

A. I. Nº - 232535.0014/13-8
AUTUADO - DIVINA MODAS LTDA - ME
AUTUANTE - LUIZ GONZAGA DA SILVEIRA JUNIOR
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET - 15.04.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0062-04/14

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. IMPACTO DA PRESUNÇÃO DE SAÍDAS NÃO TRIBUTADAS NO ICMS A RECOLHER. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. O imposto a recolher sofre acréscimos em decorrência da inclusão, no faturamento, dos novos valores de saída apurados. **c)** CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCIERAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Rejeita preliminar de nulidade e indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/11/2013, exige crédito de ICMS no valor de R\$26.090,46 em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 01. Deixou de recolher ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional. Valor: R\$ 8.629,36. Período: fevereiro, junho, julho, setembro e dezembro 2009, dezembro 2011. Multa: 75%;

INFRAÇÃO 02. Efetuou recolhimento a menor 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, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor. Valor: R\$ 2.859,19. Período: janeiro, abril, maio, agosto, outubro e novembro 2009, janeiro 2010 a novembro 2011. Multa: 75%;

INFRAÇÃO 03. 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: R\$ 14.601,91. Período: janeiro 2009 a novembro 2011. Multa: 150%.

Constam dos autos: TERMO DE INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS (folha 09); TERMO DE ARRECADAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS (folha 10); ANEXO 1 – APURAÇÃO DAS DIVERGÊNCIAS (folhas 11, 18 e 25); ANEXO 2 – CÁLCULO DA RECEITA APURADA (folhas 12-15, 19-22 e 26-29); ANEXO 3 – ANÁLISE ICMS DO SIMPLES NACIONAL A RECLAMAR

(folhas 16-17, 23-24 e 30-31); Formulários “Extrato do Simples Nacional” (folhas 32-103); TERMO DE SANEAMENTO (fl. 105) RECIBOS DE CÓPIAS DOS PAPÉIS DE TRABALHO (fls. 106-107).

A autuada apresenta impugnação (folhas 111 a 132), na qual se insurge contra o lançamento efetuado pela fiscalização, apresentando as razões a seguir descritas.

Transcreve as infrações e suscita a nulidade do auto por ausência de elementos indispensáveis à lavratura, cerceamento ao direito ao contraditório e à ampla defesa, inclusive pelo fato de ter sido lavrado por agente de tributos, o que, segundo ele, contraria o art. 37, II, da CF (transcrito).

Reproduzindo o art. 39, V, “a”, “b” e “c” do RPAF alega inadequação do dispositivo tipificado como violado (arts. 18, 21, I, e 26, I, da LC 123/06, transcritos), para reforçar o pleito de nulidade da autuação.

Segundo, diz que o autuante sequer cuidou da aplicação correta da alíquota para apuração do ICMS, a teor do Anexo I, da LC 123/06 para o período fiscalizado, conforme tabela que apresenta, o que tudo macularia a validade do lançamento, haja vista o não atendimento das formalidades legais, cerceamento do direito de defesa e à segurança jurídica.

No mérito, diz não existir omissões passíveis de autuação, à revelia da infração 03, para, somente após, atentar à improcedência das infrações 01 e 02, derivadas das supostas omissões que lhe são imputadas.

Infração 03 - Afirma que analisando os anexos da autuação em comparação com as PGDAS diz não haver omissões na medida em que declarou todas as receitas.

Alega que o autuante olvidou-se em computar cupons ou notas fiscais emitidas sob alcunha de outras formas de pagamento (mero erro de enquadramento ou erro material), conforme demonstrativos que elabora, pelo que em 2009 identifica omissão de R\$ 9,00 em janeiro, R\$ 271,90 em fevereiro, R\$ 1.127,80 em abril, sendo que em março a receita da PGDAS é maior em R\$ 1.389,40.

Para 2010, identifica omissão de R\$ 175,18 em janeiro e R\$ 3.469,85 em março e em 2011 inexistiria omissão de receita.

Infração 01 - Do mesmo modo que para a infração 03 e entendendo que a PGDAS tem caráter declaratório, constituindo-se em confissão de dívida e instrumento suficiente para a exigência dos tributos que não tenham sido recolhidos, o que, segundo ele, dispensaria a autuação, faz quadros demonstrativos para alegar não haver diferença passível de tributação.

Infração 02 - Também produz demonstrativos, aponta divergência no lançamento do valor PGDAS de janeiro 2009 (R\$ 100,00).

Para 2010 não identifica diferença, assim como para 2011, uma vez que diferenças de R\$ 0,01 decorre de aproximação de valores.

Reproduzindo os arts. 44, I, §1º 71, I e II, 72 e 73 da LC 123/06, discorda da multa qualificada proposta (150%) com fundamento no art. 35 da LC 123/06, já que para isso seria necessário a prática de atos com intuito de sonegação, fraude ou conluio, o que não haveria ocorrido.

Diz ser essa a jurisprudência do CARF, conforme Súmulas 14 e 25, bem como a legislação penal que reproduz (Lei 4.729/65).

Aduz que todas as operações foram praticadas com clareza e lisura, seguidas de todas as formalidades legais, sendo suas informações apresentadas de forma transparente.

Nesse sentido, reproduz doutrina para firmar que o CARF, mesmo nos casos em que entende pela ocorrência de simulação, tem reduzido a multa de ofício para 75%, por não restar caracterizada a fraude ou sonegação, no sentido contido nos artigos 71 a 73 de Lei 4.592 a que se refere a Lei 9.430/96.

Nessa linha e em reforço ao seu entendimento, reproduz ementa de acórdão do CARF e art. 112 do CTN que trata da interpretação benigna de norma penal, razão pela qual, caso se entenda pela prática da infração, requer aplicação do percentual de 75%.

Concluindo, pede seja o Auto de Infração julgado nulo pelos equívocos apontados, improcedente no mérito e, caso superado o pleito pela improcedência, realizada diligência por auditor estranho ao feito para afastar os erros e refazer os cálculos.

O autuante presta informação fiscal às folhas 200-209, aduzindo o que segue.

Diz que as alegações defensivas, tanto no que se refere às preliminares quanto ao mérito são frágeis.

No tocante à preliminar de nulidade pelo Auto de Infração ter sido lavrado por agente de tributos entende ser infundada já que tem competência para constituir créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de micro e EPP optantes pelo Simples Nacional, conforme Lei 11.470/09, que em seu art. 1º, deu nova redação ao art. 107 da Lei Estadual 3.958/81 (COTEB).

Com relação às preliminares por ausência de elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração cometida e como se chegou às conclusões e por aplicação incorreta das alíquotas para apuração do imposto, diz que desenvolveu o procedimento fiscal obedecendo os preceitos legais, em especial, aos atinentes ao devido processo legal, pois contém os requisitos previstos no RPAF. O autuado recebeu cópias dos relatórios e lista de documentos emitidos pelo aplicativo AUDIG, inclusive os de fls. 11 a 31, e os gravados em mídia magnética, consoante recibos de fls. 106/107.

Frisa que o enquadramento legal das infrações e multas estão conforme a legislação, aplicou corretamente os percentuais previstos na tabela do Anexo I da Lei 123/06 para o período fiscalizado, em consonância como os valores das receitas brutas acumuladas em 12 meses, identificadas com a análise e leitura dos relatórios AUDIG (fls. 11-31), em especial às fls. 16, 23 e 30, relatório “ANÁLISE ICMS DO SIMPLES NACIONAL A RECLAMAR” coluna “RECEITA BRUTA ACUMULADA 12 MESES (E)”.

Salienta que os valores das receitas brutas acumuladas nos últimos 12 meses constantes da planilha contestatória são apenas e exclusivamente os informados na PGDAS, vez que não considerou os novos e corretos valores de receitas mensais apurados na fiscalização e que constam na coluna “RECEITA TOTAL APURADA DO ESTABELECIMENTO (O) = (L + N)”, fls. 13, 20 e 27, do relatório “CALCULO DA RECEITA APURADA”.

Informa que do somatório entre as colunas “RECEITA TOTAL APURADA DO ESTABELECIMENTO (O) = (L + N)” e “RECEITA BRUTA FILIAIS (P)” apurou-se a receita total para determinação da alíquota, constante na coluna “RECEITA TOTAL DA EMPRESA PARA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA (Q) = (O + P)”, o que repercutiu na receita bruta acumulada 12 meses – coluna “RECEITA BRUTA ACUMULADA 12 MESES (E)” – e, por consequência, na alíquota de ICMS, inserida na coluna “ALIQ ICMS (G)”, tudo detalhado nos relatórios de fls. 11 a 31. Dessa forma, afasta a tese defensiva de aplicação incorreta de alíquota de ICMS.

Quanto ao mérito, diz que a auditoria se respalda em verificações fiscais e confronto entre dados da empresa (valores de receitas e ICMS mensais, inclusive os declarados nas PGDAS; suas vendas diárias, representadas pelas NF's e cupons fiscais) e as informações das administradoras de cartões, operações TEF - vide os extratos de fls. 32-103, os relatórios e lista de documentos (também emitidos pelo aplicativo AUDIG), gravado em mídia CD-R (fl. 104).

Diz que pela infração 01, se vê que a autuada deixou de recolher ICMS Simples Nacional. Pela infração 02 efetuou recolhimento menor que o declarado no Simples Nacional, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor. Pela infração 03, estão inseridos os valores de ICMS devidos correspondentes à “omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito e/ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões”.

Com relação à infração 03, diz que da planilha apresentada na defesa se nota erros. Analisando as planilhas, observa que a autuada lançou, erroneamente, nos campos “TOTAL INFORMADO PELA

CONTRIBUINTE E PGDAS (A) – ano 2009, 2010 e 2011” valores mensais, referentes ao somatório das receitas dos estabelecimentos com CNPJs 05.632.463/0001-90 e 05.632.463/0002-70 (autuada), consoante informações em extratos do Simples Nacional – PGDAS (fls. 32-103).

Ocorre que os valores mensais das receitas do estabelecimento CNPJ 05.632.463/0001-90 que foram levados em conta na soma citada, nada tem a ver com o procedimento e autuação fiscal, para os fins propostos na defesa em suas referidas planilhas.

Diz que a omissão de saída de mercadoria tributável, tipificada na infração 03 se refere, exclusivamente, às operações do estabelecimento com CNPJ 05.632.463/0002-70 (autuado).

Em reforço a tal fato, diz que os valores do ICMS devido e os a recolher mensalmente em 2009 a 2011, no qual se incluem os exigidos na infração 03, foram calculados aplicando-se as alíquotas mensais do ICMS sobre os valores da receitas totais apuradas mensalmente, exclusivamente, da autuada (filial), deduzindo-se o ICMS DASN ou recolhido (relatório fls. 11-31).

Além disso, a autuada, apesar de reproduzir nas demais colunas de tais planilhas valores constantes nos relatórios de fls. 11-31, omite valores mensais das divergências apuradas nos exercícios 2009-2011, obtidos após confronto entre total de vendas informadas pelas administradoras e documentos emitidos com venda através de cartões, conforme colunas “TOTAL INFORMADO PELAS ADMINISTRADORAS (A)” “DOCUMENTOS EMITIDOS COM VENDA ATRAVÉS DE CARTÃO” e divergência apurada (D) = (A-(B+C)), dos respectivos períodos. Portanto, por estarem erradas nos dados, as planilhas da defesa não elidem a infração 03.

Do mesmo modo, erros também se apresentam nas planilhas de defesa para a infração 01, pois há erro nas colunas “TOTAL INFORMADO PELA CONTRIBUINTE E PGDAS (A) – 2009 (R\$ 24.068,86, R\$ 37.335,73, R\$ 42.369,92, R\$ 44.052,75 e R\$ 61.668,66), “TOTAL INFORMADO PELA CONTRIBUINTE E PGDAS (A) – 2011 (R\$ 104.090,20), e “VALOR DO ICMS DASN” (R\$ 616,16, R\$ 955,79, R\$ 1.084,66, R\$ 1.127,75, R\$ 1.578,71 e R\$ 2.935,34), valores do estabelecimento matriz, consoante informações em extratos do Simples Nacional às fls. 34/35 (mês 02/2009) 54/55 (12/2009) e 102/103 (12/2011).

Portanto, diz estar evidenciado que o Auto de Infração nada tem a ver com o estabelecimento matriz, como pretende o Impugnante, pois trata de dados exclusivos da filial.

Observa que nos extratos Simples Nacional os valores declarados em relação à autuada (filial) foram zero, o que não condiz com a realidade, culminando, assim, na exigência do imposto lançado na infração 01. Dessa forma, ficam des caracterizados os valores lançados pela autuada em suas planilhas de defesa, inclusive alíquotas.

Do mesmo modo, já com relação à infração 02, por estarem erradas, as planilhas defensivas não devem ser acatadas, pois limitou-se a reproduzir para todos os períodos as colunas “TOTAL INFORMADO PELA CONTRIBUINTE E PGDAS (A)”, “VALOR DO ICMS-DAS” e “PAGAMENTO- VALOR TOTAL DA DAS”, os valores que declarou nos extratos do Simples Nacional de diversos meses que cita. Declarou valores inferiores aos informados pelas administradoras, diferença que não elidiu.

Além disso, afirma perceber que a autuada não contesta o procedimento e autuação, de forma específica e objetiva. Esclarece que o valor de R\$ 28.303,97 refere-se a receita informada pela própria autuada, a título de “Revenda de mercadorias, exceto para o exterior, sem substituição tributária/tributação...” do mês de janeiro 2009, conforme extrato respectivo PGDAS fls. 32/33 e relatório fl. 14, não havendo lançamento equivocado como alega.

Diz que as multas propostas são as previstas na legislação. Os documentos juntados pelo Impugnante às fls. 136-195 são os mesmos que autuou às fls. 32-103, o que ratifica seus dados. Manifesta-se contrário ao pedido de diligência, vez que desnecessária para a verdade material.

Em suma, fala que a autuada não contestou os relatórios AUDIG, inclusive seus dados e cálculos, não trazendo aos autos prova capaz de elidir o feito fiscal, razão pela qual pede seja o Auto de Infração julgado procedente.

VOTO

Compulsando os autos, constato que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, sendo o imposto, a multa e sua base de cálculo apurados em conformidade com os demonstrativos elaborados (folhas 11 a 31 e 104), bem como com os documentos acostados aos autos (folhas 32 a 107), com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da indicação dos dispositivos da legislação infringidos. Cópias dos papéis de trabalho foram entregues ao atuado (recibos de fls. 106/107) que assim pode produzir o contraditório com prévio e pleno conhecimento das acusações fiscais, exercendo seu amplo direito de defesa sem óbice da parte contrária.

Por tratar-se de sujeito passivo enquadrado no Simples Nacional, o autuante tem competência funcional para lavratura do Auto de Infração (Lei 11.470/09 e art. 107 do COTEB).

Em face da incorporação dos valores informados pelas administradoras às receitas antes declaradas obteve-se receitas reais maiores que, aplicando-se corretamente os percentuais previstos na tabela do Anexo I da LC 123/06, apurou-se o imposto aqui exigido.

Assim, afasto as preliminares de nulidade suscitadas.

O art. 21, I, da LC 123/06 reza que o autuado, inscrito no Simples Nacional, deve pagar os tributos devidos, apurados na forma prevista nos arts. 18 a 20 (inclusive o ICMS), ou seja, determinados mensalmente mediante aplicação da tabela do Anexo I da citada lei, utilizando como base para determinação da alíquota a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao período de apuração, que incidirá sobre a receita bruta auferida em cada mês de referência e apuração dos tributos, 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.

Analisando os autos vejo que, conforme o próprio Impugnante ratifica com os documentos que acosta à Defesa (fls. 136 a 195), o contribuinte cumpriu sua obrigação tributária no período fiscalizado dentro do regime do Simples Nacional com base nas informações de receita que prestou nas DASN's, elaboradas por ele em programa específico (PGDAS) previsto no § 15 do art. 18 da LC 123/06, juntadas aos autos pelo autuante (fls. 32—103). Entretanto, fundando-se nas informações de vendas de mercadorias pagas com cartões de crédito e/ou de débito prestadas pelas Administradoras, conforme Relatório TEF-Diário analítico das operações, cuja cópia foi entregue ao contribuinte (recibos de fls. 106-107) e demonstrativos de fls. 11-31, em correto procedimento de auditoria a fiscalização identificou receitas tributáveis pelo ICMS que o contribuinte não incluiu nas bases de cálculos dos recolhimentos que efetuou, ou seja, não pagou tributos devidos por tais receitas omitidas nas competências das DASN's que elaborou no período fiscalizado.

Pois bem, identificada essa omissão de receitas, este lançamento estar a exigir o ICMS a ela relativo pelo cometimento de três infrações: a) a infração 01, código 17.01.01 correspondente a falta de recolhimento de ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas microempresas e empresas de pequeno porte – Simples Nacional (multa 75%) que calculou os tributos pagos, cuja descrição consta inequívoca e clara no auto de infração, aqui exigido em face de recálculo fiscal do ICMS que o contribuinte deveria ter recolhido nos respectivos meses de competência do período fiscalizado em face da inclusão da receita tributável omitida nas DASN's que lhe serviram de base ao ICMS que efetivamente recolheu nos respectivos meses de competência, conforme demonstrativos de **fls. 17 e 31, coluna “Omissão de recolhimento/Recolhimento a menor”** (meses 02, 06, 07, 08 e 11, 2009 e 12 de 2011); b) a infração 02, código 17.02.01 correspondente ao recolhimento de ICMS menor que o devido em face de erro na informação da receita tributável lançada no PGDAS (multa 75%) que calculou os tributos pagos, cuja descrição consta inequívoca e clara no auto de infração, aqui exigido em face de recálculo fiscal do ICMS que o contribuinte deveria ter recolhido nos respectivos meses de competência do período fiscalizado em face da inclusão da receita tributável omitida nas DASN's

que lhe serviram de base ao ICMS que efetivamente recolheu nos respectivos meses de competência, conforme demonstrativos de fls. 17, 24 e 31, coluna “**Omissão de recolhimento/ Recolhimento a menor**”; b) infração 03, código 17.03.02, também com precisa descrição no auto de infração, correspondente ao ICMS devido pela presunção de receita omitida, calculado com base nos percentuais concernentes ao ICMS no regime de tributação do Simples Nacional e apurado pelo confronto dos valores das operações de vendas pagas através de cartões de crédito e/ou débito informadas pelas Administradoras em cumprimento da obrigação estabelecida no art. 35-A da Lei 7.014/96, com os respectivos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte para tais operações, conforme demonstrativos de fls. 11-31, cujo ICMS exigido acha-se demonstrado nas planilhas de fls. 17, 24 e 31, coluna “ICMS cartão”.

Ora, tratando-se de presunções de omissões de receitas, observo que o art. 34 da LC 123/06 reza que se aplicam às empresas enquadradas no regime de tributação do Simples Nacional todas as presunções de omissão de receitas existentes nas legislações dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional e o § 4º do art. 4º da lei do ICMS da Bahia (Lei 7.014/96) prevê que a 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.

Obviamente, como a presunção prevista no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 é relativa, pode ser elidida mediante provas documentais com, por exemplo, identificação de inconsistências no levantamento fiscal ou irregularidades por indevidas identificações de meio de pagamento em documentos fiscais. Cabe ao contribuinte provar os possíveis equívocos na presunção acusada. Aliás, é o que lhe indica o art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal quando assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

Vejo que no caso em lide o contribuinte autuado se limitou a arguir a nulidade da autuação em face, segundo ele, do auto ter sido lavrado por autoridade fiscal sem competência legal, ausência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida e aplicação incorreta das alíquotas, ainda arguindo improcedência das infrações dizendo - sem apontá-los -, que o autuante cometeu erros, enganos, falhas e equívocos e, para corrigi-los, solicita diligência fiscal que de logo indefiro com fundamento no art. 147, I, “a” e “b” do RPAF, pois além de considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, o pedido se destina a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que, se existissem, estariam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

As presunções podem ser absolutas, que não admitem prova em contrário, ou relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário. O fato presumido é tido como verdadeiro até que a ele se opuser a prova em contrário.

A acusação em tela é de presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis em razão de declaração de vendas com pagamentos por cartões de crédito em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito legalmente prevista no art. 4º, §4º da Lei 7.014/96. Portanto, presunção legal e, para elidi-la, o sujeito passivo há que comprovar sua inexistência ou que a receita omitida foi oferecida à tributação na forma da lei o que no presente caso significa dizer que as operações correspondentes tiveram emitidos os documentos fiscais correspondentes e que suas receitas foram consideradas para cálculo do ICMS devido nas DASN's dos respectivos meses de competência.

Para este caso, na oportunidade de defesa, além das arguições de nulidade e improcedência já refutadas, o Impugnante trouxe aos autos apenas cópias dos documentos de arrecadação do

Simples Nacional que efetuou para o período fiscalizado, conforme suas Declarações Anuais do Simples Nacional que também cola aos autos às fls. 164 a 192, o que apenas ratifica o tributo já considerado pelo autuante no levantamento fiscal o que, de fato, ao contrário da pretensão defensiva, tem o efeito de reforçar o cometimento das infrações apontadas neste lançamento tributário de ofício, uma vez que não lhe é permitido receber pagamento de venda sem que tenha emitido o correspondente documento fiscal (art. 26, I, da LC 123/06) nem deixar de oferecer à competente tributação a receita dela decorrente.

Portanto, do modo que agiu, o sujeito passivo autuado, deprecia a lei. Preferiu silenciar quanto ao aspecto fático para apenas arguir a nulidade do auto de infração por ver transgredido alguns princípios constitucionais tributários e pedir realização de diligência para corrigir equívocos que não identifica no procedimento. Esta atitude se enquadra no quanto previsto nos arts. 140 e 142 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, uma vez que não apresentando a defesa acompanhada das indispesáveis provas capazes de elidir a acusação fiscal em acordo com o previsto no art. 123 do regulamento citado, 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 e 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.

Deste modo, concluo que não há razão para o inconformismo do sujeito passivo, pois é pertinente o cotejo levado a efeito pelo preposto fiscal, ficando patente a transgressão, pelo contribuinte, do dever estabelecido no art. 238, do RICMS, em relação à irregularidade de caráter acessória, e o descumprimento da obrigação principal na medida do valor exigido para as infrações. Em vista disso, considerando, inclusive, que o contribuinte objetivamente não protesta quanto aos números do levantamento fiscal, repiso que o contribuinte exerceu seu direito de ampla defesa sem carrear ao processo prova da não materialidade das infrações e, por consequência a presunção legal de saídas de mercadorias tributáveis omitidas resta confirmada e o ICMS exigido nas infrações subsiste em face de plena procedência das mesmas.

Na infração 03 deste Auto, noto que foi aplicada a multa de 150%.

Quanto aos aspectos de fato, cabe ao contribuinte impugná-los, se assim quiser. Porém o direito não precisa necessariamente ser alegado, na medida em que o julgador tem o dever de conhecê-lo. Nesse sentido, é possível afirmar que a norma jurídica incide independentemente da vontade das partes, mesmo que não venha a ser invocada. E sendo o lançamento um ato vinculado, compete ao órgão julgador zelar pela fiel observância da lei.

Na tipificação da multa relativa à infração 03, 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 maquinações 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 atribuído ao contribuinte 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 documentos Fiscais de saída em confronto com a escrituração do Registro de Saídas, 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.

Com tal fundamento, ajusto, de ofício, a multa proposta para a infração 03, corrigindo o seu percentual de 150% para 75%, conforme prevê o art. 44, I, da Lei federal nº 9.430/96.

Por todo o exposto, voto, portanto, pela total PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232535.0014/13-8, lavrado contra **DIVINA MODAS LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$26.090,46**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da Lei Complementar 123/06; Art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96 de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de abril de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO - RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR