

A. I. Nº - 152240.0021/12-7
AUTUADO - SUPER LEGAL SUPERMERCADO LTDA.
AUTUANTE - ROBERTO FERNANDES GONÇALVES
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 09. 07. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0139-01/13

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. ERRO NA DETERMINAÇÃO DAS RECEITAS MENSAS E DAS ALIQUOTAS APLICÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Comprovada a omissão da receita, cujo imposto foi exigido mediante o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições – SIMPLES NACIONAL, após ajustes procedidos pelo Fisco. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO DAS ENTRADAS DE MERCADORIAS. O autuante lança o ICMS por conta da presunção da omissão de saídas tributáveis pela omissão de entrada de mercadorias, apuradas pelo cotejo entre as notas fiscais obtidas juntos aos fornecedores, e as entradas que foram declaradas nos livros fiscais e na declaração DASN. Infração não elidida. Não acolhida as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime quanto ao percentual da multa aplicada e unânime quanto ao mérito.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 06/06/2011, exige ICMS no valor de R\$26.869,15, através das seguintes infrações:

1. Efetuou recolhimento a menor de ICMS 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 menos. Períodos julho 2007 e abril/agosto 2008. Valor R\$ 317,46 com multa de 75%.
2. Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entrada em confronto com a escrituração no livro Registro de Entradas. Períodos julho 2007; fevereiro/dezembro 2008 e janeiro/dezembro 2009; Valor R\$ 23.302,76, multa de 150%. Consta ainda como informação complementar que o contribuinte qualificado no SIMPLES NACIONAL foi intimado para apresentar notas fiscais dos exercícios 2009 e 2010, além dos livros Registro de Entrada de Mercadorias, Extrato do Simples Nacional, PGDAS/DASN e atestado de intervenção do período. Apurado omissão de recolhimento do ICMS e omissão de saídas pelas entradas. Feito levantamento das entradas com as informações das notas fiscais eletrônicas e o SINTEGRA, a partir da base de dados na SEFAZ BA. Ressalta que houve circularização das notas fiscais com os fornecedores das empresas autuada, por motivo de não ter entregue os documentos solicitados face a sua inexistência no local e desaparecimento dos sócios, conforme documento anexado. Foi feito o comparativo da receita apurada (omissão de registro das entradas) x receita DASN. Após a apuração do ICMS devido, foi feito o confronto com os valores recolhidos constatando diferença

a recolher. Observa que, conforme dados do INC (Informações do Contribuinte), inexistem pagamentos nos meses de setembro, novembro, dezembro 2008, além de todo o exercício de 2009.

O autuado apresenta impugnação, fl. 1433 (Vol. IV), aduzindo que não tem condição de efetuar o pagamento do débito informado e diz que o fechamento da loja e o não pagamento dos impostos devidos não foram por sua vontade, mas em função da “falência” dos seus negócios, por não conseguir pagar as suas contas.

Completa que hoje trabalha para terceiros, espera recuperar-se e reunir condições de acertar esse débito. Pede paciência, até que possa fazer contato e resolver a pendência.

O Agente Fiscal narra a ocorrência, as infrações lavradas e diz que, no prazo, o autuado apresentou defesa sem questionar o procedimento fiscal, informando simplesmente que não tem condições de realizar o pagamento do débito apurado. Diz que expôs nos autos, os argumentos e fatos que comprovam a infração e que seguiu as recomendações legais para o procedimento fiscal de acordo com a Lei 7.014/96. Mantém a autuação.

VOTO

Constato, antes, que o Auto de Infração atende a todas as formalidades para a sua validade, conforme requisitos constantes no art. 39, RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), inexistindo qualquer justa causa para a sua lavratura. O autuado foi legalmente intimado, a fim de integrar o procedimento da fiscalização e exercer com liberdade e plenamente suas razões e o contraditório.

As intimações foram manejadas conforme prescreve o Decreto 7.629/99 (RPAF/BA), a estabelecer que a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem. Completa o § 1º, art. 108 do mencionado Decreto, que a intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal. Os documentos acostados aos autos, fls. 99/119 comprovam o acerto fiscal.

Cópias do Auto de Infração, demonstrativos de débito e demais arquivos eletrônicos foram recepcionados pela sócia do contribuinte autuado, documentos fls. 1429/1430 (Vol. IV).

No mérito, o presente Auto de Infração exige ICMS de empresa inscrita no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, em decorrência da constatação de duas infrações. A primeira, em razão do recolhimento a menos de ICMS, devido a erro na informação da receita e aplicação da alíquota, tudo conforme demonstrativos de Declaração do Simples Nacional e Extratos do Simples Nacional, no valor global de R\$ 317,46, no período de julho de 2008 e abril/agosto de 2008. Na segunda infração, omissão de saídas de mercadorias, detectada por meio da existência de entrada de mercadorias não contabilizadas, a teor do art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02, nos períodos de julho 2007, fevereiro/dezembro 2008 e janeiro/dezembro 2009, no valor global de valor R\$ 23.302,76, tudo em conformidade com os demonstrativos e farta documentação acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal.

Nas razões de defesa, o contribuinte aduz a sua falta de condição de efetuar o pagamento do débito, que fechou em função da “falência” dos negócios e que em breve resolverá a pendência.

O preposto do Fisco, responsável pela autuação, informou que agiu em conformidade com a legislação do ICMS e que os fatos e documentos acostados aos autos comprovam a infração.

Diante de tais pressupostos, compete-me apreciar objetivamente cada exigência fiscal, objeto da lide, iniciando pela infração 02, que dá origem à primeira infração.

A segunda infração encontra amparo nas disposições contidas no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, a seguir descrito, redação vigente à época dos fatos:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção."

Em se tratando de exigência de imposto por presunção legal, o dispositivo que a autoriza pressupõe que a diferença apurada pelo fisco não esteja comprovada e, em sendo uma presunção relativa, assim identificada por admitir prova em contrário, cabe ao contribuinte trazer aos autos as provas de que os fatos não ocorreram conforme é o entendimento fiscal.

Constato que o autuante apurou as omissões de registro das entradas, após levantamento fiscal que envolveu as informações das notas fiscais eletrônicas e do SINTEGRA (Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços). Promoveu uma circularização de correspondências com fornecedores do contribuinte autuado que confirmaram a existência das operações, anexando cópias das respectivas notas fiscais de aquisição das mercadorias não registradas nos livros ou contabilizadas, tudo conforme extenso material acostados aos autos, às fls.121 (vol. I) / 1.424 (vol. IV).

A tributação com base em presunção somente é cabível nos casos expressamente previstos na lei, posto que ocorre a inversão do ônus da prova. Ao ser acusado da omissão de receita por ter detectado, como no caso em concreto, a existência da entrada de mercadorias não contabilizadas, o sujeito passivo deveria provar os fatos, em direção oposta àquela colhida pelo fisco (presunção relativa), elidindo a presunção fiscal.

Assim não agiu o autuado. O argumento da falta de condição de efetuar o pagamento do débito informado e que fechou seu estabelecimento em função da "falência" dos seus negócios, não serve de prova material para desconstituir a exigência. No direito tributário, a responsabilidade por infrações tributárias objetiva, agasalhada pelo art. 136, CTN, diz que: "salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato".

Assim, responsabiliza-se quem quer que tenha praticado o ato ilícito, sem considerar as circunstâncias que possam excluir ou atenuar culpabilidade, posto que a responsabilidade por infrações tributárias independe da intenção do agente, como por exemplo, a dificuldade financeira momentânea, alegado no caso concreto. O descumprimento obrigacional tributário será punível, ainda que exista eventual motivo para sua prática.

De posse do material coletado, o agente do Fisco elaborou planilhas, demonstrativos, considerando a condição do autuado de contribuinte enquadrado na condição de microempresa e com forma de apuração do ICMS prevista na Lei Complementar 123/06, que estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte (SIMPLES NACIONAL).

Foi feito o comparativo da receita apurada (omissão de registro das entradas) x receita indicada no DASN (Declaração Anual do Simples Nacional). Após a apuração do ICMS devido, foi feito o confronto com os valores recolhidos constatando diferença a recolher. Tomando-se como exemplo o mês de julho 2007, observo que a partir das entradas omitidas, foram segregados os valores com ou sem substituição tributária (fl. 13/16); apurado o valor da receita (sem substituição tributária) confrontou com a receita informada pelo autuado (R\$ 80.785,54 – R\$ 32.500,67 = R\$ 48.284,87 (fl. 17); calculou o imposto total devido considerando a receita omitida, aplicando-se a alíquota estabelecida

no Simples Nacional; confrontou com o valor já recolhido através do DASN e exigiu a diferença $R\$ 80.785,54 \times 2,58\% = 2.084,27 - R\$ 757,26 = R\$ 1.327,01$ (fl. 19)

Cobrou como presunção de omissão de saída o valor da parcela não oferecida, inicialmente, à tributação simplificada $R\$ 48.284,87 \times 2,58\% = R\$ 1.245,75$ (fl. 20).

Posto isso, restou caracterizada a exigência da infração 02, no valor total de R\$ 23.302,76, a partir dos exames das provas e conforme demonstrativos de fls. 13/20, no exercício de 2007; demonstrativos de fls. 22/29 (exercício 2008) e demonstrativos fls. 30/37 (exercício 2009).

Em decorrência da infração retro referida, a apuração de receitas omitidas, através da presunção de omissão de saída, detectadas pela falta de registro da entrada de mercadorias, nos termos do art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, resta também evidenciado que o sujeito passivo recolheu a menos ICMS contido no SIMPLES NACIONAL.

A opção do contribuinte pelo enquadramento no SIMPLES NACIONAL instituído pela Lei Complementar 123/06, conforme Declaração Anual do Simples Nacional (DASN), desde 01.07.2007, implica na vinculação ao Regime Especial Unificado de Arrecadação (artigos 12 e 13) e cuja forma de arrecadação está prevista no art. 18 e §§, cujo pressuposto básico para determinação da base de cálculo e alíquota é a “receita bruta”.

Examinando os autos a partir desses pressupostos, constato que para a apuração dos valores de ICMS no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelo contribuinte, as receitas consignadas foram extraídas a partir das DASN (Declaração Anual do Simples Nacional) e dos Extratos do Simples Nacional, cópias às fls. 38 a 97, para os exercícios de 2007 a 2009. O autuante elaborou os demonstrativos, antes já referidos, com o somatório das receitas, evidenciando os percentuais de vendas consideradas normal, além das receitas omitidas apuradas através da constatação de “entrada de mercadorias não contabilizadas”.

Dessa forma, foi apurado o ICMS no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições recolhido a menos, em relação exercícios 2007 e 2008, respectivamente, nos valores de R\$ 81,26 e R\$ 236,20, conforme constam do demonstrativo de fl. 20 e 29.

Tomando-se como exemplo o mesmo mês de julho 2007, verifico o recolhimento a menos do ICMS declarado ao Simples Nacional, no valor de R\$ 81,26, originado da diferença entre o imposto total considerando a receita omitida (R\$ 1.327,01) e o valor correspondente à presunção de omissão de saída tratada anteriormente (R\$ 1.245,75).

Por fim, cabível destacar que as receitas omitidas correspondentes às operações sujeitas à substituição tributária não foram consignadas para fim da exigência da infração do Simples Nacional, de acordo com o art. 18, IV da LC 123/06.

Em face ao acima exposto, a infração 1 é também subsistente, no valor de R\$ 317,46, tendo em vista que os demonstrativos acostados ao PAF comprovam a ocorrência de pagamento a menos do imposto devido na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional e sou pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE QUANTO À MULTA DO ITEM 2º

No item 2º deste Auto, noto que foi aplicada a multa de 150%.

Embora o autuado não questione o percentual da multa, é meu dever, como julgador, zelar pela fiel aplicação do direito. Quanto aos aspectos de fato, cabe ao contribuinte impugná-los, se assim quiser. Porém o direito não precisa necessariamente ser alegado, pois o julgador tem o dever de conhecer o direito. A norma jurídica incide independentemente da vontade das partes, independentemente de ser invocada ou não. E sendo o lançamento um ato vinculado, compete ao órgão julgador zelar pela fiel observância da lei.

Na tipificação da multa do item 2º deste Auto, foi indicado o art. 44, I, e § 1º, da Lei federal nº 9.430/96. 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.

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 nº 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 maquinções 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.

Acompanho o voto do nobre Relator, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, porém corrigindo 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 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto a multa aplicada e unânime quanto ao mérito, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 152240.0021/12-7, lavrado contra **SUPERLEGAL SUPERMERCADO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.620,22**, acrescido das multas de 75% sobre R\$ 317,46 e 150% sobre R\$ 23.302,76, previstas no art. 35 da LC nº 123/06, c/c o art. 44, I e § 1º da Lei nº 9.430/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE – MULTA DO ITEM 02