

A. I. N° - 108508.0004/13-4
AUTUADO - BATUBA COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA.
AUTUANTES - CRISTINA MARIA FONSECA DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 22.11.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0246-02/13

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. **a)** 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). **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Provado erro na informação da receita e alíquota aplicada a menor. Exigência no todo subsistente. Decretada, de ofício, reenquadramento da multa, de 150% para 75%. Rejeitado o pedido de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 20 de março de 2013 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$14.706,92, bem como multa nos percentuais de 75% e 150%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. Falta de recolhimento do ICMS em razão de considerar receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo), vez que o contribuinte informou indevidamente nos PGDAS de 2008 e 2009 receitas com imunidade quando sua receita nos doze últimos meses foram superiores a R\$144 mil, sendo o total da infração R\$8.436,91, multa de 75%, fato verificado nos meses de janeiro a dezembro de 2008, e janeiro a dezembro de 2009.

Infração 02. Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado pó instituição financeira e administradora de cartões, ocorrência constatada nos exercícios de 2008 e 2009 em todos os meses, no montante de R\$6.270,01, sendo proposta aplicação de multa de 150%.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 29 a 37, onde argüi em sua defesa, que em relação à infração 01, a mesma é nula, na medida em que a autuante não especificou a infração cometida, lançando mão da conjunção alternativa “ou” para confundir o Defendente e dificultar sua defesa, já que a acusação ficou dúbia e confusa. Não se sabe, ao certo, se a receita informada foi imune, isenta ou com valor fixo, diante da falta de especificação contida na descrição.

Argumenta que o Auto de Infração como ato administrativo regrado e vinculado depende de requisitos e condições sem os quais perde sua validade administrativa e eficácia jurídica. É o caso em questão, onde a falta de clareza e a incerteza da acusação fulminaram de nulidade o ilícito fiscal que se rebate.

Com efeito, a acusação tinha que ser certa e determinada, o que não ocorreu, dificultando, a sua defesa, em confronto direto com o artigo 5º, LV, da Constituição Federal, que expressamente diz: Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Cita e transcreve lição doutrinária.

A seguir, explana acerca dos pressupostos do Auto de Infração, afirmando que o mesmo é um ato administrativo sempre regrado e vinculado (nunca discricionário nem arbitrário), e que para merecer validade administrativa e eficácia jurídica deve preencher os requisitos-condição que lhe dão embasamento e suporte, a fim de se constituir numa peça séria, segura, com retidão e lisura. Pôr isso, para garantia e segurança do fisco e do autuado, se exige que ele:

- 1) tenha fundamentação fática, concreta e real, ocorrida e verificada, seja com a sua exteriorização, seja com a prova de sua materialização (v. g., o fato gerador deve ter sua materialidade comprovada documentalmente ou pôr perícia contábil produzida pôr contador habilitado); por isso que, não havendo prova material e documental (ou pericial, esta em contraditório pleno, mesmo na fase administrativa da fiscalização) da ocorrência do fato gerador, o auto de infração e a notificação fiscal serão nulos, se exigirem tributos ou contribuições sem provar a ocorrência e a materialidade do fato gerador;
- 2) seja embasado em motivos reais, idôneos e existentes, o que afasta de eficácia a exigência com suporte em ficção criada para exigir tributo ou contribuição, presunção fiscal, suposições ou premonições cabalísticas de fatos que não restaram materializados, nem provados documental ou pericialmente;
- 3) não tenha objetivo imoral (pressão, ameaça ou extorsão através de “acertos”) ou ilícito (vingança, pressão econômica, injunção política);
- 4) não embase desvio de finalidade, nem abuso de poder (exigências fiscais arbitrárias, levantamentos feitos pôr presunção; arbitramento de lucro sem contraditório, sem desclassificação de escrita, sem considerar quebras, sem exame na contabilidade etc.);
- 5) não exija alíquota, base de cálculo, valor ou matéria tributável, fora das hipóteses expressas na lei complementar, na lei tributária ou mesmo fora do enunciado na Constituição e fora dos fatos econômicos, financeiros ou jurídicos ocorridos;
- 6) seja lavrado no local de verificação da falta (salvo quando a falta for verificada em outro local: mercadorias em trânsito, em feiras e exposições etc.).

Aduz que a narrativa do fato motivador do ilícito veio acompanhada de dúvida, por isso mesmo que beneficia o autor, porque no direito tributário pátrio as dúvidas devem ser dirimidas sempre a favor do contribuinte e não do fisco (in *dúbio pro contribuinte*), a teor do comando gravado no artigo 112, incisos I a IV, do CTN, transcrito.

Quanto à infração 02, reitera os argumentos de nulidade já expostos, e quanto ao mérito, alega que a apuração do suposto ilícito foi efetivada com base na injustiça fiscal, primeiro porque o fiscal ao aferir as supostas diferenças o fez com base no valor individual das informações obtidas junto às administradoras de cartão de crédito com o valor das notas fiscais emitidas de per si, ou seja, também individualmente. Vale dizer, no seu entendimento para cada comprovante de compra no cartão de crédito deveria existir uma nota fiscal no mesmo valor, não observando que o montante da receita bruta representada pelas notas fiscais estava bem acima dos valores obtidos junto às administradoras.

Segundo, porque o fato gerador do ICMS é a saída da mercadoria do estabelecimento (Decreto 406/68), jamais a relação jurídica entre o contribuinte e as operadoras de cartão de crédito. Até porque no valor da venda com cartão de crédito estão incluídos os juros financeiros.

Por tais razões, entende que o lançamento deva ser julgado improcedente.

Informação fiscal prestada à fl. 46 a 48 pela autuante argumenta que analisando as razões elencadas pelo autuado descabe de pronto a alegação de nulidade do presente Auto de Infração, vez que o representante da mesma desconhece a Lei Complementar nº 123, de 2006 que instituiu o Simples Nacional como um regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido aplicável às Microempresas e às Empresas de Pequeno Porte, a partir de 01/07/2007.

Informa que se utilizando da faculdade prevista na Lei Complementar nº 123/06, o Governo do Estado da Bahia, através da Lei nº 10.646, de 03 de julho de 2007, manteve a isenção de ICMS para as microempresas cuja receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao do período de apuração não ultrapasse R\$ 144 mil.

No âmbito da legislação tributária desse Estado o artigo 384 do RICMS/BA, determinava à época dos fatos geradores que eram isentas do pagamento do ICMS as microempresas optantes pelo Simples Nacional cuja receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao do período de apuração não ultrapasse R\$ 144 mil.

A versão do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS), disponibilizada no endereço eletrônico www.receita.fazenda.gov.br, não calcula automaticamente a referida isenção, razão pela qual o contribuinte, para poder usufruir desse benefício, deve observar as seguintes instruções ao preencher as suas informações no PGDAS:

- 1- Após preencher o valor da receita do período de apuração, a ser tributada no mês, marcar o campo “Marque aqui caso deseje informar isenção/redução do ICMS”;
- 2 – Informar o valor da receita do mês com isenção/redução do ICMS ;
- 3 – Não informar qualquer valor de receita com redução;
- 4 – Não informar qualquer percentual de redução;

Dessa forma, o PGDAS excluirá a parcela do ICMS do valor total a ser recolhido pelo contribuinte.

Quando o representante da autuada alega que a autuante não especificou se a receita informada pelo autuado foi imune, isenta ou com valor fixo, fica demonstrado com evidência clareza que sequer verificou os PGDAS onde constam as informações prestadas pelo autuado à Receita Federal e que o próprio informa indevidamente, vez que em sendo superior a R\$ 144 mil sua receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao do período de apuração conforme cópias anexas dos PGDAS mensais dos exercícios 2008 e 2009, deixou o autuado de informar no campo pertinente, o valor da receita do período de apuração a ser tributada no mês.

Desta forma, reafirma que a empresa deixou de recolher nos exercícios de 2008 e 2009 o ICMS devido por considerar receita tributável como não tributável.

Quanto à infração 2 reafirma o entendimento, tomando as palavras do advogado, de que “*para cada comprovante de compra no cartão deveria existir uma nota fiscal no mesmo valor*” sendo notório, que o dever instrumental de existência – emissão – sim, de uma nota fiscal no mesmo valor, para cada compra realizada e paga por meio de cartão de crédito, salvo valores diminutos, o que não é o caso, conforme preceitua a legislação. Assim é a determinação legal, conforme se pode constatar no artigo 192, combinado com o 201, inciso I do RICMS/97, transcritos.

Indica que o procedimento de apuração da infração 2 se deu pelo cotejamento das informações prestadas pelo contribuinte – efetivamente tomando as notas fiscais emitidas nos períodos fiscalizados – com as informações prestadas pelas operadoras de cartão de crédito, segundo o Sistema de Transferência Eletrônica de Fundos – TEF, resultando em valores ora a maior, vez a menor das informações. Observou-se sim, que os valores totais das notas fiscais, por vez estavam a maior daqueles obtidos junto às administradoras, mas, não uma recita bruta a maior, como se o contribuinte estivesse, por ato de benevolência, emitindo (em valores) mais notas fiscais que as vendas/saídas realizadas. Há de ser considerado saídas/vendas pagas por outros meios distintos do cartão de crédito/débito.

Em face das evidências, não se toma, aqui, a relação jurídica contribuinte/operadora fato gerador do ICMS com alegado. Encontra-se o Estado ante à presunção legal de omissão de saídas, segundo autorizado pela Lei 7014 de 04 de dezembro de 1996 no seu § 4º Incisos VI “b” e VII.

Elucidando a contribuinte, transcreve o teor do artigo 54 do RICMS/97, entendendo que o lançamento deva ser julgado procedente, não se acatando a alegação defensiva.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma duas infrações, arroladas pela fiscalização: Omissão de saídas de mercadorias apurada através de arbitramento da base de cálculo do ICMS, por utilização de máquina registradora em desacordo com as disposições regulamentares.

Quanto às questões preliminares levantadas pela defesa, não as posso acolher, diante do fato de que todos os princípios do processo administrativo terem sido atendidos e respeitados, inexistindo qualquer elemento que venha a se caracterizar nas hipóteses dos artigos 18 e 39 do RPAF/99.

Isso diante do fato de que a defendente afirma que o Auto de Infração não possui determinação clara da base de cálculo do imposto pretendido, assevera que o lançamento ofende a princípios constitucionais garantidores do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sendo necessária análise do conjunto probatório constante dos autos.

Não há nos autos, sequer foi indicado pela defesa quaisquer elementos que pudessem evidenciar a existência de erro, ainda que eventual, para a determinação do infrator, a capitulação das infrações, apresentando elementos suficiente presentes aos autos para se determinar, com clareza e segurança, a infração e o infrator.

Assim, não vislumbro dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação.

Quanto à eventual incerteza quanto à determinação da base de cálculo, melhor sorte não tem a defesa. Os elementos que fundamentam o Auto de Infração são por demais claros e amiudados o suficiente de maneira a promover a compreensão e clareza dos cálculos constantes do demonstrativo de débitos elaborado pela autuante.

No tocante a ofensas aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, conforme alegado na peça defensiva, verifico que todos os passos processuais foram rigorosamente seguidos, de maneira que lhe foi garantido, em todas as fases processuais, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, restando respeitados os incisos LIV e LV do artigo 5º, da Constituição Federa, sem que se aperceba qualquer ofensa aos referidos princípios constitucionais, aí incluído o *bis in idem*, pois a exigência fiscal é clara e possui o devido e necessário embasamento, além de que o sujeito passivo não conseguiu elidir as acusações que lhe pesam.

Com respeito à eventual arguição de duplicidade de acusações fiscais sobre um mesmo fato gerador, não vejo como prosperar, até pelo fato de que os argumentos defensivos apresentados recursais carecem de qualquer fundamentação fática ou de direito, diante do que resta cristalino de que se tratam de acusações distintas, em razão da prática de condutas infracionais distintas, donde se conclui que não há qualquer mácula no lançamento que o possa inquinare com a pecha de nulidade.

De igual forma, a menção pela autuada do Decreto 406/68 não possui qualquer pertinência, vez que o mesmo referia-se ao então ICM, imposto revogado em 1988 pelo ICMS, quando da promulgação da constituição federal daquele ano.

Dessa forma, não acolho as questões preliminares postas.

No mérito, as alegações defensivas são vagas, genéricas e imprecisas, centrando-se, especialmente na infração 02, a qual decorre de presunção que poderia ser contraditada pela defendente.

Tendo sido apurada diferença entre os valores informados pelas empresas administradoras de cartão de crédito e o registrado pelo contribuinte na redução Z do seu equipamento emissor de cupom fiscal, tal situação é prevista como omissão de saída de mercadorias nos termos do artigo 4º, § 4º da Lei 7.014/96, sendo facultado ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção. Logo, a exigência fiscal está amparada em dispositivo de lei e, portanto, é legal.

O lançamento decorreu do fato de ter sido apurada omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartões em valor inferior ao informado pelas empresas administradoras de cartões e falta de recolhimento do imposto devido por empresa inscrita no regime de apuração do Simples Nacional.

Na defesa apresentada o autuado não contestou os cálculos efetuados pelo autuante, tendo se limitado apenas a defender a existência das nulidades já abordadas linhas acima.

Na infração 02, conforme já dito, houve apuração de receitas omitidas, através de vendas com pagamentos em cartões de crédito e de débito, restando assim evidenciado que o sujeito passivo recolheu a menos a parcela do ICMS contida no SIMPLES NACIONAL, a partir da constatação de que o mesmo ofereceu à tributação valores menores que os informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões, nos termos do artigo 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96:

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

(...)

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

I - saldo credor de caixa;

II - suprimento a caixa de origem não comprovada;

III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

V - pagamentos não registrados;

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

a) instituições financeiras;

b) administradoras de cartões de crédito ou débito;

c) "shopping centers", centro comercial ou empreendimento semelhante;

VII - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras."

É sabido é que a adoção da presunção mencionada na norma legal, para a verificação da caracterização da hipótese de incidência tributária, não é conduta estranha ao Direito Tributário. Para tanto, legitima-se a busca, pela Autoridade Fiscal, da existência de determinados fatos, a princípio estranhos àqueles que se busca para, deles extrair a ocorrência de outras ocorrências fáticas - estas sim as que interessam - as quais não foram de início diretamente comprovadas. Não se coloca à margem do conhecimento, portanto, a verificação da efetiva ocorrência de tais fatos. Apenas a sua comprovação é que se faz de forma indireta. Legitima-se, com isso, a aplicação das presunções legais em matéria tributária. Por óbvio que a força de uma presunção deve ser ponderada pela observância dos princípios que proporcionem a segurança jurídica do contribuinte a exemplo do da ampla defesa e o devido processo legal, o que no caso em comento, ocorreu de forma cristalina, conforme visto acima.

Por outro lado, é pacífico o entendimento de que os fatos geradores do ICMS só podem decorrer da realização de todos os aspectos previstos e tipificados na norma de incidência, uma vez que as relações jurídicas devem pautar-se pelos critérios de segurança e certeza, sendo defeso os lançamentos tributários embasados em simples suposições, em virtude dos princípios da tipicidade cerrada e da legalidade.

Ou seja: o tributo só pode incidir sobre fatos reais, quando estes se consideram relevantes juridicamente, assim, mister se faz ressaltar que para ocorrer a tributação necessária se torna a

existência de prova do fato gerador, a qual deve ter o condão de demonstrar a efetiva ocorrência dos fatos tributáveis.

Assim, se a hipótese de incidência do tributo se originar do legislador, tal fato caracteriza a presunção legal, a qual só pode ser estabelecida pela lei, sendo que neste caso, inverte-se a regra processual de que quem acusa deve provar o fato, ocorrendo, pois, a denominada inversão do ônus da prova.

Em tais casos, tal inversão se verifica quando, compete ao sujeito passivo o ônus de provar que não houve o fato infringente, onde ressalte-se que sempre essa inversão se origina da existência em lei de uma presunção relativa, pois, com exceção da existência de uma presunção tipificada em lei, o ônus da prova caberá sempre a quem acusa.

O tributo só pode incidir sobre fatos reais, conforme já dito linhas atrás. Para que haja a tributação, necessário se torna a existência de prova da ocorrência do fato gerador, a qual deve demonstrar de forma insofismável a efetiva ocorrência dos fatos tributáveis, naquilo que a doutrina denomina de princípio da verdade material.

Ou seja: a presunção é o resultado de um processo mental, resultante da associação que se forma entre determinado fato conhecido (fato-base) cuja existência é certa, e um fato desconhecido, cuja existência é provável (fato presumido), mas que tem relação direta com aquele.

Assim, temos a presunção legal, que só pode ser estabelecida pela lei, sendo classificada em presunção absoluta (*Juris et de Jure*) ou relativa (*Juris Tantum*), onde a primeira não admite prova que possa contrariar o fato presumido e a segunda pode ser desmentida mediante prova que a desmonte.

Em outras palavras: a autuação embasa-se em uma presunção legal, que possui o caráter de relativa, aceitando a prova que a contradite, diante da possibilidade do sujeito passivo possa contrapor-se ao lançamento no sentido de que, através dos meios e elementos de prova disponíveis, possa demonstrar que não cometeu a infração que lhe foi imputada via lançamento.

A legislação estadual do ICMS, em especial o 4º, § 4º da Lei 7.014/96 anteriormente já citada, determina que considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento em que o fato da 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, implicam em presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

No caso concreto, observo que na situação ora analisada foi constatada diferença entre os valores informados pelas empresas administradoras de cartão e o registrado na leitura Z do ECF do estabelecimento autuado para caracterizar o cometimento da infração apurada.

O contribuinte teve pleno acesso aos demonstrativos da autuação, inclusive aos TEFs diários (fl. 25), sem que carresse aos autos qualquer elemento que pudesse se contrapor de forma objetiva ao lançamento, diante do fato de que os valores informados no TEF e os valores de vendas com cartões declarados pelo contribuinte apresentaram diversas discrepâncias, não tendo o recorrente acostado aos autos qualquer prova a seu favor.

Dessa forma, à vista do fato de não estarem nos autos quaisquer elementos que pudessem se contrapor à acusação fiscal, deve ser aplicada a regra contida nos artigos 140, 142 e 143 do RPAF/99, os quais determinam que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Por oportuno, registre-se que o Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão prolatada no final do mês de outubro de 2013 negou provimento ao recurso de contribuinte do Rio Grande do Sul que questionava a exigência de regularidade fiscal para recolhimento de tributos pelo regime especial de tributação para micro e pequenas empresas, o SIMPLES NACIONAL. No julgamento do RE 627543, com repercussão geral reconhecida, o Plenário acompanhou por maioria o voto do relator, ministro Dias Toffoli, favorável ao Fisco.

Segundo o relator, a exigência de regularidade fiscal com o Instituto Nacional do Seguro Social ou com as Fazendas Públicas federal, estadual ou municipal para o recolhimento de tributos pelo Simples, prevista no inciso V, artigo 17, da Lei Complementar 123/2006, não fere os princípios da isonomia e do livre exercício da atividade econômica, como alegava o contribuinte. Pelo contrário, o dispositivo ainda permite o cumprimento das previsões constitucionais de tratamento diferenciado e mais favorável às micro e pequenas empresas, fixadas nos artigos 170, inciso IX, e 179 da Constituição Federal. A adesão a tal regime diferenciado, destacou o voto, é optativa para o contribuinte, e o próprio regime tributário do Simples prevê a possibilidade de parcelamento dos débitos pendentes.

De acordo com o relator, *“A exigência de regularidade fiscal não é requisito que se faz presente apenas para adesão ao Simples Nacional. Admitir ingresso no programa daquele que não possui regularidade fiscal é inculir no contribuinte que se sacrificou para honrar as suas obrigações e compromissos a sensação de que o dever de pagar os seus tributos é débil e inconveniente, na medida em que adimplentes e inadimplentes acabam por se igualar e receber o mesmo tratamento”* Segundo ele, o dispositivo questionado não viola o princípio da isonomia, pelo contrário, acaba por confirmar o valor da igualdade, uma vez que o inadimplente não fica na mesma situação daquele que suportou seus encargos.

Já para a infração 01, o contribuinte informou indevidamente nos PGDAS de 2008 e 2009 receitas com imunidade quando sua receita nos doze últimos meses foram superiores a R\$144 mil, diante de equívocos cometidos quando da apuração do imposto devido pela empresa.

Quanto a esta infração, a argumentação defensiva simplesmente inexistente de forma objetiva, fazendo apenas afirmativas genéricas frente ao denominado SIMPLES NACIONAL, não negando, sequer contestando os fatos constantes na acusação.

Ressalto que a opção pela adesão ao denominado Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL, é unicamente do contribuinte, diante do fato de ser característica do mesmo facultativo além de irretroatável para todo o ano-calendário, abrangendo os tributos, IRPJ, CSLL, PIS/Pasep, Cofins, IPI, ICMS, ISS e a Contribuição para a Seguridade Social destinada à Previdência Social a cargo da pessoa jurídica (CPP).

Além disso, tal regime se caracteriza pelo recolhimento dos tributos abrangidos mediante documento único de arrecadação, o denominado DAS, bem como pelo fato de haver disponibilização às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte de sistema eletrônico para a realização do cálculo do valor mensal devido, geração do DAS e, a partir de janeiro de 2012, para constituição do crédito tributário, exigindo a apresentação de declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, sendo concedido prazo para recolhimento do DAS até o dia 20 do mês subsequente àquele em que houver sido auferida a receita bruta.

Feitas tais observações, entendo ainda pertinente mencionar o fato de que a implementação de tal sistema deu-se através da promulgação da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, passando a produzir os seus efeitos a partir de 01 de julho de 2007.

Tal Lei Complementar, determina em seu artigo 18 a forma de apuração e cálculo do imposto mensal a ser recolhido.

"Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I desta Lei Complementar.

§ 1º Para efeito de determinação da alíquota, o sujeito passivo utilizará a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao do período de apuração.

(...)

§ 3º Sobre a receita bruta auferida no mês incidirá a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º deste artigo, podendo tal incidência se dar, à opção do contribuinte, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irrevogável para todo o ano-calendário.

§ 4º O contribuinte deverá considerar, destacadamente, para fim de pagamento:

I - as receitas decorrentes da revenda de mercadorias;

II - as receitas decorrentes da venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte;

III - as receitas decorrentes da prestação de serviços, bem como a de locação de bens móveis;

IV - as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária e tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), bem como, em relação ao ICMS, antecipação tributária com encerramento de tributação;

V - as receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou da sociedade de propósito específico prevista no art. 56 desta Lei Complementar.

(...)

§ 15. Será disponibilizado sistema eletrônico para realização do cálculo simplificado do valor mensal devido referente ao Simples Nacional."

Nesta esteira, a legislação baiana, estribada na Lei Complementar 123, promulgou a Lei nº 10.646, de 03 de julho de 2007, a qual dispunha sobre a aplicação do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, de que trata a Lei Complementar, alterando a Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, e dá outras providências, e manteve a isenção de ICMS para as microempresas cuja receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao do período de apuração não ultrapassasse R\$ 144 mil, estando tal previsão contida em seu artigo 4º.

Trata-se de questão eminentemente fática, e a autuada em momento algum conseguiu provar ter agido corretamente em tal apuração, da forma como prevê a norma legal.

Estando comprovado, através dos elementos contidos no processo que a autuada auferiu receita tributável acima de tal valor, evidentemente é devido o imposto ora lançado, na forma dos demonstrativos acostados ao feito.

Por tais razões, voto no sentido de que o Auto de Infração deve ser julgado procedente.

Todavia, de ofício, entendo pertinente fazer algumas considerações sobre a aplicação da multa qualificada no percentual de 150%, em relação a qual observo que a determinação contida no §1º do art. 44 da Lei Federal 9.430/96 é expressa:

"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

a) na forma do art. 8º da Lei 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)” .

Os artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964 estabelecem os tipos penais dos crimes contra a ordem tributária, sendo que, para a sua caracterização, é necessária a comprovação de existência de intuito fraudulento ou da vontade de sonegar imposto, ou seja, é imprescindível a prova de ato de má fé por parte do contribuinte.

No caso em exame, além de não constar da acusação fiscal, de igual forma, não resta comprovado qualquer crime cometido pelo contribuinte, como também não está comprovada qualquer conduta de má-fé. Diante do fato de que a aplicação da multa qualificada somente é cabível quando reste provado o cometimento dos crimes previstos nos já acima citados artigos da Lei nº 4.502/1964, o que, definitivamente, não é o caso de que tratam os autos.

Impende ressaltar, ainda, que a regra geral, estabelecida no Código Civil Brasileiro em seu artigo 1201, e aplicada amplamente pela jurisprudência dos Tribunais Superiores é que não se presume a má-fé, muito ao contrário, a presunção é sempre de boa-fé do réu ou sujeito passivo.

Nesta linha, posiciono-me no sentido de que deve ser aplicada a multa de 75%, prevista no inciso I, do art. 44 da Lei 9.430/96, e não a multa qualificada prevista no § 1º, do art. 44 da Lei Federal nº 9430/96, conforme originalmente consta no lançamento, na esteira de inúmeras decisões já prolatas por este Conselho, especialmente em suas Câmaras, a exemplo dos Acórdãos 0309-12/13 e 0264-11/13.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108508.0004/13-4** lavrado contra **BATUBA COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.706,92**, acrescido da multa de 75%, prevista nos artigos 35, da Lei Complementar 123/06 e 44, inciso I, da Lei Federal 9.430/96, e dos acréscimos legais, diante do reenquadramento de multa realizado de ofício por este órgão julgador.

Sala de Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2013.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR