

**A. I. N°** - 217366.0003/13-1  
**AUTUADO** - ADAILSON MACHADO DA SILVA ME  
**AUTUANTE** - WILSON DE ALBUQUERQUE MELO JÚNIOR  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 01.09.2014

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF N° 0171-04/14**

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Comprovada a falta de recolhimento de ICMS apurado mediante o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições - SIMPLES NACIONAL. Infração subsistente. **2. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIA TRIBUTADA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. a) CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS.** No caso aqui em lide, é impossível separar a presunção de pagamento das compras com receitas não declaradas, cujas aquisições não foram registradas nos livros de entrada (infração 3), das receitas também não declaradas que foram comprovadas pelas operações com TEF em divergência das que foram informadas na DASN (infração 2). Em conclusão, mesmo após a informação fiscal, a Infração 2 apresenta duplicidade de lançamento no exercício de 2011, quando comparada com os fatos geradores da infração 3, e assim, está eivada de vício insanável. Infração 2 improcedente. **b) DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO DAS ENTRADAS DE MERCADORIAS.** A falta de registro de entrada de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração procedente. Modificado o percentual da multa indicada na infração 3, que passa para 75% (art. 44, I, da Lei nº 9.430/96). Afastadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28.3.13, exige ICMS, no valor de R\$ 17.540,51, imputando ao autuado as seguintes irregularidades:

**INFRAÇÃO 1.** Deixou de recolher ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, no período de novembro de 2009 a dezembro de 2011. Foi lançado ICMS no valor de R\$

1.168,19, mais multa de 75%.

INFRAÇÃO 2. Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, no período de novembro de 2009 a novembro de 2011. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 4.089,95, mais multa de 150%.

INFRAÇÃO 3. Omissão de saída de mercadorias tributadas, presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entradas, confrontado com a escrituração do Livro Registro de Entradas, no período de novembro de 2009 a novembro de 2011. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 12.282,37, mais multa de 150%.

O autuado apresenta defesa (fls. 110 a 114) e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração por três diferentes razões, conforme relatado a seguir.

Ao tratar da primeira preliminar, inicialmente explica que todo acusado do cometimento de um delito ou infração deve previamente conhecer os termos do processo de que é acusado, inclusive a penalidade aplicada. Afirma que na peça de autuação deve constar a advertência do art. 285 do Código de Processo Civil, segundo o qual *“não sendo contestada a ação, presumir-se-ão aceitos pelos réus, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor”*. Sustenta que teve prejudicado o seu direito de contraditar, de forma ampla e irrestrita, as acusações que lhe foram imputadas. Diz que é necessário constar no Auto de Infração, de forma expressa, as penas aplicáveis ao caso, para que não haja restrição do seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

Na segunda preliminar de nulidade, afirma que *“o tipo tributário não foi, como determina a Lei, observado detalhadamente, através de planilhas especificadas, por listagem, de todos os fatos geradores a fim de que se pudesse estabelecer a exigência do tributo, importando dizer que, a falta dessa definição exata e correta do fato gerador e consequente tributação, implica num absurdo cerceamento ao direito de defesa do Autuado, sendo necessário afirmar-se que, em direito tributário não se pode generalizar na cobrança de impostos”*.

Em relação à terceira preliminar, afirma que na infração 1 o autuante indicou a multa de 75%, destoando da legislação das microempresas, especialmente quando regidas pelo regime do Simples Nacional. Menciona que não foi considerada a sua condição de microempresa, a qual lhe garante tributação mais favorável, especialmente quanto à alíquota a ser aplicada. Sustenta que, nos termos do art. 2º, II, da Lei nº 9.841/99, está isento das implicações contidas no Auto de Infração em comento em razão da sua receita bruta anual. Aduz que os documentos acostados na defesa comprovam a sua opção pelo regime do Simples Nacional.

Adentrando ao mérito, quanto à infração 1, afirma que na ação fiscal não foi levada em consideração a sua receita, a qual mostra que nos lançamentos das vendas com cartão de crédito ou débito inexistiu dolo ou fraude. Menciona que *“vem sofrendo ameaças, no que tange a intervenção e manutenção com colocação de lacres pela SEFAZ, mesmo não existindo, em momento algum, qualquer irregularidade”*.

Quanto à infração 2, diz que não é devida a aplicação da multa e da infração pela suposição do autuante. Aduz que também é indevida a multa de 150%, sem qualquer índice ou lei que permita.

Relativamente à infração 3, diz que a acusação que lhe foi imposta é *“um total absurdo”*, pois a sua contabilidade é séria e controla todas as contas. Sustenta que, além da multa de 150%, também é indevida a alíquota de aproximadamente 2,5%.

Explica como se faz a apuração do ICMS segundo o regime do Simples Nacional. Destaca que não foi considerado pelo autuante que, por se tratar de empresa de pequeno porte e geradora de empregos, lhe é garantida a dedução de 1%, até o limite de 5 empregados, e 2%, quando houver mais de 6 empregados registrados. Aduz que não foi desenhado desse citado regime.

Diz que, conforme decisões deste CONSEF, os contribuintes não devem ser apenados quando a discordância de recolhimento é originada pela liberação de ECF (equipamento emissor de cupom

fiscal) com defeito de leitura pela repartição fiscal, haja vista que o próprio órgão fiscalizador contribuiu para a ocorrência do equívoco. Repete que sofreu uma pane no seu sistema e, em consequência, foi obrigado a “ingressar com os equipamentos” junto a empresa de assistência técnica especializada autorizada pela Secretaria da Fazenda.

Afirma que o autuante não considerou os recolhimentos efetuados pela empresa, conforme documentos que diz ter anexado ao processo.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

O autuante prestou a informação fiscal (fls. 169 e 170) e, inicialmente, explica que ao iniciar a ação fiscal o estabelecimento do autuado não foi localizado e, portanto, as intimações para apresentação de livros e documentos foram efetuadas mediante carta com aviso de recebimento e publicação de edital, contudo, nenhuma documentação fiscal lhe foi apresentada. Diz que, assim, a ação fiscal foi desenvolvida com base nos dados contidos nos sistemas da SEFAZ.

Afirma que foram encaminhados e entregues ao autuado o Auto de Infração, acompanhado de todos os demonstrativos elaborados, permitindo, assim, a conferência da apuração dos valores exigidos em cada infração. Diz que também foram entregues ao autuado os relatórios e demonstrativos constantes nos bancos de dados da SEFAZ, tais como: relação das notas fiscais eletrônicas, relatórios de arrecadação (que não registram recolhimentos) e os relatórios TEFs.

Menciona que, nessa apuração, foi considerada a proporcionalidade das operações sujeitas ao regime de substituição tributária.

Diz que, complementando os demonstrativos originais, anexou (fls. 119 a 168) relação das chaves de acesso de cada uma das notas fiscais eletrônicas, além dos arquivos gravados em mídia.

Ressalta que o defendente não acostou ao processo nenhum documento que respaldasse as questões arguidas na defesa.

Ao finalizar, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

O autuado recebeu cópia dos novos demonstrativos e da informação fiscal, conforme as intimações acostadas às fls. 174 a 178, bem como lhe foi concedido o prazo de dez dias para pronunciamento, todavia, o contribuinte manteve-se silente.

Após apreciação em pauta suplementar, o processo foi convertido em diligência, fl. 186, para que o autuado fosse notificado do prazo de trinta dias para pronunciamento sobre os novos elementos trazidos na informação fiscal.

A diligência foi atendida, conforme fls. 190 e 191. Nessa oportunidade, além da reabertura do prazo de defesa, novamente foi entregue ao autuado cópia dos novos elementos aduzidos na informação fiscal. O prazo de trinta dias decorreu sem que o autuado se manifestasse.

## **VOTO**

No presente Auto de Infração, o autuado foi acusado de, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, ter recolhido a menos ICMS (infração 1) e de ter omitido operações de saídas de mercadorias tributáveis apuradas mediante levantamento das vendas pagas por meio de cartão de crédito/débito (infração 2) e por meio da constatação de entradas não registradas (infração 3).

Afasto a primeira preliminar de nulidade, pois as infrações apuradas foram descritas com clareza e precisão, permitindo, assim, o perfeito entendimento das acusações e, em consequência, o pleno exercício do direito de defesa. Ao contrário do afirmado pelo defendente, as multas e os enquadramentos legais estão indicados no Auto de Infração. A questão arguida pelo autuado quanto ao art. 285 do CPC não é capaz de macular de nulidade o Auto de Infração. Fica, portanto, ultrapassada essa preliminar de nulidade.

A segunda preliminar de nulidade não merece acolhimento, pois o Auto de Infração em tela atende todos os requisitos previstos na legislação pertinente. As acusações imputadas ao autuado estão claramente descritas no Auto de Infração, o qual está acompanhado de demonstrativos que detalham a apuração do imposto exigido. Assim, fica afastada a segunda preliminar de nulidade.

Também ultrapasso a terceira preliminar de nulidade, pois, na indicação das multas, o autuante considerou o enquadramento do autuado como uma microempresa optante pelo regime do Simples Nacional. A tributação mais favorável prevista na legislação foi utilizada na apuração do imposto lançado, bem como na indicação das multas cabíveis. Não há como se aplicar ao caso em comento o disposto no art. 2º, II, da Lei nº 9.841/99, como argumenta o defendente, uma vez que essa lei foi revogada pela Lei Complementar 123/06.

Adentrando no mérito, quanto à infração 1 - falta de recolhimento de ICMS referente ao regime do Simples Nacional -, o autuado afirma que não foram consideradas as suas receitas, que não agiu de forma dolosa ou fraudulenta e que vem sofrendo ameaças no que tange às intervenções nos seus ECFs. Esses argumentos defensivos não se sustentam, conforme passo a me pronunciar.

As receitas informadas pelo autuado nas Declarações Anuais do Simples Nacional (DASN) foram consideradas pelo autuante, conforme se depreende dos demonstrativos acostados ao processo, dos quais o autuado recebeu cópia.

A alegada ausência de dolo ou fraude não é argumento capaz de elidir a infração, uma vez que nos termos do artigo 136 do CTN *“a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”*.

Quanto à suposta ameaça sofrida pelo autuado por parte de empresa credenciada a efetuar intervenção em ECF, tal argumento não elide a infração em comento apurada e, além disso, o defendente não trouxe qualquer prova dessa sua alegação.

Saliento que a dedução atinente à quantidade de empregados registrados não possui previsão na legislação do Simples Nacional.

Em face ao acima exposto, os argumentos defensivos não se mostram capazes de elidir a infração em comento e, em consequência, resta comprovada a falta de recolhimento de ICMS apurado mediante o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições - SIMPLES NACIONAL.

Ressalto que a presunção utilizada pelo autuante para apurar a omissão de operações de saídas de mercadorias com base nas vendas por meio de cartão e nas entradas não registradas tem respaldo no artigo 34 da LC 123/06, o qual prevê que se aplicam às microempresas e às empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional *“todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional”*.

Ao dispor sobre o momento da ocorrência do fato gerador do ICMS, a Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, no seu artigo 4º, §4º, com a redação vigente à época dos fatos, prevê que, salvo prova em contrário, presume-se a realização de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar, dentre outras hipóteses, a declaração pelo contribuinte de valores de operações ou prestações inferiores aos informados por instituições financeiras ou administradoras de cartões de crédito ou débito, bem como a ocorrência de entradas de mercadorias não registradas.

Com base nesses dispositivos legais citados acima, fica claro que a presunção utilizada pelo autuante nas infrações 2 e 3 tem amparo expresso na legislação, ficando, porém, ressalvado ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Visando elidir a presunção legal que embasou a autuação, o autuado, referindo-se à infração 2, diz que não é devida a aplicação da multa e da infração.

Essas alegações defensivas genéricas não se mostram capazes de elidir a presunção que embasou o levantamento das vendas pagas com cartão de crédito, pois carecem de prova que as respaldem. Ressalto que, nos termos do artigo 143 do RPAF/99, *a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*.

Todavia, considerando que tanto a infração 2 como a infração 3 cuidam da exigência de imposto com base na presunção legal de que trata o art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, assim como tratam-se das mesmas datas de ocorrência, deve ser exigido apenas o imposto referente a infração de maior expressão monetária. Assim, impõe-se a decretação da insubsistência da infração 2.

Quanto à infração 3, o autuado afirma que a acusação é um absurdo, pois a sua contabilidade é séria. Diz que a multa e a alíquota aplicadas são indevidas.

Essas alegações defensivas, genéricas, desacompanhadas de qualquer prova, não são capazes de elidir a infração. Os percentuais utilizados na apuração dos valores devidos estão corretos, não havendo retificação a fazer.

No entanto, o percentual de multa carece de reparo, pois a penalidade de 150%, prevista no art. 44, I e §1º da Lei nº 9.430/96, não está corretamente aplicada. O percentual da multa, no caso em concreto, será de 75%, uma vez que não restou comprovada a existência de dolo, fraude ou conluio. Portanto, o percentual corretamente aplicado passa para 75% (art. 44, I, Lei 9.430/96), já que não estamos diante de fato que atraia a aplicação da multa qualificada de 150% (art. 44, §1º da Lei nº 9.430/96).

Dessa forma, a infração 3 é subsistente, porém fica retificada a multa indicada na autuação, a qual passa para 75%.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para julgar a infração 2 improcedente e as infrações 1 e 3 procedentes, bem como para retificar a multa indicada na infração 3 para 75%.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **217366.0003/13-1**, lavrado contra **ADAILSON MACHADO DA SILVA ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 13.450,56**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da LC nº 123/06, c/c o art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de agosto de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO – JULGADOR