

A. I. Nº - 217366.0023/12-4
AUTUADO - MERCADINHO BELO PREÇO LTDA.
AUTUANTE - WILSON DE ALBUQUERQUE MELO JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 25/04/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0080-03/14

EMENTA: ICMS. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES NACIONAL). **a)** ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU DE ALÍQUOTA APLICADA A MENOR. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, conforme presunção legal nesse sentido (§4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96). Argumentos defensivos não elidem a legitimidade do lançamento tributário. Infrações caracterizadas. Retificada a multa da infração 02. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/2012, exige ICMS no valor total de R\$36.594,96, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

Infração 01 - Recolhimento a menos do ICMS declarado, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por microempresas e empresa de pequeno porte - Simples Nacional, implicando desta forma, não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menos, nos meses de abril a dezembro de 2010, e janeiro a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$2.965,88, acrescido da multa de 75%.

Infração 02 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entradas, confrontado com a escrituração do livro Registro de Entrada, nos meses de abril a dezembro de 2010, e janeiro a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$33.626,08, acrescido da multa de 150%.

Demonstrativos de apuração e débito colacionado às fls. 26 a 118.

Consta à fl. 119, um Recibo de Arquivos Eletrônicos contendo Demonstrativos e Planilhas do sistema AUDIG em mídia contendo arquivos eletrônicos, com a indicação de que o autuado recusou-se a assinar.

O sujeito passivo, através de advogado legalmente constituído, com procuração à fl. 185, em sua defesa às fls. 128 a 131, após sintetizar os fatos, articula os seguintes argumentos para refutar a autuação.

Afirma ser uma pequena empresa dedicada ao comércio varejista, geradora de um pequeno número de empregos diretos, e localizada no subúrbio ferroviário, região sabidamente carente.

Menciona que foi surpreendido com a lavratura do Auto de Infração no qual constam diversas notas fiscais emitidas com a sua razão social CNPJ e Inscrição Estadual pela empresa Multifrios Comercial Ltda. - ME registrada no cadastro nacional de pessoa jurídica sob o nº 02.933.272/0001-70 e inscrição estadual estabelecida na Rua dos Ferroviários, s/n, bairro São João do Cabrito, inclusive com sua situação cadastral inapta conforme documentos em anexo, fl. 142. Acrescenta asseverando que nunca praticou qualquer negócio jurídico com o fornecedor discriminado no levantamento fiscal, desconhecendo totalmente a sua origem.

Informa que a relação contendo todas as notas fiscais que reconhece encontra-se no documento em anexo, fls. 148 a 184, as demais emitidas pelos fornecedores citados não são reconhecidas como compra de mercadorias. Destaca que as cópias das aludidas notas fiscais já se encontram juntadas no competente auto de infração.

Requer desde logo que, quando da investigação que será promovida pela fiscalização seja solicitado do fornecedor a comprovação das vendas de mercadorias por meio dos canhotos das notas fiscais aludidas com as devidas assinaturas da autuada.

No que tange a empresa Polaris Distribuidora de Gêneros Alimentícios Ltda. - ME, portadora do CNPJ Nº 10.613.810/0001-77 Inscrição Estadual nº 079.642.276 ME estabelecida na Rodovia BR 324, nº 23131, Km 2,8, Centro - Simões Filho, ressalta que em alguns meses e durante o funcionamento naqueles anos adquiriu mercadorias desse fornecedor em quantia muito inferior a informada nos presentes autos, como pode ser visto na relação de documentos em anexo da qual diz discordar.

Assinala que durante seu funcionamento, poucas vezes chegou a adquirir alguns produtos. Diz que as notas fiscais foram recepcionadas juntamente com as mercadorias e suas respectivas cópias se encontram juntadas aos autos.

Assevera desconhecer a origem das demais notas fiscais emitidas em seu nome e constante nos autos e requer que durante a investigação por parte do setor competente que seja solicitado do suposto fornecedor a comprovação do negócio jurídico isto é: Os canhotos das supostas notas devidamente assinados por seus representantes, tendo em vista ser estes os documentos comprobatórios para venda e entrega de mercadorias.

Registra ser Pessoa Jurídica optante pelo Simples Nacional na condição de ME com um número muito pequeno de funcionários e um ponto comercial pequeno com diversas limitações no mercado não dispondo de condições econômica e financeira para manter as operações praticadas pelos supostos fornecedores já qualificados, uma vez que o volume das compras mensais apurado está muito acima da suas realidade e capacidade.

Requer, que seja reanalisado o auto e os procedimentos técnicos junto aos supostos fornecedores e após a conclusão, as possíveis diferenças encontradas seja, de logo, autorizado um parcelamento, dentro dos parâmetros permitidos por esta administração tributária.

Afirma que ante os preceitos fáticos arguidos, a autuação é inconsistente.

Assinala que é de se louvar o zelo que o autuante teve para o serviço público estadual, contudo, e por praticas de procedimentos ilegais praticados por supostos fornecedores foi induzido a lavratura do presente Auto de Infração.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante apresenta informação fiscal, fls. 189 e 190, depois de transcrever o teor das infrações alinha as seguintes ponderações.

Em relação à alegação da defesa de que não “chegou a praticar nenhum negócio jurídico com o fornecedor Multifrios Comercial Ltda., CNPJ 02.933.272/0001-70, ..., inclusive com sua situação cadastral Inapta conforme documentos em anexo”, esclarece que, como pode ser verificado no Documento de Informação Eletrônica - DIC, juntado pelo contribuinte às fls. 192, a data da situação cadastral de inaptidão é 22/12/2010, último mês do exercício.

Observa que no histórico de situação anexado pelo impugnante, ou, a data da intimação para inaptidão foi 24/11/2010, ou seja, a inscrição desse fornecedor esteve ativa durante praticamente todo o exercício de 2010. Acrescenta assinalando que, apesar desses fatos, ao verificar o Anexo 1 - “NFs NÃO REGISTRADAS NO LRE POR ORIGEM”, fls. 27 a 57, referente ao exercício de 2010, e de fls. 66 a 110, relativo ao exercício de 2011, localizou apenas um único registro de nota fiscal eletrônica com o CNPJ mencionado, o que torna insubsistente o requerimento de investigação e comprovação “das supostas vendas de mercadorias” pelo fornecedor supramencionado, eis que não constam do banco de dados do Sistema de Nota Fiscal Eletrônica da SEFAZ, operações do fornecedor Multifrios Comercial Ltda., com o autuado.

Ressalta que no caso do fornecedor Polaris Distribuidora de Gêneros Alimentícios Ltda., CNPJ 10.613.810/0001-77, as notas fiscais eletrônicas consideradas constam do banco de dados do Sistema de Nota Fiscal Eletrônica da SEFAZ, cujos arquivos eletrônicos pertinentes foram entregues ao autuado, que alega desconhecer a “origem das demais notas fiscais”, além das que constam no “Controle de Notas Fiscais Recebidas”, fls. 146 a 184, sendo que, ao contrário do afirmado à fl. 130, não foi juntada ao Auto de Infração, qualquer cópia das notas fiscais reconhecidas pelo autuado.

Destaca que, conforme descrito no Relatório de Fiscalização, fls. 25, o contribuinte intimado não apresentou os livros Registro de Entrada e Registro de Saída e nem os documentos fiscais assinalados na intimação, fl. 08, embora tenha apresentado a Declaração de Apuração do Simples Nacional - DASN referentes aos exercícios de 2010 e 2011, e possua registros de operações de cartão de crédito/débito informados pelas Administradoras de Cartão, conforme arquivos eletrônicos juntados ao Auto de Infração.

Esclarece que diante dos fatos, a constatação da existência de operações de compras e vendas de mercadorias sem a comprovação de sua entrada no estabelecimento por meio de escrituração contábil conta com respaldo legal que autoriza a presunção de omissão de saídas nos exercícios fiscalizados de 2010 e 2011.

Afirma que se constata da defesa que o autuado embora tenha mencionado “práticas de procedimentos ilegais praticados por supostos fornecedores”, não fez juntada de documentos fiscais ou contábeis comprobatórios dessas práticas ilícitas.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de infração.

Na assentada do julgamento, a 3ª JJF deliberou pela conversão dos autos em diligência à Infaz de Origem, fl. 194, para que fosse providenciada pelo autuante a juntada de relação com indicação das chaves de acesso às notas fiscais eletrônicas arroladas no levantamento fiscal e entregue cópia ao autuado, bem como a realização de diligência junto ao fornecedor do autuado, Polaris Distribuidora de Gêneros Alimentícios Ltda., a fim de que apresente cópias dos DANFES que deram trânsito às mercadorias e comprove o recebimento dos valores correspondentes às operações realizadas com o impugnante.

O autuante, à fl. 198, apresenta o resultado da diligência solicitada por esta JJF, acostando aos autos relação com a chave de acesso das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal, fls. 203 a 271, bem como as cópias dos DANFES emitidos pela empresa Polaris Distribuidora de Gêneros Alimentícios Ltda., tendo como destinatário o autuado no período fiscalizado, fls. 273 a 1000,

além de declaração do emitente das notas fiscais eletrônicas asseverando que não constam débitos em aberto em relação às operações realizadas com o autuado, fl.272.

Com a aposentadoria do Relator anterior à Secretaria deste CONSEF, fl. 1002, redistribuiu o processo para o atual relator.

Após análise e discussão em pauta suplementar, esta JJF decidiu converter novamente o processo em diligência, fl. 1004, para que o autuado fosse intimado para fornecimento das cópias de todos os elementos carreados aos autos em decorrência da diligência efetuada pelo autuante, reabrindo-se o prazo de defesa.

Procedida a regular intimação via postal, fls. 1007 e 1008, o autuado não se manifestou no prazo regulamentar.

VOTO

No mérito, verifico que o autuado, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, foi exigido no item 01, os valores recolhidos a menos pelo Regime Especial Unificado de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, devido a erro na informação da receita e alíquota aplicada a menos, em decorrência da constatação na infração 02, que exige o ICMS sobre a omissão de saída de mercadorias, por presunção legal, apurada por meio de notas fiscais de entrada constantes do banco de dados do Sistema de Nota Fiscal Eletrônica da SEFAZ, cujos arquivos pertinentes foram entregues ao autuado.

Na defesa fiscal, o patrono do autuado apenas arguiu que desconhece a origem das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal principalmente as emitidas pelas empresas Multifrios Comercial Ltda. e Polaris Distribuidoras de Gêneros Alimentícios Ltda.. Sustentou ser empresa comercial de porte pequeno com diversas limitações no mercado não dispondo de condições econômica e financeira para manter as operações praticadas pelos supostos fornecedores. Ou seja, apenas articulou meras alegações para aduzir o não cometimento das infrações, destituídas de qualquer comprovação.

Identificada nos autos a ausência das chaves de acesso das notas fiscais eletrônicas, bem como das cópias dos DANFES arrolados no levantamento fiscal, esta 3ª JJF converteu os autos em diligência para que o autuante providenciasse a apensação aos autos de relação de todas as chaves de acesso dos DANFES, bem como que intimasse a empresa, Polaris Distribuidoras de Gêneros Alimentícios Ltda., a apresentar cópias dos DANFES das vendas realizadas para o autuado e a comprovação dos pagamentos.

A diligência foi cumprida pelo autuante, a relação das chaves de acesso dos DANFES arrolados no levantamento fiscal foram apensados aos autos, fls. 203 a 271, as cópias dos DANFES fornecidos pela empresa, Polaris Distribuidoras de Gêneros Alimentícios Ltda., também foram colacionados aos autos, fls. 273 a 1000, inclusive a declaração de que operações realizadas com a empresa autuada foram todas pagas e não existia qualquer pendência financeira, fl. 272.

O autuado, mediante nova diligência determinada por esta JJF, foi intimado para que lhe fossem entregues todos os documentos coligidos na diligência fiscal e reaberto o prazo de defesa, fls. 1007 e 1008, no entanto, o autuado não se manifestou no prazo regulamentar.

Ao compulsar as peças que compõem os autos constato que a ação fiscal obedeceu a legislação tributária, e os procedimentos para a realização do levantamento fiscal das receitas apuradas aos contribuintes optantes pelo Simples Nacional, cujos relatórios colacionados pelo autuante gerados pelo Sistema AUDIG da SEFAZ e entregues ao autuado, conforme recibo à fl. 119, estão detalhados mensalmente, permitindo ao autuado o perfeito entendimento dos valores que foram

lançados, possibilitando exercer seu direito de defesa. Entretanto, restou patente nos autos que as suas razões de defesa articuladas pelo impugnante não apresentou argumento algum ou provas consistentes, capazes de descaracterizar a autuação.

Saliento que não deve prosperar a alegação do autuado que seja necessária para comprovação da operação a apresentação do canhoto das notas fiscais com assinatura de seu preposto, tendo em vista que, por se tratar de notas fiscais eletrônicas, cujas cópias dos DANFES e respectivos códigos de acesso forma disponibilizados para o defendente é descabida a exigência de canhoto assinado diante da natureza eletrônica dos documentos fiscal que respaldaram as operações.

Logo, os débitos das infrações em questão, estão devidamente demonstrados através das citadas planilhas, e no caso do item 01, a autuação está fundamentada no art. 4º, §4º, IV, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê *in verbis*: “O fato de a escrituração indicar ... a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ..., autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”. Desta forma, a entrada de mercadorias não contabilizadas indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Assim, devidamente configurado nos autos, a origem das infrações, a título de falta de recolhimento de valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, decorrentes do cálculo da receita total apurada acrescida da omissão de entradas de mercadorias, em comparação com os valores declarados no PGDAS, concluo que a receita declarada foi inferior ao demonstrado nas planilhas que instruem a autuação, e por via de consequência, não foi recolhido o ICMS no período objeto da autuação e discriminado no demonstrativo de débito.

Logo, não tendo sido as razões defensivas capazes de elidir a acusação fiscal, e tendo em vista que o óbice existente foi superado com a realização da diligência determinada por esta JJF, não remanescendo qualquer vício nos demonstrativos que instruem a autuação, considero caracterizadas e subsistentes os dois itens que compõem o presente Auto de Infração.

Em relação à multa de 150% sugerida no item 02 do Auto de Infração, com base no inciso I e §1º do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/97, constato que o agravamento do percentual de 75%, estatuído no inciso I, para 150%, determinado no §1º, somente deve ser aplicado nos casos em que restar configurado inequivocamente na apuração da irregularidade a ação dolosa perpetrada pelo sujeito passivo. Condição essa *sine qua non* para que seja aplicado o agravamento da sanção, consoante a nítida inferência que resulta da intelecção do teor categórico dos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64, a seguir reproduzidos, dispositivos legais indicados pelo §1º do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96.

“Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.”

Logo, como se evidencia nos autos que nenhuma das ações dolosas elencadas e qualificadas nos dispositivos legais acima indicados teve seu cometimento pelo autuado inequivocamente

comprovado, a multa sugerida no Auto de Infração deve ser corrigida para 75% prevista no inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96, eis que restou manifesto nos autos ser descabido o agravamento previsto no §1º do aludido artigo.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com retificação da multa da infração 02 para 75%.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217366.0023/12-4**, lavrado contra **MERCADINHO BELO PREÇO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36.594,96**, acrescido da multa de 75%, prevista no artigo 35 da LC 123/06 e artigo 44, inciso I da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 15/06/2007 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de abril de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA