

A.I. N° - 210372.0028/13-4
AUTUADO - RESTAURANTE ACONCHEGO DA ZUZU LTDA.
AUTUANTE - GENILDO VIANA SOARES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 27.08.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0164-02/13

EMENTA: ICMS. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES NACIONAL). **a)** CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A declaração de vendas pelo sujeito passivo em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, vez que indica que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não registrados decorrentes de operações anteriores realizadas e também não registradas. Infração não elidida. **b)** PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Comprovado a ocorrência de pagamento a menos do imposto devido na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional. Retificação da multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração, lavrado em 25/02/2013, exige ICMS no valor de R\$19.993,12, em razão das seguintes irregularidades:

1. omissão de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao que foi fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito – nos meses de setembro de 2009 a dezembro de 2011, no valor de R\$18.269,83, acrescido da multa de 150%;
2. 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 dessa forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor, no valor de R\$1.723,29 acrescido da multa de 75% no período de setembro de 2009 a dezembro de 2011.

O autuado impugnou o lançamento fiscal (fl. 122). Diz que com amparo no art. 919 do RICMS/97, solicita a revisão da multa aplicada, pois não concorda com o percentual de 150% direcionado a uma microempresa, cujo faturamento mal dar para repor os estoques e pagar aos empregados. Pede encarecidamente aos Julgadores que façam uma análise mais criteriosa levando em consideração à exclusão ou redução da multa.

Na informação fiscal fls. 126/127, o autuante ressalta que a fiscalização realizada, que originou a lavratura do presente auto de infração, foi respaldada dentro das normas tributárias pertinentes,

estando assim, acobertada de legalidade prevista no nosso ordenamento jurídico, inclusive, a Constituição Federal, CTN, RICMS/BA e legislação do Regime Simplificado Nacional - SIMPLES NACIONAL

Diz que uma simples análise da peça defensiva consta que os argumentos apresentados pelo autuado, não tem qualquer fundamento e consistência jurídica, demonstrando o caráter de natureza protelatória da preliminar suscitada. Mantém integralmente a autuação.

VOTO

No mérito constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS em decorrência de 02 duas infrações que se encontram relacionadas. Na primeira infração é imputado ao autuado ter omitido saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e de cartão de crédito. A segunda, é decorrente de ter deixado de recolher valores referentes ao Regime Especial Unificado 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. Portanto, a infração 02 é decorrente da infração 01, razão pela qual o exame da questão será feito conjuntamente.

Observe que o levantamento realizado pelo autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito e/ou débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão do art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96, com redação dada pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, *in verbis*:

“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.”

O autuado não contesta as acusações que lhe foram imputadas, portanto as infrações 01 e 02 restaram caracterizadas.

Nas razões defensivas o impugnante se opõe a penalidade aplicada e solicitou com amparo no art.919 do RICMS/97, a revisão da multa, afirmando que o percentual de 150% direcionado a uma microempresa, se revela desproporcional e solicitou aos Julgadores a exclusão ou redução da referida multa.

A respeito da multa aplicada de 150% sobre a infração 01 entendo que os referidos fatos guardam perfeita semelhança com aqueles contidos no Acórdão 0139/01-13, portanto, me utilizarei de trecho do voto proferido pelo ilustre relator da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, Dr. José Bizerra Lima Irmão, com o qual alinho o meu entendimento.

“ ... 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.”

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração e concluo que a multa a ser aplicada na infração 01 deve ser retificada para 75%.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210372.0028/13-4**, lavrado contra **RESTAURANTE ACONCHEGO DA ZUZU LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.993,12**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da Lei Complementar 123/06, c/c art. 44, I, da Lei federal 9.430/96 com redação dada pela Lei 11.488, e dos acréscimos legais.

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

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR