

A. I. N° - 217366.0001/13-9  
AUTUADO - VILA MATOS MINIMERCADO LTDA ME  
AUTUANTE - WILSON DE ALBUQUERQUE MELO JUNIOR  
ORIGEM - INFAS ATACADO  
INTERNET - 28.07.2014

**5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0129-05/14**

**EMENTA:** ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO PELO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES. O impugnante aduz apenas que o valor apontado ultrapassou o valor real e não apontou qualquer erro de cálculo nos demonstrativos do autuante. Infração 1 procedente. 2. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIA TRIBUTADA.. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. **a)** DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO DAS ENTRADAS DE MERCADORIAS. A simples negativa do recebimento das notas fiscais eletrônicas não elide a infração, conforme jurisprudência deste Conselho. Infração 2 procedente. **b)** CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. O impugnante alegou inicialmente, que apresentaria oportunamente as provas de que não efetuou vendas a cartão sem o registro de saídas, mas não o fez, nem mesmo quando a diligência reabriu prazo de defesa Auto de Infração. Infração 3 procedente. Reduzida a multa das infrações 2 e 3, de 150% para 75%. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

No auto de infração lavrado em 28/03/2013, foi efetuado lançamento de ICMS no valor total de R\$25.760,02, em razão das seguintes infrações à legislação do ICMS:

01 – Deixou de recolher o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas microempresas e empresas de pequeno porte – SIMPLES NACIONAL, sendo lançado o valor de R\$4.270,73 acrescido de multa de 75%.

02 – Omissão de saída de mercadoria tributada presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entrada, confrontado com a escrituração do livro Registro de Entradas, sendo lançado o valor de R\$10.388,42 acrescido da multa de 150%.

3 – 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 de crédito, sendo lançado o valor de R\$11.100,87 acrescido da multa de 150%.

A impugnante apresenta defesa à fls. 182/200 onde aduz que se faz trazer à análise uma questão de fundamental importância antes de abordar as Razões Meritórias da Defesa, face sua relevância e interligação com o caso em tela, e que cumpre esclarecer que o Auto de Infração ora impugnado não pode prosperar, haja vista ser nulo de pleno direito.

Que duas são as matérias que merecem argüição de nulidade; a primeira refere-se à carência de explicações no tocante ao parâmetro utilizado na “Proporção Da Substituição Tributária”, nos anos de 2009, 2010 e 2011 pois tal ausência de parâmetros engessou a possibilidade de argumentação e contestação contundente por parte desta Empresa, razão pela qual argüí desde logo a nulidade, caso esse processo administrativo prossiga nos temos ora esposado.

Que não fosse pela carência de parâmetros dos percentuais utilizados na substituição tributária, o presente auto de infração foi contaminado pelo véu da nulidade ainda, ante ao mecanismo, data vénia, falho, utilizado pelo Fiscal para realizar uma presunção de vendas realizadas pela empresa.

Acrescenta que a segunda matéria que contamina o Auto de Infração pela nulidade, relaciona-se com a forma de apuração do valor total das mercadorias supostamente adquiridas pela Empresa Autuada, ou seja, foi um o equívoco considerar às notas fiscais eletrônicas extraídas do sistema da SEFAZ, as quais somente comprovam a emissão por parte do fornecedor e não o recebimento pelo autuado.

Que em verdade somente deveria ser utilizada com base de cálculo para presunção das saídas as notas fiscais escrituradas nos Livros de Registro de Entrada. As notas fiscais de entradas mencionadas na autuação, comprovam apenas a emissão por parte dos fornecedores, entretanto o autuante em momento algum demonstra de forma plena o recebimentos destas mercadorias, e que existem varias situações ocorrendo atualmente no mercado:

- I) O vendedor emite nota fiscal em nome da empresa e vende para outra dizendo que não precisa dos documentos para favorecer a sonegação daquelas empresas.
- II) O fornecedor vai entregar a mercarias e lá é verificado que houve engano nas quantidades pedidas e em vez de devolver a diferença vende para outro mercado e também não emite a nota fiscal de devolução.

Que por essa razão, a forma mais segura de comprovar o real recebimento das mercadorias são as próprias notas fiscais assinadas pelo representante do mercado, ou seja o fiscal teve total acesso as notas fiscais e livros de entradas em anexo, contudo ele quer fazer crer que as vendas são muito além das geradas nos livros, sendo assim pedido que ele coloque nos autos todas as notas fiscais que ele diz terem sido referentes a compras de mercadorias da empresa autuada com assinaturas de recebimentos dos responsáveis.

Desta forma, resta comprovado que tal omissão ocasionou o cerceamento do direito de defesa do contribuinte e, consequentemente a nulidade deste item da ação fiscal, de acordo com a previsão do art. 18, inciso IV do RAPAF/97.

Pode ele, portanto, nestas condições, ser objeto de revisão fiscal, a fim de que seja consertado, e possa, assim, ser levado adiante. É este dispositivo legal, portanto, que sustenta os pedidos de revisão fiscal (diligência ou perícia fiscal) feitos pelas Juntas e Câmaras de Julgamento deste CONSEF.

Assim, com a omissão da informação da origem dos percentuais da Proporção Substituição Tributária”, resta claro, que este Auto de Infração possui omissões e incorreções de Natureza Grave (e não apenas “eventuais”), aproximando-se sim, sem qualquer dúvida, de exigências de natureza substancial.

Resta claro que inexistindo certeza ou liquidez do crédito reclamado pelo fisco, ofende-se o contraditório e a ampla defesa do contribuinte, o que enseja a nulidade de todo o procedimento fiscal, conforme resta sedimento na jurisprudência deste Conselho, oportunidade em que apresenta ementas de julgamento do CONSEF

De fato, sem ter concedido à autuada a faculdade de proceder a sua defesa, por denegar-lhe o acesso às informações que justificariam o seu comportamento tributário, o procedimento fiscal

acabou lhe denegando também a plena participação contraditória e, por via de consequência, retirando qualquer legitimidade à decisão que confirmou o auto.

Aduz que ante o exposto, com a carência explicações no tocante ao parâmetro utilizado na “Proporção Da Substituição Tributária”, nos anos de 2009, 2010 e 2011, impossibilita de sobremaneira realizar sua contestação de forma satisfatória, o que caracteriza o próprio cerceamento do direito de defesa.

Que ultrapassada a preliminar suscitada, somente por amor à argumentação e na remota hipótese do não acolhimento daquele pleito por parte destes Nobres Julgadores, o que não se acredita, passam-se as questões meritórias.

Enfatiza que, o objeto do presente trata de matéria complexa, sendo imperiosa a necessidade da análise detalhada da documentação apresentada pela Autuante, principalmente e no tocante aos valores “a dinheiro” mencionados nas “Notas fiscais D1”, a fim de apurar se efetivamente os valores estão exatos, haja vista que não foram apresentados desta maneira.

Que a infração 01 deve ser expurgada, haja vista que a despeito da identificação do suposto recolhimento a menor do ICMS, o valor apontado pela autoridade autuadora ultrapassou a muito, o valor real. Alega que a empresa autuada atua no ramo de comércio alimentício varejista, uma favela situada nas imediações do Rio Vermelho local sobejamente humilde conforme o próprio fiscal pôde verificar. A mão de obra utilizada é em sua totalidade de moradores da localidade, infelizmente não tão capacitada para entender a importância no momento em que registra a venda dos produtos e que na maioria das vezes os operadores do caixa, acabam por informar vendas realizadas em cartão como se fosse a dinheiro.

Aduz que soma as vendas realizadas em cartão informadas pelo Relatório TEF, com as vendas que foram informadas pela empresa como dinheiro incorretamente, prejudica sobejamente todo o contexto da situação em análise. Que diariamente são realizadas centenas de pequenas vendas na empresa autuada, que podem gerar algumas distorções nos registros das notas fiscais D1, uma vez que a empresa não obtinha o equipamento emissor de cupom fiscais - ECF:

- a) Várias vendas em cartões de crédito e/ou débito impossibilitando a emissão das notas fiscais devido a pequena quantidades liberadas pela SEFAZ através das AIDF (automação impressão de documentos fiscais);
- b) Emissão de uma única nota fiscal registrando venda a dinheiro, quando na realidade parte da compra foi paga com o cartão e parte em dinheiro; c) Emissão de uma nota fiscal com o registro de diversas vendas do mesmo dia.

Que outro fato recorrente é a emissão de uma única nota fiscal registrando venda a dinheiro, quando na realidade parte da compra foi paga com o cartão e parte em dinheiro e comumente os clientes da empresa autuada, sem ter o valor em espécie necessário para concluir a compra, pagava parte da sua compra com dinheiro e o restante solicita que seja debitado em seu cartão de crédito.

Diz que nesta situação, é emitida um única nota fiscal de venda a dinheiro, deixando de ser informado que parte daquele pagamento foi debitado no cartão. Tais alegações serão comprovadas oportunamente, haja vista que em face da exigüidade do tempo e da grande quantidade de documentos não foi possível fazer nesta oportunidade, desde modo pugna para apresentação posterior.

Acrescenta que não se pode olvidar ainda, as situações em que existe a emissão de uma nota fiscal com o registro de diversas vendas do mesmo dia, o que ocorre nos períodos de maior movimento na loja, quando alguns clientes não aguardavam a emissão da nota fiscal e, assim que podiam, normalmente no final do dia, os funcionários reuniam os boletos não registrados nas notas emitindo um único documento registrando assim as diversas vendas efetuadas.

Assim, aduz que uma única nota fiscal pode ter vinculado a ele diversos boletos de cartão e diversas vendas a dinheiro, o que dificulta a demonstração do ocorrido neste exíguo prazo, motivo pelo qual, também requer a juntada posterior dos documentos vinculados a esta situação e que foram objeto da equivocada autuação, vez, em concreto, não existir qualquer omissão de saída das mercadorias tributadas.

Enfatiza que a empresa autuada jamais adquiriu produtos desacompanhados de documento fiscal, bem como nunca deixou de emitir o documento fiscal, agindo sempre de boa-fé, obedecendo a todas as regras impostas, escriturando corretamente todos os seus livros, sempre dentro da legalidade e que seu erro fora apenas em informar a forma de pagamento diversa ao efetivamente realizado, não pode se transformar em enriquecimento ilícito por parte do Estado. Outrossim, restou impossibilitada neste momento inicial de realizar uma análise mais apurada dos valores “a dinheiro” mencionados nas “Reduções Z”, a fim de apurar se efetivamente os valores estão exatos, pelo que desde logo esta impugnado o Auto de infração.

Assim, pede que na remota hipótese dos julgadores, entender que houve alguma falha por parte da empresa autuada nas emissões dos cupons fiscais, que se cobre apenas a multa referente ao descumprimento de obrigação acessória, por restar comprovado a inexistência de prejuízo para o Estado da Bahia, confirme previsão no art.42, inciso da lei nº 7014/96. “XXII - R\$50,00 (cinquenta reais), em caso de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista expressamente nesta Lei.

A empresa autuada insurge-se contra a carência de explicações no tocante ao parâmetro utilizado na “Proporção Da Substituição Tributária”, nos anos de 2009, 2010 e 2011 e quanto ao não registro das notas fiscais de aquisição, a forma mais segura de comprovar o real recebimento das mercadorias são as próprios notas fiscais assinadas pelo representante do mercado, ou seja o fiscal teve total acesso as notas fiscais e livros de entradas em anexo, contudo ele quer fazer crer que as vendas são muito além das geradas nos livros, sendo assim pedidos que ele coloque nos autos todas as notas fiscais que ele diz terem sido referentes a compras de mercadorias da empresa autuada com assinaturas de recebimentos dos responsáveis.

Que a aplicação no percentual aplicado entra em frontal colisão com os princípios mais comezinhos da legislação pátria, haja vista que a Autuada é Empresa de Pequeno Porte e paga seus impostos à razão de percentual sobre a receita bruta, não devendo ser apenada com a multa sobre receitas já tributadas. Por essa razão nossa Carta Magna em seu artigo 150, IV prevê, limitações quanto à fixação dos valores de tributos com efeito de confisco.

Alega que multa que onera a obrigação principal em percentual de 75% (setenta e cinco por cento) da infração 01 e 150% (cento e cinqüenta por cento) da infração 02 da soma inicial, sendo inaceitável a cobrança de um valor tão alto para um erro formal na emissão do documento fiscal, ainda mais se levarmos em conta que a autuada é empresa inscrita no Simples Nacional.

Que além dos princípios da capacidade contributiva e da não confiscatoriedade, o princípio da Moralidade Administrativa também deve ser observado, quando da aplicação das multas fiscais. Segundo ele, a Administração deve adequar a sua conduta ao bem comum, vinculando todos os seus atos e os de seus agentes aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, publicidade, economicidade, motivação do ato e proibição de desvio de finalidade.

Diante de tudo o quanto se expôs na presente DEFESA, espera e requer a esse Colendo Órgão de Julgamento Fiscal:

I - seja acolhido e reconhecido a nulidade em face da carência explicações no tocante ao parâmetro utilizado na “Proporção Da Substituição Tributária”, nos anos de 2009, 2010 e 2011, e ainda ante a forma de apuração do valor total das mercadorias supostamente adquiridas pela Empresa Autuada, com as consequências legais.

II - Na remota hipótese de não ser acolhido o pleito de anulação do auto de infração o que se admite apenas em nome do princípio da eventualidade, requer seja julgado IMPROCEDENTE o Auto de Infração ora impugnado, em sua totalidade (Infrações 01, 02 e 03), vez que não resta qualquer dúvida de que a Autuação fora efetivada de forma equivocada, e por ser da Direito e Justiça.

III – Ainda apoiando-se no princípio da eventualidade, por fim, caso o presente auto de infração tenha seu prosseguimento, pugna seja refeitos os cálculos utilizando como base de cálculo para presunção das saídas as notas fiscais escrituradas nos livros de Registro de Entrada e que os percentuais sejam refeitos com base nas notas fiscais de entradas escrituradas nos livros registro de entrada.

Por derradeiro, haja vista que jamais existiu a intenção de sonegar e todas as notas fiscais emitidas foram autorizadas pela Secretaria da Fazenda, registradas na escrita e foram recolhidos todos os impostos nos prazos legais aos cofres do Erário Público, não havendo, portanto prejuízo ao Fisco Estadual. Assim, por motivos superiores a sua vontade, pela natureza confiscatória da multa aplicada de 5% (cinco por cento) sobre o valor dos documentos, posto que agiu de boa-fé e totalmente sem dolo, motivo pelo qual protesta e requer seja aplicado os Princípios da Eventualidade, Equidade e Razoabilidade, posto que foi justificado e provado que o Contribuinte agiu de boa fé, além de acertadamente ser este o posicionamento adotado pelo CONSEF.

Requer finalmente a produção de todas as provas em direito admitida, especialmente documental e posterior juntada de outros e novos documentos em prova e contraprova.

O autuante apresenta informação fiscal às fls. 269/271 quando diz que em primeiro lugar, que, embora o contribuinte esteja obrigado à utilização do ECF, mesmo na condição de Microempresa inscrita no SIMPLES NACIONAL, em função do valor da receita, somente foram apresentadas as reduções Z relativas ao exercício de 2011 e que não apresentou reduções Z para os exercícios de 2009 e 2010.

Por esse motivo, afirma que quase que não existe vinculação entre os valores constantes nos documentos emitidos (notas fiscais D-1) e as informações das administradoras de cartão, fato esse que gerou a omissão de receita apontada, relativamente às operações de cartão de crédito e débito. Além desse fato, houve o descumprimento de imposição legal da obrigatoriedade do uso do ECF, a autuada reconhece, como explicitado acima, diversas irregularidades na emissão das notas fiscais de saída e dos boletos de cartão de débito/crédito.

Quanto à questão da Proporcionalidade, entre os relatórios do Sistema de Auditoria Digital-AUDIG, que foram entregues à autuada, referentes aos exercícios de 2009, 2010 e 2011, em ordem cronológica, sequencial e lógica, o primeiro relatório apresentado é justamente o Relatório Proporcionalidade da Substituição Tributária -Proporcionalidade da ST, que contém os parâmetros utilizados para sua apuração. Que na Declaração de Apuração do Simples Nacional – DASN referentes aos exercícios fiscalizados, não consta nenhum valor informado mensalmente como receita de atividade com substituição tributária, em qualquer mês dos exercícios fiscalizados, o que significa que toda a receita informada pela autuada foi oferecida à tributação.

E que mesmo diante de tal fato, foram apurados e aplicados os percentuais relativos à proporcionalidade com base nas entradas e, embora a autuada não tenha declarado, foram apuradas mensalmente, conforme se pode constatar, p.ex., às fls. 92, no Relatório Proporcionalidade da ST relativamente ao exercício de 2009:

Mês	Proporcionalidade Substituição Tributária
Agosto	17,62%
Setembro	18,48%
Outubro	29,07%

Novembro	24,29%
Dezembro	11,77%

Alega que a divergência significativa entre os valores de receita apurados mensalmente e os informados na DASN- Declaração Anual do SIMPLES NACIONAL foi determinante para a determinação da proporcionalidade pelas compras. Assim, como se pode constatar no relatório Proporcionalidade da Substituição Tributária de fls. 140, que corresponde ao exercício de 2011, constata-se que de janeiro a junho, os valores informados estão zerados para receita com substituição tributária na DASN informada.

Que no mesmo intervalo, apurou percentuais que variaram de 13,79% a 28,61%. Além disso, o valor divergente entre a receita apurada mensalmente e a que foi informada na DASN, impõe o critério escolhido. A título de ilustração, no mês de junho de 2011, foi informado pelo contribuinte na DASN um valor total de receita de R\$8.268,87, enquanto se pode verificar no relatório TEF que o valor informado pelas administradoras de cartão é de R\$23.368,28, conforme Relatório de Informações TEF-Anual, o qual foi acostado .

Que anexou os relatórios impressos e gravados em mídia eletrônica das chaves de acesso de cada uma das notas fiscais eletrônicas, separadas por exercício, bem como os arquivos das notas fiscais eletrônicas, os quais, com as chaves de acesso respectivas, podem ser visualizadas facilmente na página da SEFAZ-BA na internet, no portal da SEFAZ autorizadora ou no portal da Nota Fiscal Eletrônica no site da Receita Federal do Brasil.

Diante desses fatos, constatou a existência de operações de compras e vendas de mercadorias sem a comprovação de sua entrada no estabelecimento por meio de escrituração contábil e que conta com respaldo legal que autoriza a presunção de omissão de saídas nos exercícios fiscalizados de 2010 e 2011. Por outra vertente, constata-se que a autuada embora mencionado “práticas de procedimentos ilegais praticados por supostos fornecedores”, não fez juntada de documentos fiscais ou até policiais dessas supostas práticas ilícitas. Diante do exposto, pede pela PROCEDÊNCIA do AUTO DE INFRAÇÃO.

Às fls. folhas 348/349, a 2ª JJF, tendo em vista que impugnante alega em sua defesa que não foi esclarecido nos demonstrativos, os parâmetros para obtenção da proporcionalidade aplicada na infração 3, em obediência ao princípio da ampla defesa e do devido processo legal, deliberou pela conversão deste processo em diligência à Infaz de origem para intimar o impugnante a tomar ciência da informação fiscal de fls. 269/271, onde é explicada a forma de cálculo da proporcionalidade, reabrindo-se prazo de defesa de 30 dias. Às fls. 352/53, o impugnante tomou ciência mas não se manifestou.

## VOTO

Este Conselho de Fazenda, tendo em vista as alegações de cerceamento de defesa, converteu o processo em diligência, onde foi esclarecida a forma como se obteve a proporcionalidade das mercadorias com substituição tributária, assim como renovou o prazo de defesa, de forma a que o impugnante apresentasse os documentos que alegou possuir para elidir as infrações, mas que não tivera tempo hábil para coleta e apresentação no prazo inicial de defesa.

Realizada a diligência, e sem que o impugnante apresentasse qualquer contestação ou apresentação de provas, denego a preliminar de nulidade, assim como o de uma diligência para revisão dos cálculos, dada a inexistência de fundamento da sua necessidade, nos termos do art. 145 do RPAF.

No mérito, quanto à infração 1, aduz apenas que o valor apontado ultrapassou o valor real. Quanto às infrações 2 e 3, argumenta que houve presunções de venda, negando o recebimento das notas fiscais não declaradas, e que os erros decorrentes das receitas com cartões de crédito se deviam a fatos como a erro de operações dos funcionários do caixa; que parte da venda

ocorre em dinheiro, outra em cartão; emissão de um único documento fiscal ao final do dia para diversas vendas, por motivo do cliente não ter exigido o cupom fiscal.

Assim, quanto à alegação da infração 1, não apontou qualquer erro de cálculo nos demonstrativos do autuante. Analisando os demonstrativos, à fl. 106, por exemplo, constato que no mês de outubro de 2009 foi encontrado o valor do crédito tributário total de R\$387,11, sendo R\$161,44 lançado na infração 1 porque levou-se em conta o não pagamento de qualquer valor do ICMS naquele mês, mesmo das receitas já declaradas pelo impugnante, e a diferença de R\$225,67 na infração 2, decorrente do acréscimo devido pelas omissões com notas fiscais de entrada. Pelo exposto, ante a falta de provas que desqualifiquem o lançamento, mantenho-a em sua integralidade. Infração 1 procedente.

A infração 2 decorre da presunção da omissão de receitas de venda de mercadorias, pela falta de registro das entradas, conforme relação de notas fiscais eletrônicas. Nos termos do art. 2º, § 3º, IV, do RICMS/BA 97 vigente à época dos fatos, *presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar entradas de mercadorias ou bens não registradas;*

Assim, não há qualquer ilegalidade quanto à presunção, pois está prescrita em lei e quanto à negativa da falta de recebimento das notas fiscais eletrônicos, cabe inicialmente esclarecer que o impugnante recebeu mídia com relação das respectivas notas, inclusive com chave de acesso, para perfeita identificação dos dados, como fornecedores, valores, etc, conforme prova à fl. 343 e a simples negativa do recebimento das notas fiscais eletrônicas não elide a infração, conforme jurisprudência deste Conselho, abaixo transcrita.

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO CJF Nº 0005-11/14**

*Quanto à natureza jurídica, a nota fiscal eletrônica guarda algumas diferenças relativamente à sua correlata em papel. A emissão é efetuada através da assinatura digital do remetente (sistema de chaves públicas digitais –ICP), com comunicação ao destinatário, que no caso em apreço não a reconhece como prova. Todavia, apesar de ter tomado conhecimento dos pedidos de autorização para emissão das notas eletrônicas, não trouxe aos autos quaisquer documentos que comprovassem a sua contrariedade em relação às mesmas (boletins policiais de ocorrência, comunicações de irregularidades ou fraudes a repartições fazendárias etc.).*

Assim, a nota fiscal eletrônica obedece a regras próprias de segurança quanto à emissão e recebimento, e conforme mídia anexa à fl. 343, as notas fiscais estão com o *status* de “autorizadas e recebidas” pelo destinatário.

Assim, apresentada a prova pelo fisco, o ônus de desconstituir-la passa para o impugnante, que, de posse de todas as informações das notas fiscais eletrônicas, incluindo-se aí a identificação dos fornecedores, deveria trazer meios de provar que as operações eventualmente não tenham sido concretizadas, embora com toda aparência legal de que foram efetuadas. Pelo art. 143 do RPAF, *a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.* Infração 2 procedente.

Quanto à infração 3, que decorre das vendas presumidas pelas informações prestadas por administradoras de cartões de crédito, o impugnante alegou inicialmente, que apresentaria oportunamente as provas de que não efetuou vendas a cartão sem o registro de saídas, mas não o fez, nem mesmo quando a diligência reabriu prazo de defesa.

A presunção está insculpida no inciso VI do art. 2º do RICMS, sendo pois, *júris tantum*, cabendo prova em contrário; no entanto, não foi feita, mesmo com reabertura do prazo de defesa. Tomando-se como exemplo o mês de janeiro de 2011, o demonstrativo de fl. 173 explica e detalha o cálculo que levou ao lançamento de R\$542,17 no citado mês. Infração 3 procedente.

Quanto ao pedido de redução de multa, nos termos em que foi pedida pelo impugnante, por ser decorrente de descumprimento de obrigação principal, deve ser feito à Câmara Superior, nos termos do art. 159 do RPAF, pois Junta não tem competência para apreciar tal pedido. Quanto à questão suscitada pela alegada exorbitância, caráter confiscatório e também eventual inconstitucionalidade, nos termos do art. 167 do RPAF, não possui este Conselho, competência para apreciar tal pedido.

No entanto, no exercício do controle de legalidade, constato que a multa de 150% nas infrações 2 e 3 não procede, e inclusive já há jurisprudência deste Conselho, acerca da redução da multa de 150% para 75%, conforme excerto abaixo de ACORDÃO CJF Nº 0420-12/13 5, que confirmou decisão da 1ª JJF:

*Derredor dessa matéria, há que se trazer à baila o trecho do voto do e. julgador da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, Dr. José Bezerra Lima Irmão, que norteou a Decisão expressa no Acórdão nº 0139-01/13, como segue:*

(...)

*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 Federal nº 9.430/96 c/c Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06. 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). Nesses 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 acusado 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 Notas Fiscais de entrada em confronto com a escrituração do Registro de Entradas, 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”.*

*Isto posto, NEGO PROVIMENTO ao apelo recursal, e de ofício corrijo o percentual da multa cominada à infração 2 para o percentual de 75%, conforme prevê o art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96.*

Pelo exposto, reduzo as multa aplicadas nas infrações 2 e 3 de 150% para 75% e assim, voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº **217366.0001/13-9** lavrado contra **VILA MATOS MINIMERCADO LTDA ME** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento no valor de **R\$25.760,02** acrescido da multa de 75%, prevista 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de julho de 2014

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO- JULGADOR