acrescido de multa de 75%, nos termos do art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 e do inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96;

Infração 02 (17.03.16) – omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado pela administradora de cartão, ocorrido nos meses de maio de 2016 a fevereiro de

2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$61.568,86, acrescido de multa de 75%, nos termos dos arts. 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06 e do inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96.

O autuado apresentou tempestivamente a impugnação contra o Auto de Infração nas fls. 66 a 73. Alegou que foi ilegal a abertura do procedimento administrativo, pois o seu início ocorreu após a obtenção perante as instituições bancárias das informações sigilosas referentes às movimentações financeiras realizadas pela empresa, em ofensa ao que determina o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001.

Ressaltou que, de acordo com o dispositivo referido, apenas pode haver a obtenção das informações bancárias quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Requereu a nulidade do Auto de Infração em virtude da ilegalidade da forma adotada pelo fisco para a autuação.

Disse que possui direito à isenção concedida pelo art. 277 do RICMS/Ba, tendo em vista que é microempresa optante pelo Simples Nacional e as receitas brutas apuradas nos doze meses anteriores a cada período de apuração não ultrapassaram R\$180.000,00 (cento e oitenta mil reais).

Lembrou que atua no ramo de comércio de insumos agropecuários e afins, os quais, de acordo com o RICMS/BA, em seu art. 264, inciso XVIII, cumulado com o Convênio ICMS 100/97, sofrem isenção de ICMS. Acrescentou que as mercadorias que não são isentas são tributadas pelo regime da substituição tributária.

Desse modo, entende que, ainda que se considere que houve omissão de venda, jamais poderia haver presunção de falta de recolhimento de tributo, uma vez que todo o ICMS devido sobre a comercialização das mercadorias já foi devidamente recolhido antecipadamente, de modo que eventual cobrança de novo ICMS, ainda que à título de diferencial de alíquota, caracteriza-se, nitidamente, como bi-tributação.

Alegou, ainda, que a cobrança do ICMS na forma pretendida neste Auto de Infração continua a ensejar bi-tributação, uma vez que a empresa já recolhe o imposto na forma prevista na Lei do Simples Nacional. Logo, a antecipação tributária de ICMS ou cobrança de diferenças de alíquotas nas entradas nos Estados, em se tratando de empresas optantes pelo Simples Nacional, padece de inconstitucionalidade.

Comentou que a Confederação Nacional dos Dirigentes Lojistas ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade registrada sob o nº 4.384, objetivando a declaração da inconstitucionalidade dos atos normativos, destinados à cobrança do diferencial de alíquota das empresas optantes pelo Simples Nacional. A Confederação defendeu na referida ADI que, de acordo com a Constituição, o Estado destinatário só poderá tributar parcialmente a operação interestadual se o comprador do produto vendido em outro Estado for pessoa jurídica, igualmente contribuinte de ICMS, e comprar os produtos na qualidade de consumidor final.

Por entender que não houve falta de recolhimento do ICMS sobre as vendas realizadas, concluiu que também é improcedente a aplicação da multa de 75%.

Por todo o exposto, requereu a nulidade do Auto de Infração em função da quebra de sigilo bancário perpetrada pelo fisco antes de instaurado o processo administrativo, em total dissonância com a Constituição federal e com a LC 105/2001.

Requereu também que seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração, em função de o processo administrativo não estar considerando o fato de que a empresa, em função do seu faturamento bruto anual, é beneficiária de isenção conferida pelo art. 277 do RICMS/Ba, bem como que esta comercializa, em sua grande maioria, produtos com isenção concedida pelo art. 264 do citado Regulamento ou com o imposto já pago por antecipação tributária.

Por último, requereu que fosse determinada a retificação dos cálculos, expurgando dos mesmos os produtos isentos e, quando não isentos, deduzindo o ICMS pago antecipadamente, e através do Simples Nacional, bem como que seja excluída a multa de 75%, uma vez que não há o preenchimento das condições fixadas no art. 44, I, da Lei 9.430/96 para a sua aplicação, pois não houve recolhimento a menor de tributo.

O autuante apresentou informação fiscal nas fls. 86 a 88. Reiterou que o levantamento teve como base dados constantes nos arquivos da Sefaz (arrecadação e TEF), notas fiscais de saídas B-1 e D-1 apresentadas pelo contribuinte, bem como os Extratos do Simples Nacional constantes nos arquivos da Receita Federal, devidamente anexados ao Auto de Infração. Disse que todos os demonstrativos produzidos durante o levantamento foram entregues ao autuado, conforme recibo à fl. 61.

Contestou a ilegalidade de abertura de processo administrativo com base nas informações sigilosas, pois o art. 26 do RPAF considera iniciado o procedimento fiscal no momento da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exhibir elementos solicitados pela fiscalização. Como o início da ação fiscal deu-se em 10/04/2017, entendeu que ficou claro que o procedimento fiscal foi realizado à luz do que prevê a LC 105/2001, em seu Art. 6º, conforme citado pelo autuado em sua defesa.

Afirmou que, da análise dos documentos apresentados pelo contribuinte e confrontados com os arquivos existentes nos sistemas SEFAZ e Receita Federal, ficou constatado que a empresa obteve receitas superiores a R\$180,000,00 (cento e oitenta mil reais), conforme pode ser averiguado nos demonstrativos anexados ao PAF (fls. 08 a 24), ficando, portanto, fora da faixa de isenção.

Atestou, ainda, que o cálculo do imposto cobrado foi efetuado com base na legislação vigente, tendo sido inclusive considerada a proporcionalidade, como pode ser verificado na coluna E do anexo 1 (fls. 08 e 17), lembrando que o cálculo do imposto é feito sobre o faturamento.

Assim, entendeu que não procede o pedido de inaplicabilidade da multa de 75%, tendo em vista que a mesma obedece aos requisitos da legislação vigente.

VOTO

Não acato o pedido de nulidade da infração 02 sob a argumentação de quebra de sigilo fiscal, direito previsto no texto Constitucional, sob o pretexto de que as informações não poderiam ser obtidas das instituições financeiras, antes de iniciado o processo administrativo. A prestação das informações obedece ao disposto no art. 35-A da Lei nº 7.014/96 que exige a entrega das informações e remete ao regulamento, a definição do prazo e da forma de sua apresentação. A Portaria nº 124/2006, estabeleceu que até o décimo quinto dia de cada mês as administradoras de cartão de crédito deveriam entregar à SEFAZ arquivos eletrônicos contendo as informações relativas a todas as operações de crédito e de débito efetuadas no mês anterior por contribuintes do ICMS deste Estado. Ademais, o art. 167 do RPAF, estabelece que não se incluem na competência dos órgãos julgadores, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual.

O método utilizado pelo autuante para apuração do imposto devido na infração 02 está baseado em hipótese legal de presunção, contida no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, conforme indicado no enquadramento da infração, que autorizava a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sem pagamento do imposto, quando a escrituração indicasse a ocorrência de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões.

Em razão da exigência fiscal contida na infração 02 estar baseada em presunção estabelecida em lei, caberia ao autuado constituir prova em contrário, apresentando a correspondência entre os valores informados pela administradora de cartão e os documentos fiscais por ele emitidos.

No mérito, o presente Auto de Infração consiste na exigência do ICMS na forma do simples nacional, referente à apuração da diferença encontrada após comparação do valor declarado pelo autuado com o valor calculado pelo fisco, seja em razão das notas fiscais emitidas e não incluídas na declaração do autuado (infração 01), seja em razão de presunção legal de omissão de saídas com base em divergência entre o valor informado pelas administradoras de cartão e o valor das notas fiscais emitidas (infração 02).

Não existe exigência fiscal à título de diferencial de alíquota, como alegado pelo autuado, nem exigência que caracterize bi-tributação, pois dos valores informados pelas administradoras de cartão foram abatidos aqueles consignados nos documentos fiscais como vendas em cartão pelo autuado (coluna D dos demonstrativos às fls. 08 e 17), bem como foi considerada a proporção das saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, calculada com base nas entradas, conforme arquivo denominado “Arquivo da Proporcionalidade da ST” em CD à fl. 60.

Convém destacar, ainda, que a base de cálculo do Simples Nacional é a receita das vendas, incluídas as operações com mercadorias que possuem hipótese de isenção, que somente se aplica aos contribuintes que apuram o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal. Apenas são excluídas do Simples Nacional as receitas decorrente de vendas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, que foi observado pelo autuante quando da aplicação da proporcionalidade. Assim, fica afastada a alegação do autuado de ser indevida a cobrança pelo Simples Nacional sobre mercadorias que gozam de isenção nas operações internas.

Desse modo, a apuração do imposto devido nas duas infrações está demonstrada no arquivo denominado “Análise do ICMS SN a Reclamar”, em CD à fl. 60 e em papel às fls. 16 e 24. O valor apurado na infração 01 decorre da aplicação da alíquota estabelecida na Lei Complementar nº 123/06 sobre a base de cálculo correspondente aos valores das notas fiscais emitidas e não declaradas (coluna P). A relação das notas fiscais emitidas estão no arquivo denominado “Lista de Documentos Fiscais Emitidos” em CD à fl. 60 e as declarações do autuado anexadas das fls. 27 a 59.

Já em relação à infração 02, o imposto apurado decorre da aplicação da alíquota estabelecida na Lei Complementar nº 123/06 sobre a base de cálculo das saídas omitidas, correspondente à diferença entre os valores informados pelas administradoras de cartão e os que foram consignados nos documentos fiscais como sendo decorrentes de vendas em cartão pelo autuado (coluna N). Os valores informados pela administradora de cartão estão no arquivo denominado “Relatório TEF por Operação” e as vendas declaradas pelo autuado como ocorridas em cartão, listadas no arquivo denominado “demonstrativo de omissão de receita” em CD à fl. 60.

O regime de apuração pelo Simples Nacional consiste na aplicação de alíquotas sobre a receita auferida, cujo percentual varia em função da receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao da apuração, conforme § 1º do art. 21 da Resolução CGSN 94/11:

“§ 1º Para efeito de determinação da alíquota, o sujeito passivo utilizará a receita bruta total acumulada auferida nos 12 (doze) meses anteriores ao do período de apuração. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 1º)”.

Por força do art. 277 do RICMS/12, a alíquota de 1,25%, aplicável quando a receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao do período de apuração não ultrapasse a R\$180.000,00, jamais será aplicada, pois o referido dispositivo isenta do pagamento do ICMS as microempresas optantes pelo Simples Nacional que tenham o faturamento até este valor.

De acordo com o demonstrativo à fl. 15, a receita bruta acumulada apenas superará o patamar de R\$180.000,00 no mês de junho de 2016, tornando as exigências dos meses de abril a junho de 2016 improcedentes, tanto para a infração 01 quanto para a infração 02.

Desse modo, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, retirando as exigências referentes aos meses de abril a junho de 2016, tanto da infração 01 como da infração 02, ficando o lançamento tributário reduzido para R\$12.290,69 na infração 01 e R\$57.783,17 na infração 02.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110419.0002/17-9**, lavrado contra **CASA RURAL COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$70.073,86**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, c/c os arts. 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06, e dos acréscimos legais previstos na Lei nº 3.956/81.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de fevereiro de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS– PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO– JULGADOR