

PROCESSO - A. I. Nº 210316.0003/12-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - EMBAMIL COMERCIAL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3ª JJF nº 0059-03/13
ORIGEM - INFAS VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 26/08/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0237-12/13

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A exoneração parcial do débito, em ambos os itens, decorreu de revisão no lançamento levada a efeito pelo autuante, quando da informação fiscal. Corrigido, de ofício, a multa do item 2º para 75%, conforme prevê o art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96. Mantida a Decisão recorrida quanto ao mérito. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal - 3ª JJF, que por intermédio do Acórdão nº 0059-03/13 decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração em referência, lavrado em 15/06/2012 para constituir originalmente crédito tributário no valor de R\$105.466,84, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menos, nos meses de novembro de 2007; fevereiro de 2008 a dezembro de 2009; janeiro, março, junho a dezembro de 2010; janeiro a novembro de 2011. Valor do débito: R\$101.735,51. Multa de 75%.

Infração 02: Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos meses de agosto, outubro e novembro de 2007; janeiro a novembro de 2008; janeiro a maio, julho agosto, outubro a dezembro de 2009; março, junho outubro e novembro de 2010; janeiro, fevereiro, abril a agosto e novembro de 2011. Valor do débito: R\$3.731,33. Multa de 150%.

A 3ª JJF decidiu a lide com fundamento no Voto abaixo reproduzido:

(...)

O primeiro item do Auto de Infração se refere ao recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menos, nos meses de novembro de 2007; fevereiro de 2008 a dezembro de 2009; janeiro, março, junho a dezembro de 2010; janeiro a novembro de 2011.

Este primeiro item do Auto de Infração está relacionado com a infração 02. Em virtude disso, os demonstrativos do item 2º são compartilhados com os do item 1º, e em tal situação os documentos utilizados na elaboração dos demonstrativos do item 2º também se referem a este item da autuação.

No levantamento fiscal, o autuante adicionou às vendas declaradas os valores das omissões constatadas nos respectivos meses, apurando a receita. Foi efetuada a segregação e apuração da omissão de acordo com a proporcionalidade da receitas de mercadorias da substituição tributária, conforme estabelece o § 4º do art. 18 da Lei Complementar 123 de 14/12/2006. Com a nova receita calculada é que foram apurados os débitos constantes nas infrações 01 e 02 deste Auto de Infração, sendo observadas as alíquotas constantes no Anexo 1 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006.

De acordo com o § 4º do art. 18 da referida Lei Complementar 123/2006, o contribuinte deverá considerar destacadamente, para fins de pagamento do imposto: a) as receitas decorrentes da revenda de mercadorias; b) as receitas decorrentes da venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte; c) as receitas decorrentes da prestação de serviços, bem como a de locação de bens móveis; d) as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária; e) as receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou do consórcio previsto na referida Lei Complementar. Portanto, foi efetuada análise dos documentos do autuado, relativos ao Simples Nacional, sendo considerados no levantamento fiscal os valores declarados na DASN ou recolhido pelo contribuinte, conforme a coluna F do demonstrativo “ANÁLISE DO ICMS SIMPLES A RECLAMAR” em cada exercício fiscalizado.

Vale salientar, que na apuração do montante devido no mês relativo a cada tributo, o contribuinte que apure receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas à substituição tributária e receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, terá direito a redução do valor a ser recolhido na forma do Simples Nacional, conforme estabelece o § 12 do art. 18 da mencionada Lei Complementar 123/06.

O defensor alegou que constatou a existência no levantamento fiscal de notas fiscais duplicadas, inclusão de notas fiscais de remessa, notas fiscais fora da sequência numérica, além de duplicitade em relação a notas fiscais da Substituição Tributária.

Na última informação fiscal às fls. 2791 a 2797 dos autos, o autuante disse que acatou parcialmente as razões defensivas e que refez o levantamento fiscal referente aos exercícios de 2007 a 2011, utilizando o programa AUDIG. Indicou os procedimentos realizados em relação às notas fiscais alegadas pelo autuado, concluindo pela redução do débito originalmente apurado, conforme os novos demonstrativos que acostou às fls. 2798 a 2827 do PAF.

À fl. 2835 do PAF, o autuado foi intimado da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos pelo autuante, constando Aviso de Recebimento à fl. 2836. Decorrido o prazo concedido, o defensor não se manifestou.

Entendo que está caracterizada a irregularidade apontada no Auto de Infração, sendo devido o imposto apurado nos novos demonstrativos elaborados pelo autuante, reduzindo o débito para o total de R\$5.019,48. Acato o resultado da revisão efetuada pelo autuante e concluo pela subsistência parcial desta infração.

O 2º item do Auto de Infração trata de omissão de saída de mercadoria tributada presumida, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos meses de agosto, outubro e novembro de 2007; janeiro a novembro de 2008; janeiro a maio, julho agosto, outubro a dezembro de 2009; março, junho outubro e novembro de 2010; janeiro, fevereiro, abril a agosto e novembro de 2011.

Foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, e tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96.

Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, tendo sido entregue ao sujeito passivo o Relatório Diários por Operação TEF, o que possibilitou fazer o confronto dos valores obtidos nas reduções “Z” e notas fiscais de vendas com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/ crédito.

À época dos fatos geradores, o autuado estava inscrito no SIMPLES NACIONAL, na condição de empresa de pequeno porte e foi apurada operação realizada sem documentação fiscal, ficando o contribuinte obrigado a recolher o tributo devido em decorrência da prática da infração apurada por meio do levantamento fiscal.

Observo que o Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar 123/2006, que estabelece um tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias.

O autuado alegou que apesar de suas limitações técnicas para verificação dos cupons fiscais de forma individualizada, foi possível verificar coincidência de datas e valores entre cupons fiscais e autorizações em valores superiores àqueles considerados pelo autuado, nos meses de janeiro, maio e junho de 2011. Entende que os totais de Redução Z com cartão devem ser retificados para R\$20.210,51, R\$17.687,64 e R\$13.640,88, conforme demonstrativos que acostou aos autos.

Observo que não se trata de comparar as vendas realizadas com o montante das operações com cartões de crédito/débito, e sim o confronto entre o total de vendas efetuadas pelo contribuinte de acordo com os documentos fiscais emitidos e os correspondentes valores dos cartões de crédito/débito, fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões.

O autuante disse que procedem as alegações do autuado e que foram refeitos os cálculos relativos aos anos de 2007 a 2011. Que foram retificados os valores de vendas emitidas com cupom fiscal (Redução Z), através de batimentos com a importação de arquivos eletrônicos, sendo gerados novos relatórios.

Na última informação fiscal, o autuante indicou os procedimentos realizados, concluindo que o débito originalmente apurado ficou reduzido, conforme novos demonstrativos às fls. 2798 a 2827.

O defensor foi intimado da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos pelo autuante, constando Aviso de Recebimento à fl. 2836, e não foi apresentada qualquer manifestação pelo autuado.

Concluo pela procedência parcial deste item da autuação fiscal, no valor total de R\$3.014,71, acatando os novos demonstrativos elaborados pelo autuante.

Em relação à intervenção da PROFIS, solicitada pelo autuado, entendo que nesta fase de julgamento, e no caso em exame, não se encontram as situações elencadas no art. 118 do RPAF/99 para solicitação de Parecer.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo:(...)"

Da Decisão acima, a 3ª JJF recorreu, de ofício, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

VOTO

Reparo algum merece a Decisão recorrida. Ambos os itens da autuação foram decorrentes de apurações levadas a efeito pela fiscalização relacionadas a contribuinte optante pelo regime do Simples Nacional.

Vejo que a primeira infração, que trata de *"erro de informação da receita e/ou aplicação a menos da alíquota"* e, a segunda infração que se reporta *"a omissão de saída presumida por meio de levantamento por venda com pagamento por meio de cartão de crédito"* o recorrido, quando da defesa inicial, apontou, demonstrou e comprovou que em ambas as infrações, diversos equívocos foram cometidos pelo autuante, a exemplo de diversas notas fiscais computadas em duplicidade, tanto em relação as referentes às operações com tributação normal, quanto àquelas relacionadas a operações com substituição tributária, bem como incorreções nos totais de redução "Z" considerados pela fiscalização.

Na primeira informação fiscal prestada pelo autuante, fls. 2.740 a 2.744, este acolheu os argumentos defensivos e após elaborar novos demonstrativos, conclui pela redução da infração 1 do valor de R\$101.735,51 para R\$6.741,19 enquanto que para a infração 2, no valor de R\$3.731,33 propôs a redução para o valor de R\$3.008,85.

O recorrido ao se manifestar quanto ao resultado da revisão levada a efeito pelo autuante, voltou a se insurgir quanto aos novos valores apontados pelo autuante, fls. 2.786 a 2.789, apontando equívocos que remanesceram, fato este que levou o autuante, através de uma segunda intervenção, fls. 2.791 e seguintes, a reduzir, mais uma vez, a infração 1 para o valor de R\$5.019,46 e a seguinte para o valor de R\$3.014,68, totalizando o débito na quantia de R\$8.034,14. Considerando que não mais houve manifestação por parte do recorrido, a 3ª JJF, corretamente, acolheu o resultado da segunda revisão e decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração no valor de R\$8.034,18, no que concordo.

Por outro lado, noto que no item 2º deste Auto de Infração foi aplicada multa de 150% com tipificação no art. 44, I, e § 1º, da Lei federal nº 9.430/96, c/c o art. 35 da LC 123/06. Ocorre que a multa prevista no inciso I do art. 44 da referida lei é de 75%, e não de 150%, como foi posta no Auto de Infração. Este é o entendimento que atualmente vem prevalecendo neste CONSEF, a exemplo do consignado no bem elaborado Voto inserido no Acórdão nº 0139-01/03, cujo excerto, abaixo reproduzo:

(...)

O § 1º do art. 44 prevê que o percentual de tal multa (75%) será duplicado (150%) "nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei Federal nº 9.430/96 c/c Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06. 4.502, de 30 de

novembro de 1964". Portanto, a multa não é duplicada "sempre", mas, apenas, nos casos dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

O art. 71 da Lei nº 4.502/64 cuida de ação ou omissão dolosa (situação em que, com emprego de maquinações ou má-fé, o contribuinte induz a autoridade fazendária a erro, impedindo ou retardando o conhecimento dos fatos).

O art. 72 cuida de fraude (logro, burla, ilusão, falsificação, visando a impedir ou retardar ocorrência do fato gerador, a fim de reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento).

E o art. 73 cuida de conluio (combinação, trama, conspiração entre duas ou mais pessoas).

Nestes autos, em nenhum momento se falou em dolo, fraude ou conluio. Na imputação não consta nada nesse sentido. Dolo, fraude e conluio não se presumem. Ou o fato doloso, fraudulento ou tramado secretamente é acusado e provado, ou de dolo, fraude e conluio não se trata.

Por conseguinte, no caso em apreço não se trata de infração qualificada, e sim de infração pura e simples: omissão de saídas de mercadorias presumida por meio de apuração através de Notas Fiscais de entrada em confronto com a escrituração do Registro de Entradas, conforme foi descrito no Auto.

E se a infração não é qualificada, a multa aplicável é a básica, de 75%, e não a multa agravada, em dobro, de que cuida o § 1º do art. 44 da Lei federal nº 9.430/96".

Isto posto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, porém, de ofício, corrijo a multa do item 2º para 75%, conforme prevê o art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96. Recomendo que sejam homologados os valores recolhidos através do parcelamento do débito de fls. 2.839 a 2.840.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar, quanto ao mérito, a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 210316.0003/12-3, lavrado contra **EMBAMIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.034,18**, acrescido da multa de 75%, prevista nos arts. 35, da LC 123/06 e 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos via parcelamento de débito.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de agosto de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS