

PROCESSO	- A. I. N° 108508.0004/13-4
RECORRENTE	- BATUBA COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA. (RADICAL SURF)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0246-02/13
ORIGEM	- INFRAZ ILHÉUS
INTERNET	- 27/02/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0054-11/14

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. Preenchimento do PGDAS. Erro na informação da receita bruta. Razões de apelo insuficientes para descharacterizar a exigência. **b)** OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. Presunção legal autorizada pelo §4.º 4º Lei nº 7.014/96. Omissão não elidida pelo sujeito passivo. Falta de produção de prova capaz de afastar a presunção legal. Nulidade suscitada não acolhida. Reenquadramento da multa de ofício, de 150% para 75%. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de lançamento de ofício, levado a efeito em 20/03/2013, com o objetivo de exigir do ora recorrente ICMS, no valor histórico de R\$ 14.706,92, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

1. *Deixou de recolher ICMS em razão de considerar receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo). Contribuinte informou indevidamente nos PGDAS de 2008 e 2009 receitas com imunidade quando sua receita nos 12 últimos meses foram superiores a R\$144 mil;*
2. *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 por instituição financeira e administradora de cartões.*

Concluída a instrução do feito, os autos foram submetidos à apreciação por parte da 2ª JJF, que, na assentada de julgamento datada de 07/11/2013, entendeu por bem, à unanimidade, julgar Procedente o Auto de Infração o que fez nos seguintes termos:

VOTO

O lançamento constitui-se em uma das 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 ampladefesa, 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 Federal, 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 duplicitade 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 inquinar com a pecha de nulidade.

De igual forma, a menção pelo autuado 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 deficiente.

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 inofensável 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 carreasse 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 incutir 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 inexiste 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 irretratável 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 irretratável 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 o autuado 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 o autuado 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 artigo 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 demá 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.

Em apertada síntese, os membros integrantes da 2ª JJF assim se posicionaram em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- a) Afastaram as preliminares de nulidade apontadas, explicitando que o lançamento de ofício foi efetuado em estrita observância aos termos da legislação de regência, tendo sido assegurado ao contribuinte o pleno exercício do direito de defesa e ao contraditório;
- b) No mérito, quanto à infração 1, esclareceram que a adesão ao Programa Simples Nacional e o cumprimento das obrigações acessórias correspondentes é da inteira responsabilidade do contribuinte, e que, no presente caso, o ora recorrente não conseguiu constituir a prova da correção dos procedimentos que adotou quando da confecção das PGDAS, razão pela qual mantiveram na íntegra a exigência;
- c) Após analisarem os argumentos de defesa apresentados em relação à infração 02, também entenderam ser procedente o lançamento, tendo em vista que a presunção legal de omissão de saídas em decorrência da constatação de divergências entre os valores das vendas declaradas pelo contribuinte e aqueles constantes dos relatórios emitidos pelas instituições financeiras administradoras de cartão de crédito encontra respaldo no quanto previsto no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96 e que, ademais, também quanto a este item, o contribuinte não contestou os fatos, nem trouxe aos autos quaisquer provas capazes de elidir a acusação, limitando suas alegações aos aspectos que no seu entender ensejam a nulidade do procedimento;
- d) Reenquadram de ofício o percentual da multa de infração cominada pelo auditor fiscal autuante, reduzindo-a de 150% – penalidade qualificada aplicável quando verificada a prática de conduta dolosa, de má fé ou simulada com o intuito de fraudar os cofres públicos – para 75% conforme previsto no inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/96.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 113/120), mediante o qual aduz que a acusação que teve contra si perpetrada é indecisa e inexata e não revela com a devida clareza os supostos ilícitos cometidos, cerceando-lhe, por conseguinte, os meios e Recursos necessários ao exercício do seu direito de defesa, razão pela qual o lançamento deve ser declarado nulo.

Alega que pela descrição dos fatos relativos ao item 1 do Auto de Infração não é possível aferir com precisão se está sendo acusado de ter declarado a receita como imune, isenta ou com valor fixo já que o autuante utilizou a conjunção alternativa ou.

Argumenta neste sentido que Auto de Infração se constitui em ato administrativo regrado e vinculado e, nesta condição, depende de requisitos e condições sem os quais perde sua validade e eficácia jurídica.

Cita o artigo 5º da Constituição e transcreve trechos da doutrina para afirmar que 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, direitos estes que lhe foram cerceados em decorrência da forma imprecisa pela qual foram descritos os fatos que ensejaram o lançamento de ofício.

Sustenta que a teor do quanto previsto no artigo 112 do CTN as dúvidas devem ser dirimidas em favor do contribuinte (in dúvida pró-contribuinte), mas que no presente caso se verificou o contrário já que a narrativa do fato motivador do suposto ilícito não está dotada da devida clareza.

Especificamente quanto à infração 2, após reiterar os argumentos de nulidade expostos, sustenta que apuração do débito foi realizada de forma injusta e equivocada, uma vez que **(a)** o auditor autuante não observou que a receita de vendas auferidas e declaradas no período fiscalizado era superior ao montante constante dos relatórios TEF emitidos pelas administradoras; e **(b)** o fato

gerador do ICMS é a saída de mercadoria do estabelecimento e jamais a relação jurídica mantida entre o contribuinte e as empresas operadoras de cartão de crédito.

Pugna ao final pelo provimento do Recurso, acolhimento das nulidades suscitadas e na hipótese de estas restarem afastadas pela improcedência do lançamento.

Não houve pronunciamento da PGE/PROFIS em vista do quanto disposto no item 3, alínea “b”, inciso II do artigo 136 do RPAF.

VOTO

Início a apreciação das razões de apelo pela preliminar de nulidade suscitada, para, mantendo em todos os seus termos a Decisão de piso, afastá-la.

Com efeito, não vislumbro quaisquer dos vícios apontados na peça recursal. O Auto de Infração encontra-se instruído com demonstrativos específicos para cada infração apontada que evidenciam de forma clara os critérios de apuração do imposto objeto da exigência. Os relatórios TEF emitidos pelas empresas administradoras de cartão de crédito foram entregues ao Recorrente quando da ciência do lançamento.

No mérito, constato que os fundamentos de irresignação submetidos à apreciação desta Câmara são idênticos àqueles aduzidos na peça impugnatória.

Da análise das exigências verifica-se que se referem a matérias iminentemente fáticas, diante do que caberia ao Recorrente carrear aos autos provas materiais capazes de elidir as acusações.

As suas razões de apelo, contudo, limitam-se a apresentação de razões de direito que, embora procedentes em sua essência, são inaplicáveis ao caso dos autos, já que ao Recorrente foram fornecidos todos os elementos necessários a possibilitar-lhe a identificação precisa dos motivos que ocasionaram o lançamento, a base imponível e os respectivos valores do ICMS exigido no período fiscalizado.

Especificamente quanto à infração 2, o lançamento de ofício encontra fundamento de validade no parágrafo 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96 que autoriza uma presunção relativa de omissão de saídas tributáveis quando da constatação, por parte das autoridades fiscais, de valores das vendas declaradas pelo contribuinte em montante inferior ao informado pelas empresas administradoras de cartão de crédito.

Esta presunção, todavia, comporta a produção de prova em sentido contrário, tarefa da qual se desincumbiu o Recorrente quando deixou de apresentar os cupons ou notas fiscais correspondentes às vendas pagas com cartão de crédito ou débito, constantes nos relatórios TEF que lhes foram disponibilizados para evidenciar a regularidade de suas operações.

Assim é que não lhe assiste razão quando afirma ser improcedente o lançamento.

Finalmente, também entendo adequado o reenquadramento da multa de ofício promovido pela Decisão de piso.

De fato, a penalidade prevista no §1º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 só encontra lugar nas hipóteses de constatação da prática de conduta fraudulenta, praticada com dolo, má fé ou simulação.

Não me parece ser este o caso dos autos. Até mesmo porque, para proceder a acusações deste jaez a autoridade fiscal deve estar munida de provas incontestáveis da prática de tais condutas, o que não se verificou neste PAF. Como bem asseverou o voto condutor do acórdão, estes eventos sequer constam da descrição das infrações.

Neste contexto, considerando que o Recorrente não trouxe em sua peça recursal quaisquer argumentos de fato que já não tenham sido exaustivamente apreciados pela 2ª JJF, mantenho a Decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos.

Ante ao exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo integralmente a Decisão proferida pela 2ª JJF, que julgou PROCEDENTE o auto de lançamento de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida para julgar **PROCEDENTE** Auto de Infração nº **108508.0004/13-4** lavrado contra **BATUBA COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA. (RADICAL SURF)**, devendo ser intimado o recorrente 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 nº 9.430/96, e dos respectivos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de fevereiro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – RELATORA

ROSANA JEZLER GALVÃO – REPR. DA PGE/PROFIS