

PROCESSO - A. I. Nº 110419.0002/17-9
RECORRENTE - CASA RURAL COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA. - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0013-01/18
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/03/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0044-12/19

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 12/05/2017, para exigir 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.

A 1ª JF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, por unanimidade, com base no voto do Relator de primeiro grau, a seguir transcrito:

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.

Inconformado, o autuado apresentou tempestivamente Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª JF nas fls. 108 a 111.

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.

De igual forma não deve prevalecer à Decisão recorrida no que tange à limitação da isenção concedida pelo art. 277 do RICMS ao período compreendido entre abril e junho de 2016. Isto porque, deve ser considerada a receita informada pela Recorrente nos documentos fiscais emitidos, uma vez que, além de ser ilegal e nula a obtenção de informações bancárias da empresa, não há como considerar todos os valores apontados pelas administradoras de cartões como sendo faturamento da empresa.

Em sendo assim, pela simples análise dos valores elencados na infração 1, verifica-se que a Recorrente não ultrapassou o faturamento de R\$180.000,00 acumulado nos últimos 12 meses de todo o período objeto do presente Auto de Infração.

Desta forma, o Auto em tela deve ser, também por esta razão, julgado totalmente improcedente.

Entende que não deve prevalecer o entendimento exarado na decisão recorrida, de que as hipóteses de isenção suscitadas pela Recorrente apenas se aplicam a contribuintes que apuram o imposto pelo regime de conta corrente fiscal, uma vez que a regulamentação do ICMS não estabelece limitação ao benefício de isenção a determinado regime de tributação, devendo, pois, ser aplicado a todos os contribuintes que atuam no ramo de comércio de insumos agropecuários e afins, o art. 264, inciso XVIII, do RICMS/BA, cumulado com o Convênio ICMS 100/97.

Assim, resta demonstrada a total improcedência das infrações em discussão, uma vez que a grande maioria das mercadorias comercializadas pela Recorrente está acobertada pela isenção, **conforme comprovado pelas Notas Fiscais já apresentadas no Procedimento Administrativo**. Não havendo obrigação de recolhimento de ICMS, não há que se falar em infração por falta de recolhimento deste.

Por fim, no que se refere ao entendimento de que inexistente cobrança de diferencial de alíquota, nem bitributação, persiste sem razão o nobre Julgador, uma vez que, em que pese à afirmação de que foram abatidos dos valores informados pelos cartões aqueles consignados nos documentos fiscais, e que foi aplicada a proporção das saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, estas, ainda assim, não condizem com a realidade da proporção de mercadorias adquiridas pela Recorrente no regime de substituição tributária, conforme comprovado pelos documentos fornecidos.

Desta forma, caso não seja acolhida a defesa da Autuada, deve, ao menos, o presente Auto de Infração ser convertido em diligência, para que seja apurada a real proporção de mercadorias comercializadas sob o regime de substituição tributária, bem como aquelas beneficiadas pela isenção do ICMS.

Por fim, no que tange à multa aplicada, deve-se considerar que, ainda que se considere que houve omissão de saída de mercadorias, em não havendo falta de recolhimento do ICMS sobre as vendas

realizadas pela Recorrente, tem-se que a única infração que poderia ser imputada à Recorrente seria o descumprimento de obrigação de escrituração fiscal, o que torna improcedente, também, a aplicação da multa de 75%, razão pela qual requer a Recorrente, desde já, a sua exclusão.

Conclui requerendo que seja PROVIDO O PRESENTE RECURSO VOLUNTÁRIO, reformando-se a decisão recorrida, para declarar a nulidade do Auto de Infração em função da quebra de sigilo bancário e, na hipótese de ser ultrapassada a nulidade apontada, requer a Recorrente a reforma da decisão recorrida, para, no mérito, JULGAR TOTALMENTE IMPROCEDENTE O AUTO DE INFRAÇÃO, pelas seguintes razões:

- 1- o Processo Administrativo não levou em conta o fato de que a empresa comercializa, em sua grande maioria, produtos isentos, os quais devem ser excluídos dos cálculos de apuração de suposto débito de ICMS.
- 2- o faturamento bruto anual apurado nos 12 meses anteriores a todo o período objeto do Auto em tela ser inferior a R\$180.000,00, é beneficiária de isenção conferida pelo art. 277 do RICMS/Ba.
- 3- a grande maioria, produtos comercializados estão amparados pela isenção concedida pelo art. 264 do RICMS/Ba, os quais devem ser excluídos dos cálculos de apuração de suposto débito de ICMS, independente do regime de tributação escolhido pela empresa.
- 4- não estão sendo deduzidos todos os tributos pagos pela Recorrente no regime da substituição tributária.

Requer seja convertido o feito em diligência, determinando-se a retificação dos cálculos, para apurar a real proporção das aquisições realizadas no regime de substituição tributária e com mercadorias isentas de ICMS.

Por fim, solicita a exclusão da multa de 75%, uma vez que não há o preenchimento das condições fixadas no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96 para a sua aplicação, pois não houve recolhimento a menor de tributo.

VOTO

Da mesma forma que entendeu o relator da decisão de piso, não acato o pedido de nulidade da infração 02 sob a argumentação de quebra de sigilo fiscal, uma vez que 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, e a Portaria nº 124/2006, estabelece os procedimentos a serem observados pelas administradoras de cartões de crédito ou de débito quanto ao fornecimento de informações relativas às operações transacionadas por contribuintes do ICMS.

Art. 35-A. As administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

Nota 1: O art. 35-A foi acrescentado pela Lei nº 9.837, de 19/12/05, DOE de 20/12/05, efeitos a partir de 01/01/06.

Portanto, a luz do art. 167 do RPAF, este Conselho não tem competência para declarar inconstitucionalidade da legislação estadual ou a negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

- I - a declaração de inconstitucionalidade;*
- II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.*
- III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.*

Neste caso, estando o procedimento fiscal amparado pela legislação fiscal, vigente à época dos fatos geradores, caberia ao autuado comprovar a correspondência entre os valores informados

pela administradora de cartão e os documentos fiscais por ele emitidos.

No mérito, o presente Auto de Infração exige o crédito tributário pelo cometimento de duas infrações:

A primeira refere-se 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.

A segunda infração, apurada através de presunção legal, em razão de omissão de saídas com base em divergência entre o valor informado pelas administradoras de cartão e o valor das notas fiscais emitidas.

Como bem esclarecido no voto da decisão de piso, não existe exigência fiscal a título de diferencial de alíquota, como alegado pelo autuado, nem exigência que caracterize bitributação, pois dos valores informados pelas administradoras de cartão foram abatidos àqueles 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.

Neste caso, Recorrente não concorda com a proporção das saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária que, no seu entendimento, não condiz com a realidade da proporção de mercadorias adquiridas no regime de substituição tributária sem, contudo, apontar onde estaria o erro no demonstrativo apresentado ou apresentar demonstrativo que pudesse elidir esta infração.

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.

A receita bruta acumulada supera o patamar de R\$180.000,00 no mês de junho de 2016, conforme o demonstrativo à fl. 15, portanto, as exigências dos meses de abril a junho de 2016 são improcedentes, tanto para a infração 1 quanto para a infração 2, como consignado no voto da 1ª JF.

Desta forma, não tendo o Recorrente apresentado provas que pudessem elidir a autuação, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado para manter a decisão de primeira instância pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **110419.0002/17-9**, lavrado contra **CASA RURAL COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o recorrente 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de fevereiro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

CARLOS ANTONIO BORGES COHIM SILVA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS