

PROCESSO - A. I. Nº 151936.0002/11-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - DOMINGOS ANTONIO DE ARAÚJO MÓVEIS – EPP (BAMBINO DECOR)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0033-04/14
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 28/08/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0240-11/14

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração nula em decorrência da falta de demonstrativos, que, obrigatoriamente, fazem parte integrante do Auto de Infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício, em razão da Decisão proferida pela 4ª JJF, constante do Acórdão nº 0033-04/14, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 24/03/2011, imputa ao Sujeito Passivo o cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – 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. Valor Histórico: R\$10.215,52 – Multa de 150%;

INFRAÇÃO 2 – Deixou de recolher valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributo se 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 de alíquota aplicada a menos. Valor Histórico: R\$46.480,53 – Multa de 75%.

Na defesa, fls. 89/102, o Autuado suscita preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa, em razão da ausência de requisitos essenciais.

No mérito nega a ocorrência de omissão de saída, pois as notas fiscais teriam sido oportunamente lançadas e o ICMS integralmente pago.

Em informação fiscal, às fls. 146/147, a fiscal Autuante anexa parte dos demonstrativos que não foram entregues ao Contribuinte, requerendo que fosse entregue as cópias ao Autuado, reabrindo o prazo de defesa.

Em nova defesa, às fls. 156/167, o Autuado reitera a argumentação da defesa já apresentada.

Na informação fiscal de fls. 173/174, a Autuante mantém a integralidade do Auto de Infração.

Os autos foram convertido em diligência à fl. 179, para que a Autuante esclarecesse as divergências apontadas em relação à alíquota e valor do imposto indicado nos demonstrativos e no Auto de Infração.

Em cumprimento à diligência, fl. 182, a Autuante informa que foram feitos novos demonstrativos com indicação da alíquota e valores do imposto coincidentes com o demonstrativo do débito. A infração 1 passou a ser no valor de R\$ 10.826,45 e a infração 2 no valor de R\$ 40.845,05.

Após a conclusão da diligência, o Autuado se manifestou, questionando que a Autuante se limitou somente em alterar as alíquotas do Auto de Infração anterior, mantendo incólume os valores da base de cálculo original, os quais não reconhece.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 4ª JJF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 214/219):

Saliento que não cabe a esta JJF apreciar questões de inconstitucionalidade de lei ou de atos normativos, a teor da disciplina do art. 167, I do RPAF/99.

Constato que o Auto de Infração atende a todas as formalidades para a sua validade, obedecidos os requisitos constantes no art. 39 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), inclusive quanto ao recebimento do Relatório Diário de Operações TEF, que se encontra na fl. 150 do PAF; consoante recibo firmado pelo autuado, (fls. 150/153A).

No mérito, trata-se de Auto de Infração no qual está sendo exigido 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 de omissão de saídas de mercadorias, detectada por meio de levantamento das vendas com pagamento em cartão de crédito/débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, conforme previsto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02; a segunda por ter recolhido a menos ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota a menor, tudo conforme demonstrativos de fls. 72 a 85 e Extrato do Simples Nacional, fls. 08 a 43.

A opção pelo Simples Nacional por parte do contribuinte implica na aceitação de um Regime Especial Unificado de Arrecadação, conforme previsto nos artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 123/06, cuja forma de arrecadação é a prevista no seu art. 18 e §§, na qual o pressuposto básico é a “receita bruta”, quer para determinação da alíquota aplicável, como para a determinação da base de cálculo. Assim sendo, o valor do imposto calculado pelo Simples Nacional não perquire cada saída específica, mas um montante que servirá para o cálculo dos diversos tributos e contribuições envolvidos.

Na primeira infração, por se tratar de uma presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, cabe ao sujeito passivo provar a sua improcedência, conforme determina o dispositivo legal citado, no caso com a demonstração de que ofereceu à tributação os valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito, por meio de documentos fiscais que comprovem as vendas com pagamento na modalidade em cartão de crédito ou de débito, a exemplo de Redução “Z” ou notas/cupons fiscais que contenham identidades entre os valores e datas informadas no Relatório Diário de Operações TEF. Nesta hipótese restaria comprovada a tributação dos valores apontados nesta infração, o que não ocorreu em sua inteireza.

Ademais, ressalto que o descumprimento da obrigação acessória implica em descumprimento de obrigação principal, visto que o art. 113, §3º do CTN assevera que: “A obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária”.

O autuante, na informação fiscal, destacou que o Auto de Infração foi lavrado com base nas informações prestadas pelo autuado, ou seja, redução Z da ECF e a tais valores aqueles constantes das notas fiscais de saídas (fls. 44 a 70). Assim, os valores informados pelo contribuinte são inseridos no Relatório de Omissão Mensal Cartão (TEF), onde é feito o cruzamento dos valores, bem como a verificação dos registros do contribuinte para constatar se o mesmo, para cada operação efetuada, estava emitindo um documento fiscal do mesmo valor recebido a crédito ou débito das operadoras de cartões de crédito.

Quanto à alegação de bitributação, a Resolução nº 30/2008 do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) especifica os valores da multa, de forma que o quantum aplicado a título de penalidade encontre respaldo normativo, não havendo, portanto, que se falar em bitributação, consoante art. 16, incisos I e II.

Não obstante esse relato do autuante, o PAF foi convertido em diligência para dirimir as dúvidas acerca da alíquota e do valor do imposto indicado nos demonstrativos e no Auto de Infração, sendo que o autuante ao refazer os demonstrativos, encontrou valores maiores de ICMS, a partir do mês de janeiro até novembro/2008. Diante deste fato a infração limita-se ao valor originariamente exigido, e não ao valor retificado, esse da ordem de R\$ 10.826,45, consoante o demonstrativo de fl. 183. As diferenças mensais devem ser exigidas em nova ação fiscal, pelo que fica representado à autoridade fiscal, para renová-la. Portanto a infração fica mantida no valor de R\$ 10.215,52.

Em relação ao argumento de ser abusiva a cobrança da multa de 150%, os percentuais da exigência fiscal estão respaldados em lei estadual e federal pertinentes ao SIMPLES NACIONAL.

Infração procedente.

Quanto à segunda infração, esta decorreu da inclusão das receitas omitidas, detectadas na infração 01, em razão do somatório dos documentos fiscais emitidos pela empresa, acrescidos dos valores omitidos, apurados por meio dos cartões de crédito/débito, detectando-se novas faixas de Receita Bruta Acumulada e percentuais incidentes sobre a Receita Mensal, apurando o ICMS devido e comparando ao recolhido, ocorrido através do DASN, conforme demonstrado, cujas diferenças mensais a recolher foram segregadas em omissão de saídas através de cartão de crédito, multa de 150%, e de recolhimento a menos, com multa de 75%, consoante demonstrado.

Contudo, o autuante ao refazer os demonstrativos de débito, decorrente do pedido de diligência, encontrou novos valores, o que diminui o valor do crédito tributário exigido na infração 02 para R\$ 40.845,05, no que concordo.

Infração procedente em parte.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão de piso, o Autuado interpõe Recurso voluntário, às fls. 234/245, reproduzindo os termos da impugnação inicial.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, fls. 252/253 opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário tendo em vista que não há impugnação aos cálculos elaborados pelo fisco, não tendo razão o Recorrente quanto a alegação de dificuldade na identificação dos números, pois devidamente demonstrado nos autos.

Às fls. 255/259, esta 1ª CJF anulou a Decisão de primeira instância, por cerceamento do direito de defesa, determinando o retorno dos autos à primeira instância, para saneamento das irregularidades, com a apresentação dos demonstrativos sintéticos e analíticos da infração 2 e entrega ao contribuinte dos documentos, bem como que fosse reaberto o prazo de defesa, nos seguintes termos:

Consoante relatado, duas são as infrações objeto do presente lançamento de ofício. A primeira, visa a exigir o imposto por supostas divergências entre os valores declarados pelas administradoras de cartões de crédito ou de débito, como sendo de vendas realizadas pelo sujeito passivo, e os registros constantes da redução Z do equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) do estabelecimento autuado. A segunda, decorre, pelo que se depreende dos demonstrativos apresentados pela autuante, da inclusão de receitas omitidas, apuradas na infração 1, no cálculo da receita bruta do sujeito passivo, que está submetido ao regime do Simples Nacional.

Ab initio, convém esclarecer que, apesar de a autuante ter deixado de anexar à autuação, o relatório TEF diário por operação, tal documento foi fornecido ao sujeito passivo, consoante intimação 153-A e CD-Rom de fl. 151. Assim, em que pese a autuante se refira, na sua informação fiscal, exclusivamente aos relatórios TEF anuais, o que não seria suficiente para o regular exercício do direito de defesa, os relatórios diários por operação foram efetivamente entregues ao sujeito passivo, dando-lhe a possibilidade de cotejar todas as operações registradas em seus equipamentos emissores de cupons fiscais com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito e de débito.

Assim, não se vislumbra a existência de qualquer vício na exigência constante da infração 1.

Não é isso, contudo, o que acontece com a infração 2. Pelo que se observa do demonstrativo de fl. 182, elaborado em resposta à diligência determinada pela primeira instância, a autuante promoveu verdadeira revisão do lançamento inicial, com o intuito de sanar as divergências discriminadas pelo então relator no despacho de fl. 179. Descurrou-se a preposta fiscal do dever de apresentar os novos demonstrativos sintéticos e analíticos impressos. Vale o registro de que os arquivos constantes do CD-Rom de fl. 184 não possuem qualquer conteúdo, o que caracteriza deficiência na instrução do lançamento de ofício e cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo, conforme arguido em sua peça recursal.

Vale frisar que o lançamento da infração 2, desde o início, apresenta diversas inconsistências, pois os valores de base de cálculo (OMISSÃO RECEITA NORMAL TOTAL - fl. 77) e de imposto a recolher (ICMS A REC. - fl. 80) não coincidem com os valores lançados na autuação, assim como as alíquotas aplicadas nos papéis de trabalho também divergem daquela indicada na peça inicial, o que, aliás, já havia sido constatado pela Junta de Julgamento Fiscal, no despacho de diligência de fl. 179, consoante referido linhas atrás.

Também não fica claro, a partir da análise dos demonstrativos elaborados pela autuante, como foi elaborado o cálculo para chegar à receita omitida, havendo semelhante insegurança quanto à efetiva exclusão da receita apurada na infração 1, para que não haja bis in idem, já que parte do período é coincidente. As informações fiscais prestadas pouco esclarecem a respeito, o que torna inviável o prosseguimento do feito.

Ante o exposto, voto pelo acolhimento da preliminar suscitada e, via de consequência, pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para, com base no art. 18, II, do RPAF/99, decretar a Nulidade da Decisão recorrida, determinando o retorno dos autos à primeira instância, onde deverão ser sanadas as irregularidades apontadas no presente voto, com a apresentação dos demonstrativos sintéticos e analíticos da infração 2, desta autuação, entrega ao contribuinte desses documentos e reabertura do prazo de defesa.

Os autos foram convertidos em diligência à Autuante, fl. 273, para que apresentasse os demonstrativos com relação à elaboração do cálculo para chegar à receita omitida.

A Autuante informou que a empresa encerrou suas atividades, bem como que a diligência já havia sido atendida, razão pela qual restou frustrada a possibilidade de realização da diligência em questão.

A 4ª JJF julgou o feito Parcialmente Procedente, conforme Decisão transcrita abaixo:

Saliento que não cabe a esta JJF apreciar questões de inconstitucionalidade de lei ou de atos normativos, a teor da disciplina do art. 167, I do RPAF/99.

No mérito, trata-se de Auto de Infração no qual está sendo exigido 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 de omissão de saídas de mercadorias, detectada por meio de levantamento das vendas com pagamento em cartão de crédito/débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, conforme previsto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02; a segunda por ter recolhido a menos ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota a menor, tudo conforme demonstrativos de fls. 72 a 85 e Extrato do Simples Nacional, fls. 08 a 43.

A opção pelo Simples Nacional por parte do contribuinte implica na aceitação de um Regime Especial Unificado de Arrecadação, conforme previsto nos artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 123/06, cuja forma de arrecadação é a prevista no seu art. 18 e §§, na qual o pressuposto básico é a “receita bruta”, quer para determinação da alíquota aplicável, como para a determinação da base de cálculo. Assim sendo, o valor do imposto calculado pelo Simples Nacional não perquire cada saída específica, mas um montante que servirá para o cálculo dos diversos tributos e contribuições envolvidos.

Na primeira infração, por se tratar de uma presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, cabe ao sujeito passivo provar a sua improcedência, conforme determina o dispositivo legal citado, no caso com a demonstração de que ofereceu à tributação os valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito, por meio de documentos fiscais que comprovem as vendas com pagamento na modalidade em cartão de crédito ou de débito, a exemplo de Redução “Z” ou notas/cupons fiscais que contenham identidades entre os valores e datas informadas no Relatório Diário de Operações TEF. Nesta hipótese restaria comprovada a tributação dos valores apontados nesta infração, o que não ocorreu em sua inteireza. Saliento que o Relatório Diário de Operações TEF, se encontra na fl. 150 do PAF; consoante recibo firmado pelo autuado, (fls. 150/153A).

Ademais, ressalto que o descumprimento da obrigação acessória implica em descumprimento de obrigação principal, visto que o art. 113, §3º do CTN assevera que: “A obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária”.

O autuante, na informação fiscal, destacou que o Auto de Infração foi lavrado com base nas informações prestadas pelo autuado, ou seja, redução Z da ECF e a tais valores aqueles constantes das notas fiscais de saídas (fls. 44 a 70). Assim, os valores informados pelo contribuinte são inseridos no Relatório de Omissão Mensal Cartão (TEF), onde é feito o cruzamento dos valores, bem como a verificação dos registros do contribuinte para constatar se o mesmo, para cada operação efetuada, estava emitindo um documento fiscal do mesmo valor recebido a crédito ou débito das operadoras de cartões de crédito.

Não obstante esse relato do autuante, o PAF foi convertido em diligência para dirimir as dúvidas acerca da alíquota e do valor do imposto indicado nos demonstrativos e no Auto de Infração, sendo que o autuante ao refazer os demonstrativos, encontrou valores maiores de ICMS, a partir do mês de janeiro até novembro/2008. Diante deste fato a infração limita-se ao valor originariamente exigido, e não ao valor retificado, esse da ordem de R\$10.826,45, consoante o demonstrativo de fl. 183. As diferenças mensais devem ser exigidas em nova ação fiscal, pelo que fica representado à autoridade fiscal, para renová-la. Portanto a infração fica mantida no valor de R\$10.215,52, consoante o demonstrativo de débito de fls. 01/02 do PAF.

Em relação à multa sugerida pela fiscalização, deve ser corrigida, de ofício, para o percentual de 75%, conforme prevista no art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96. Este é o entendimento que atualmente vem prevalecendo neste CONSEF, a exemplo do voto inserido no Acórdão nº 0139-01/13.

Infração procedente.

Quanto à segunda infração, esta em razão da falta de demonstrativos que fariam parte integrante do Auto de Infração deve ser anulada, a teor do que dispõe o art. 18, IV, “a” do RPAF/99 combinado com o art. 41, II que dispõe: O Auto de Infração far-se-á acompanhar dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido.

Embora tenha sido diligenciado o presente PAF, para a correção da irregularidade em virtude da falta de demonstrativos da infração 02, estes não foram colacionados posto que o autuante constatou que a empresa autuada não se encontrava mais em funcionamento e o prédio encontrava-se fechado para reforma.

Assim, embora a autuante tenha declarado na fl. 275 que “a diligência foi atendida através dos documentos de folhas 182 a 184 e complementada através das folhas 209 e 210”, não foi o que ocorreu, posto que os elementos ali presentes não são suficientes para fundamentar a infração apontada. Dessa forma a infração 02 deve ser anulada por vício não saneado nas diligências realizadas. Infração nula.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

De ofício, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu da Decisão prolatada para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da Decisão de primeira instância, ter desonerado parte do débito originalmente cobrado, consoante disposto no art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99.

Na análise do quanto trazido aos autos, entendo não merecer qualquer reforma o Julgado de Primeira Instância.

Averiguo que resta caracterizada a nulidade da Infração 2, haja vista que, a sua lavratura não foi em consonância com os requisitos previstos no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Isso porque, nos termos do art. 39, III e IV do RPAF/99 o Auto de Infração conterá a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta, bem como terá anexo o demonstrativo do débito tributário.

No caso em comento, consoante verificado por esta 1ª CJF, não há elementos nos autos suficientes para lastrear a infração 2, o que levou a nulidade da Decisão de piso para que os autos retornassem à primeira instância, a fim de que fossem apresentados os demonstrativos sintéticos e analíticos da infração 2.

Em cumprimento ao quanto determinado por esta 1ª CJF, a 4ª JJF converteu os autos em diligência, para que fossem apresentados os demonstrativos com relação a elaboração do cálculo para chegar a receita omitida.

Diante da impossibilidade de apresentar tais demonstrativos, bem como da inexistência de documentos capazes para fundamentar a infração em comento, a JJF anulou a infração por vício não saneado nas diligências realizadas.

O Auto de Infração deve conter todas as provas necessárias para comprovar a ocorrência do ilícito tributário, de forma que o art. 28, §4º, II, do RPAF disciplina que ele estará acompanhado dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal Autuante e das provas necessárias à demonstração do fato arguido.

Nessa seara, ante a ausência de tais elementos, não há como dar sequência ao presente PAF sem ocorrer em preterição do direito de defesa, levando a nulidade do Auto de Infração, com arrimo no art. 18, II, do RPAF.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de ofício, mantendo inalterada a Decisão recorrida que julgou Nula a infração 2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 151936.0002/11-9, lavrado contra **DOMINGOS ANTONIO DE ARAÚJO MÓVEIS – EPP (BAMBINO DECOR)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.215,52**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35, da LC nº 123/06, art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS