

PROCESSO - A. I. Nº 124267.0001/11-6
RECORRENTE - CASA CARNE GARCIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0013-04/12
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET -04/10/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0277-12/13

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. ERRO NA DETERMINAÇÃO DAS RECEITAS MENSAS E DAS ALÍQUOTAS APLICÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. 2. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS COM OS VALORES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Corrigido, de ofício, a multa do item 2º para 75%, conforme prevê o art. 44, I, da Lei federal nº 9.430/96. Rejeitadas as nulidades arguidas. Indeferido o pleito de diligência ou perícia fiscal. Mantida a Decisão recorrida quanto ao mérito. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte inconformado com a Decisão de 1ª Instância, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA.

O Auto de Infração, lavrado em 29/03/2011, exige ICMS no valor de R\$ 31.714,60, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades à legislação tributária:

INFRAÇÃO 1 – Falta de recolhimento de valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), em virtude de erro na informação da receita e / ou alíquota, aplicadas a menor (julho de 2007 a dezembro de 2008). Valor lançado de R\$ 18.815,46 e multa de 75%, prevista no art. 35 da LC 123/2006 c/c art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07.

INFRAÇÃO 2 – Omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartões, em valor inferior ao informado por instituição financeira e / ou administradora (julho de 2007 a dezembro de 2008). Valor lançado de R\$ 12.899,14 e multa de 150%, prevista no art. 35 da LC 123/2006 c/c art. 44, I, §1º da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07.

Está registrado, no corpo da peça inicial, que após o levantamento da receita total, foi feita a segregação daquelas provenientes das vendas de mercadorias sujeitas à substituição tributária (coluna “PROP ST (M)” de fl. 22), com o fim de encontrar a base de cálculo, utilizando o sistema de informática denominado AUDIG (Auditoria Digital). A primeira infração decorre das divergências entre as receitas declaradas no PGDAS (Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional) e as levantadas nos documentos apresentados pelo contribuinte, enquanto a segunda de auditoria de vendas com cartões.

Após análise das peças processuais, a 4ª JJF prola a seguinte Decisão de mérito após rejeitar as arguições de nulidade levantadas pelo impugnante:

[...]

No mérito, relativamente à infração 01, o impugnante cingiu-se a afirmar que não foi apresentado demonstrativo das quantias efetivamente pagas ou da diferença que o fisco alega ser devido. Não lhe assiste razão, uma vez que as planilhas de cálculo foram juntadas às fls. 20 a 29 e possuem todas as informações necessárias para a compreensão da natureza e do montante do tributo lançado.

Ao compulsar os levantamentos fiscais, observo que foi destacada a relação de proporcionalidade entre as receitas com substituição tributária e aquelas sem substituição tributária (coluna “PROP ST (M)” de fl. 22).

Com efeito, a base de tributação (resultante da soma entre as vendas designadas nos documentos fiscais e as diferenças encontradas na auditoria de cartões) foi submetida às alíquotas constantes do Anexo I da Lei Complementar 123/06.

Uma vez apurado o tributo devido, o mesmo foi confrontado com aquele declarado nos Extratos do Simples Nacional, de forma que, com relação ao período fiscalizado, o contribuinte acumulou diferenças de ICMS a recolher, conforme fls. 23 e 28. Tais diferenças, determinadas mensalmente, foram desmembradas por infração, como demonstram os relatórios de fls. 24 e 29 (colunas “ICMS CARTÃO (150%)” (infração 02) e “OMISSÃO DE RECOLHIMENTO / RECOLHIMENTO A MENOR (75%)” (infração 01)).

O mencionado equívoco na aplicação de alíquotas decorre do uso de percentuais menores do que aqueles especificados no Anexo I da LC 123/2006.

De acordo com o art. 18 da LC 123/2006, a apuração é feita com base na receita auferida mensalmente, incidindo sobre a mesma as alíquotas do Anexo I. Foram devidamente abatidos os valores recolhidos, consoante planilhas de fls. 23 e 28, e utilizada (s) a (s) alíquota (s) referente (s) à parcela do ICMS no conjunto dos tributos que compõem o Simples Nacional.

A segunda infração decorre da presunção encartada no art. 4º, § 4º da Lei n 7.014/96, acima transcrito, e por isso não há que se falar em concessão de crédito. A única forma de elidi-la seria apresentar documentos fiscais que guardassem correspondência de valores e datas com os registros constantes do Relatório Diário de Operações TEF, entregue ao autuado (fl. 12).

O argumento de que nem sempre as quantias informadas pelas administradoras correspondem a efetivas vendas, em face da utilização de cartões para empréstimos ou trocos constitui mera negativa de cometimento do ilícito, que não tem força para afastar a presunção relativa de legitimidade da autuação fiscal (art. 143, RPAF/99).

A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto.

Infrações caracterizadas.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão, a empresa interpõe Recurso Voluntário (fls.154/177). Após indicar as infrações a si imputadas, afirma que elas não podem prosperar, uma vez que:

1. No relatório do Acórdão consta o reconhecimento de erro por parte da fiscalização no momento que declara que apenas tomou para apuração do imposto as receitas declaradas no PGDAS e as informações obtidas junto às empresas administradoras de cartões, fatos estes sem qualquer valor, o que demonstra o desconhecimento da fiscalização dos seus lançamentos fiscais. Entende que o fato é, obrigatoriamente, ensejador de perícia, na forma anteriormente requerida e rejeitada pela JJF, tornando o Acórdão “*imprestável pela incontestável parcialidade*” e nula a infração 01.
2. De forma abusiva, a JJF desobedeceu ao princípio da isonomia, deixando de acatar os documentos juntados com a defesa, por entender que o simples fato do fisco ter utilizado “*um sistema denominado AUDIG*” foi suficiente para apurar a verdade dos fatos e o valor do imposto exigido. E completa: “*Se não há como vinculá-las (Simples Nacional pelas vendas reais e não ICMS cobrados para que haja a contrapartida do Credito Tributário), também não há como fazer a desvinculação, se analisarmos a situação pelo princípio do “in dubio contra fiscum”, largamente utilizado em nosso Direito Tributário*”.
3. Que no Acórdão recorrido a 4ª JJF afirmou não ter competência para afastar a aplicabilidade da legislação tributária estadual.

E neste discurso, entende que por estar enquadrado no Simples Nacional é necessário o confronto dos dados levantados pela empresa com os dados apresentados pelo fisco e pelas administradoras de cartão de crédito, para verificar as reais vendas realizadas, o que não foi feito.

Levanta questão em relação à infração 1 no sentido de que como o Simples Nacional engloba todos os valores referentes aos tributos Federais, Estadual e Municipal, inexiste no presente qualquer comprovação do valor efetivamente recolhido, deixando de demonstrar a sua compensação, bem como, a demonstração de qual o valor real da diferença que o fisco estadual alega existir ou até mesmo recolhido a menor. E, se tivesse recolhido a menor o ICMS, consequentemente teria assim feito com os demais tributos, tributos que sequer foram verificados, haja vista que se trata de uma única alíquota que engloba todos eles. E se tivesse havido erro na sua escrituração contábil, ele poderia ser sanado a qualquer momento, desde que não houvesse a aplicação de penalidade excessiva.

Ressaltando que os dispositivos legais infringidos, inclusive da multa aplicada, referem-se ao Simples Nacional (art. 21 e 35, da LC 123/06), diz que *“não houve a devida apreciação da matéria”*, pois apesar das incongruências das informações, o Auto de Infração está longe de ser conclusivo. Assim, sacando do princípio da legalidade e o da transparência, novamente requer prova pericial para a correta apreciação da matéria, voltando a abordar que os valores constantes das planilhas não o leva a conhecer a real situação dos fatos, que os valores recolhidos não foram compensados, inclusive desconhece se eles são do seu estabelecimento. Em assim sendo, a fiscalização ao aplicar o art. 21, II, da LC 123/06 não demonstrou ter havido qualquer infração.

Neste caminhar, passa a discutir o Regime do Simples Nacional e que desconhece as notas fiscais apresentadas pelo fiscal. Que elas apenas ensejam indícios de ocorrência de operação mercantil de compra e venda e não um ilícito tributário. Além do mais, se o imposto fosse devido, deveriam ser abatidos os créditos fiscais constantes das notas fiscais de aquisições. E tal afirmativa demonstra, mais uma vez, que o Auto de Infração encontra-se eivado de vícios, *“sendo nulo de pleno direito, pois o fiscal autuante se quer teve o trabalho de realizar uma auditoria/perícia nos livros do recorrente, acarretando em erro material que mesmo diante dos fatos não admite tal situação”*.

Em seguida, afirma que o montante da base de cálculo apurada não justifica qualquer infração, não sabendo como a fiscalização chegou a este valor. E continua *“Com simples conta aritmética, verifica-se que o AI cobra a diferença do ICMS pago a menor, e não o Simples Nacional na Sua integralidade, demonstrando que de fato houve pagamento por parte do recorrente, então, desta forma, o Fisco Estadual, só tem competência para cobrar este imposto, e o não o valor integral, sendo que, O AI demonstra que está sendo cobrado o valor integral do Simples Nacional, aplicando uma alíquota cheia englobando todos os tributos Federais, Estadual e Municipal. O erro do fisco é tão gritante, que no mesmo AI, é utilizado duas bases de calculo, qual seja, uma base de calculo dos supostos valores apurados pelo fiscal Recorrente para apurar o não recolhimento do Simples Nacional e outra base de calculo através do cartão de credito para apurar o mesmo Simples Nacional e conseqüentemente o mesmo ICMS que o fiscal alega que não fora pago”*.

Portanto a infração 1 encontra-se eivada de vícios sendo nula.

Passa a atacar a infração 2 trazendo os mesmos argumentos já declinados neste relatório, acrescentando o seguinte:

1. É corriqueiro no dia-a-dia das empresas de debitarem valores no cartão para trocos, empréstimos, ou que parte de uma operação comercial seja pago no cartão de crédito, outra em dinheiro ou cheques, inclusive a pedido do próprio consumidor. Em resumo, nem sempre os valores fornecidos pela administradora de cartão de crédito correspondem a efetivas vendas de mercadorias, às vezes podendo mesmo superá-las.

2. As informações fornecidas pelas administradoras não são consideradas como documentos fiscais, portanto, imprestáveis como fonte de prova.
3. A autuação deve estar adstrita à lei.
4. Não se pode extrair das planilhas apresentadas se os valores fornecidos pela administradora de cartão de crédito são relativos à integralidade das operações, “*o que daria vazão a uma dupla tributação*”, ferindo o art. 37 da CF/88.
5. Como no próprio Auto de Infração declara de que existe uma diferença entre as declarações feitas pelo contribuinte e as que fornecidas pelas administradoras, chega à conclusão de que houve pagamento de parte do ICMS, assim a base de cálculo do imposto nunca poderá ser o valor integral das entradas, e sim a diferença entre o valor declarado pelo contribuinte e o disponibilizado pelas referidas administradoras.
6. Foram consideradas duas bases de cálculo para um mesmo período, aplicando uma mesma alíquota, cobrando imposto em duplicidade.

Requer a nulidade da ação fiscal.

Após todas estas colocações, passa a dissertar sobre o cerceamento do direito de defesa, sobre o princípio da legalidade (o fiscal autuante não é contador, sendo servidor incompetente para exercer a atividade de fiscalização) e das formalidades legais inerentes a um lançamento fiscal de ofício.

A respeito deste último tópico, diz que:

1. inexistente nos autos “Termo de Início de Fiscalização”, precisamente: no item “Dados da Lavratura” foi consignada a data de encerramento da fiscalização porém não a do início. Em assim sendo e conforme dispõe o art. 28, o Auto é nulo, pois não pode exercer o seu direito de saber o prazo de 90 dias para conclusão dos trabalhos fiscalizatório foi cumprido.
2. Lavratura do Auto de Infração por autoridade incompetente. Novamente discorre sobre o seu entendimento de que obrigatoriamente o fiscal deveria, por obrigação de sua atividade, ter formação em contabilidade. Além do mais, o Auto de Infração foi lavrado por um agente de tributos e não por um auditor fiscal como determina a norma legal, único agente que poderia fazê-lo.

Combate, em seguida, as multas e demais acréscimos moratórios aplicados, os considerando abusivos. Demonstrando seu inconformismo pela não apreciação pela JJF da sua impugnação a respeito das multas aplicadas, diante da vedação legal imposta a este foro administrativo, afirma que se assim o é, torna “inócua e obsoleta” as decisões neste foro proferidas.

Em seguida entende que com o advento da Lei nº 9.298/96 a multa por inadimplemento no Brasil passou para o máximo de 2%, Assim, multa de 150% configurar-se em patente enriquecimento sem causa por parte da Fazenda Pública Estadual. E, neste seu caminhar, discorre de maneira minuciosa, sobre o confisco. Quanto aos acréscimos moratórios e correção monetária, como consignado no Auto de Infração, juntamente com a multa aplicada, diz que este fato configura-se *bis in idem*.

Falando novamente sobre a necessidade de perícia contábil, inclusive apresentando quesitação, diz ser “*totalmente improcedente a alegação de omissão de saída de mercadorias tributável apurada através de entradas de mercadorias não registradas*”.

Requer a nulidade ou improcedência da autuação e, caso assim não se decida, a sua procedência parcial, deduzindo-se do valor exigido aquele que foi devidamente recolhido dentro da alíquota paga a título de Simples Nacional. E, por fim que multa aplicada seja reduzida ao patamar de 2%.

No seu opinativo, da lavra da n. Procuradora Maria Helena Cruz, a PGE/PROFIS (fls. 179/180) após abordar as teses apresentadas pelo recorrente, diz, quanto às nulidades arguidas a respeito da falta do termo de início de fiscalização e do fato do Auto de Infração ter sido lavrado por um

agente de tributo, que o referido termo encontra-se apensado aos autos e que um agente de tributo tem competência para lavrar um Auto de Infração, conforme dispõe o art. 107, § 1º, do COTEB.

Quanto à infração 1, ressalta que a mesma teve por base o art. 18, da LC nº 123/2006 e, em relação à infração 2, suas determinações constam do art. 4º, § 4º, da Lei nº 7014/96.

Opina pelo Improvimento do Recurso interposto.

VOTO

Quanto aos argumentos à anulação do acórdão recorrido, estes não possuem qualquer base, nem legal, nem fática, para serem considerados, haja vista que:

1. A auditoria fiscal, ao contrário do que afirma o recorrente não tomou tão somente, para apuração do imposto, as receitas declaradas no PGDAS e as informações obtidas junto às empresas administradoras de cartões. Os documentos fiscais de vendas emitidos pela empresa também foram considerados, como se prova às fls. 70/102 dos autos, bem como, as declarações de receitas realizadas pelo próprio contribuinte.
2. A JJF em qualquer momento desobedeceu ao princípio da isonomia, já que o sujeito passivo, em qualquer momento, trouxe aos autos qualquer documento objetivando desconstituir as infrações. E, ressalto, o sistema utilizado para calcular o imposto devido pelo Simples Nacional encontra-se calcado na legislação posta, acobertada pelas regras do referido sistema de tributação. Afora que toda a documentação necessária para apuração das irregularidades constadas está acostada aos autos, inclusive, e mais uma vez, com as informações das declarações pelo próprio contribuinte apresentadas ao Governo Federal e relativamente ao ICMS (fls. 35/78), bem como de suas vendas acobertadas por notas fiscais e/ou ECF.
3. Caminhou corretamente a 4ª JJF em afirmar não ter competência para afastar a aplicabilidade da legislação tributária estadual, não podendo se furtar os julgadores de Primeiro Grau em obedecer à norma legal posta.

Afastadas as questões objetivando a anulação da Decisão recorrida, volto-me às arguições de nulidades levantadas pelo recorrente.

O Simples Nacional embora seja “uma cesta de tributos”, englobando aqueles de competência da esfera federal, estadual e municipal, são eles apurados com base na receita bruta auferida pela empresa (art. 18, da LC nº 126/06) e indicados mensalmente cada um de *per si*. Sobre cada um deles é aplicado o percentual indicado na norma legal, que se baseia na receita bruta apurada, e volto a frisar, para cálculo de cada um deles. Na declaração enviada pelo próprio contribuinte a Receita Federal estas informações estão segregadas por cada um, tendo ele pleno e completo conhecimento do que informou ao fisco. Em assim sendo e em primeiro, não existe causa na alegação de que inexistente comprovação dos valores efetivamente recolhidos pelo recorrente, nem que desconhece se eles são de fato da empresa. Em segundo, na infração 1, as compensações do imposto recolhido foram realizadas, exigindo-se, apenas, as diferenças apuradas entre a receita declarada e aquela omitida ao fisco, não sendo verdadeira a afirmativa de que se está a exigir o total mensal do imposto devido e na forma do Simples Nacional, conforme comando do § 1º, da LC nº 123/06. Quanto à infração 2, por se tratar da presunção legal de omissões de saídas desacobertada de documento fiscal, não existe, neste caso, qualquer compensação. Em terceiro, não tem nem base legal se averiguar qualquer outro tributo, inclusive fugindo da competência do poder estadual, para se verificar a base de cálculo do ICMS recolhido. Embora a alíquota seja única, volto a frisar, o valor mensal dos tributos são apurados separadamente. E, por fim, não tem pertinência se falar, neste momento em denúncia espontânea. A exigência do imposto foi apurada de ofício, através de Auto de Infração, quando é exigido, por força da norma legal, penalidade pelo descumprimento de obrigação tributária.

É entendimento equivocado do recorrente na sua argumentação de que a mesma base de cálculo foi utilizada para apuração do ICMS conforme realizado. Na infração 2 foi exigido o imposto decorrente de vendas omitidas ao fisco. Na infração 1 foi exigida a diferença do percentual aplicado para cálculo do imposto, conforme Anexo I, da LC nº 123/06, já que omitindo vendas, sua receita declarada foi a menor. Em assim sendo, as infrações são independentes e possuem núcleos de incidência tributária diversos, falecendo de argumento legal e fático a pretensão do recorrente.

As disposições legais contidas no art. 4º, § 4º da Lei Estadual nº 7.014/96 tem por finalidade lançar imposto incidente na saída das mercadorias, que, no caso, se deu anteriormente, permitindo que o sujeito passivo obtivesse Recurso para realizar operações de aquisições não registradas. A legislação tributária presume que o contribuinte excluiu da tributação receitas de vendas anteriores de mercadorias tributáveis, pois, em princípio, ninguém exclui da tributação o que não é tributável. Por ser uma presunção *jurus tantum*, é ela uma das poucas situações que a lei inverte o ônus da prova, ou seja, cabe ao sujeito passivo provar que não houve a ocorrência dos fatos elencados pela lei. Em assim sendo, falece de eficácia o argumento recursal, embora indicado quando da contestação da infração 1 (com ela não tendo pertinência) e não da infração 2, que a constatação das omissões ora em lide trata-se, apenas, de indícios da ocorrência de operação mercantil de compra e venda. A lei, conforme dito, entende que tal presunção tem cunho de veracidade, cabendo ao recorrente, através de provas materiais, desconstituí-la. E tais determinações encontram-se expressamente determinadas no art. 34, da LC nº 123/06 que assim expressa: *Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.*

No mais, embora as informações fornecidas pelas administradoras não sejam um documento fiscal, elas são o lastro que a lei escolheu e determinou (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7014/96) para que a fiscalização exercesse suas funções de controle das receitas públicas. E, ao contrário do afirmado, os valores fornecidos pela administradora de cartão de crédito são relativos à integralidade das operações mensais que a empresa efetuou na modalidade de pagamento das suas vendas realizadas através de cartão de crédito e/ou débito, não tendo qualquer pertinência ao caso se valer das determinações do art. 37, da CF/88, para desconstituição das infrações ora em combate.

Quanto ao argumento de que não existe no corpo do Auto de Infração a data do início da ação fiscal e, por consequência, ficou o recorrente impossibilitado de saber o prazo que tinha a fiscalização de terminar a auditoria, ressalto que no corpo do Auto de Infração não é necessário constar consignado o início de uma ação fiscal. De vital importância é o contribuinte tomar ciência do seu início. E o art. 26, do RPAF/BA é expresso ao determinar quais os atos que dão início de uma ação fiscal e para não restar qualquer dúvida sobre a validade jurídica deste termo, o art. 28, III, da nominada norma regulamentar assim dispõe:

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I -

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização (grifo não original);

No presente caso existe acostado aos autos Termo de Início da Fiscalização (fl. 08). Como não consta assinatura do sujeito passivo poderia haver questionamentos. No entanto, também resta apensado aos autos um Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais, assinado pelo preposto do contribuinte em 24/01/2011, e dois Termos de Arrecadação de Livros e Documentos datados e assinados pela empresa em 24/01/2001 e 21/02/2011. O Auto de Infração foi lavrado em 29/03/2011. Pelos fatos comprovados restam inócuos os argumentos recursas.

O recorrente ainda alega, como questão de nulidade da ação fiscal, ser o autuante incompetente para lavrá-lo. Nesta questão saca de dois argumentos. O primeiro é que para se realizar uma auditoria fiscal somente profissional formado em contabilidade com CRC tem competência para tal. O segundo é que o Auto de Infração foi lavrado por um agente de tributo e não um auditor fiscal.

Em primeiro, o autuante é, neste momento, o representante da autoridade administrativa com competência privativa para constituir o crédito tributário (art. 142 do CTN), ou seja, representa o pólo ativo da relação tributária, pois investido pelo próprio Estado no cargo que exerce. Assim, sem qualquer pertinência a necessidade desta competência ser atestada pelo Conselho de Contabilidade, órgão, inclusive, incompetente para tal fim.

Quanto ao fato do fiscal autuante ser um agente de tributo, ele encontra-se investido por lei a exercer tais funções no transito de mercadorias e em auditorias fiscais aplicadas nas empresas enquadradas no Simples Nacional. Esta outorga foi dada pela Lei nº 11.470, de 08 de abril de 2009, a qual modificou as determinações legais contidas no art. 107, §§ 1º e 3º do COTEB (Lei nº 3956/81).

Diante de tudo exposto, no presente lançamento foram obedecidos todos os princípios atinentes ao processo administrativo fiscal, quais sejam, princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito, conforme dispõe o art. 2º, do RPAF/BA, estando, em sua integridade, adstrito a lei.

No mais, novamente é rejeitado o pedido de perícia contábil, vez que os fatos ora em questão não dependem de conhecimento especial de técnicos, e tudo conforme art. 147, II, “a”, da referida norma processual. Afora que, o citado artigo ainda dispõe que *“deverá ser indeferido o pedido: I - de diligência, quando: a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos”*. E quanto a quesitação elaborada e apresentada, ela não somente com a Decisão da JJF foi respondida, como aqui assim se faz.

No mérito, toda a análise feita pela JJF a respeito do trabalho fiscal e que consta no presente relatório dar a correta dimensão de como foi realizada a auditoria fiscal a respeito das duas infrações apuradas e novamente descrever seria, neste momento, apenas repetição do que já se expôs.

Os únicos argumentos de mérito trazidos novamente a este Colegiado e em relação à infração 2, são:

1. nem sempre as quantias informadas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito correspondem a efetivas vendas, em face da utilização de cartões para empréstimos ou trocos. Se o contribuinte utiliza os cartões de crédito e/ou débito desta forma, é opção dele próprio. A empresa, para elidir a ação fiscal, deveria ter apresentado demonstrativo, acobertado das notas, cupons fiscais e boletos de pagamento, onde estivesse provada a inconsistência da autuação. Teve todos os prazos legais para isto fazer. Preferiu levar sua argumentação em outra direção, não trazendo as provas materiais que são de fundamental importância em um processo administrativo fiscal e quando lhe cabia a prova em contrário. E, no mais, a simples negativa de cometimento da infração não o desonera de afastar a presunção relativa a legitimidade da autuação fiscal (art. 143, RPAF/BA).
2. Quanto ao entendimento de que tinha direito aos créditos fiscais, é pedido que não se pode aceitar, pois o que aqui se exige é a presunção de operações anteriores de saídas de mercadorias tributadas, decorrente da falta de registro de notas fiscais de entradas na escrita do contribuinte, conforme determina o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. A presunção legal tem a finalidade de lançar imposto incidente na saída das mercadorias, que, no caso, se deu

anteriormente, permitindo que o sujeito passivo obtivesse Recurso (ocultação de receitas) para realizar aquisições não registradas. Desta forma, inexistem créditos fiscais a serem legalmente considerados.

O recorrente ainda se insurge sobre a aplicação de correção monetária, acréscimos moratórios e multa, entendendo que a situação caracteriza-se como *bis in idem*.

Este é entendimento equivocado do recorrente.

Em primeiro, no presente processo não mais existe a exigência da correção monetária, inclusive como se prova pelo Demonstrativo de Débito analítico apensado aos autos (fl. 04).

Em segundo, é necessário que se faça distinção entre os acréscimos moratórios (juros de mora) e as multas aplicadas no presente Auto de Infração.

Os acréscimos moratórios têm a mesma natureza jurídica da multa por atraso de um pagamento, ou seja, tem finalidade de compensar o sujeito ativo da obrigação tributária pelo prejuízo suportado em virtude do atraso no pagamento que lhe era devido. Tem natureza indenizatória comparável a aquela prevista no direito civil. Por consequência, nem a própria denúncia espontânea exclui a responsabilidade por eles, os quais se encontram previstos no art. 51 da Lei nº 7.014/96. No presente caso, corresponde a 1% (um por cento) por cada mês ou fração seguinte, a partir de trinta dias de atraso, já que o imposto foi cobrado através de Auto de Infração. Caso tivesse havido denúncia espontânea este percentual seria diferente.

Já as multas propostas por ocasião do lançamento de ofício pela autoridade administrativa tem natureza punitiva e aplicada quando o contribuinte descumpre uma obrigação tributária, quer seja de natureza principal ou acessória. Portanto não se confunde com os acréscimos moratórios que tem caráter indenizatório e não punitivo. E, quanto ao seu entendimento de que a multa aplicada é absurda e inaceitável, com abuso de poder, de cunho confiscatório, sendo inconstitucional, observo que elas são as determinadas na lei, devendo ser, por obediência e pelo Órgão Julgador Administrativo, a aplicada. E, embora o recorrente entenda que este foro administrativo possa não as aplicá-las, inclusive sendo inócuas as decisões deste Colegiado assim constituídas, este é seu entendimento pessoal, pois e conforme bem pontuado pela JJF, o art. 167, I e III do RPAF/BA veda a este foro administrativo qualquer discussão a respeito do assunto, bem como a obrigação, por dever, a aplicação de ato normativo de autoridade superior, conforme a seguir transcrito.

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

.....

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

E tais determinações estão em perfeita e clara sintonia com as disposições do art. 125, I e III do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

Ressalto, porém que, querendo, pode o recorrente, ao apelo da equidade, interpor Recurso junto à Câmara Superior deste Colegiado nos termos do art. 159, da referida norma regulamentar.

No mais, ao analisar a multa aplicada em relação à infração 2, percebi um equívoco cometido pelo fiscal autuante e que foi ratificado pela JJF. Na infração 2 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%. Este é o entendimento que atualmente vem prevalecendo neste CONSEF, a exemplo do Voto inserido no Acórdão nº 0139-01/13, 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 Voluntário interposto, porém, de ofício, corrijo a multa do item 2º para 75%, conforme prevê o art. 44, I, da Lei federal nº 9.430/96.

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** o Auto de Infração nº **124267.0001/11-6**, lavrado contra **CASA CARNE GARCIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$31.714,60**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da LC 123/2006 c/c art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de setembro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS