

PROCESSO - A. I. 210585.0017/14-7
RECORRENTE - ER PRESENTES E UTILIDADES DO LAR LTDA. (ER PRESENTES) - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JFJ nº 0024-05/15
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 18/05/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0129-12/15

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. **a)** PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE RECEITA DE MERCADORIA TRIBUTÁVEL. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DE ICMS POR ERRO DA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU ALÍQUOTA NA DASN GERADA PELO PGDASN. O impugnante não apontou qualquer erro material nestas duas infrações, e pelo exposto nos demonstrativos, nem trouxe comprovação dos recolhimentos, e assim, acolho ambos os lançamentos como inteiramente procedentes. Infração 1 e 2 procedentes. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, mantendo a integralidade das infrações 1 e 2 e julgando nula a infração 3, remanescendo a exigência de imposto no valor total R\$14.268,35, acrescido da multa de 75%.

O Auto lavrado em 18/06/2014 e notificado o contribuinte em 08/07/2014, decorre de três acusações fiscais, sendo objeto do Recurso Voluntário as infrações 1 e 2, cujas imputações são as seguintes:

***Infração 1** – Omissão de mercadoria tributada presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira, sendo lançado o valor de R\$7.214,46 acrescido da multa de 75%.*

***Infração 2** - Efetuou recolhimento a menos de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e empresas de pequeno porte - SIMPLES NACIONAL, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menos, sendo lançado o valor de R\$7.053,89 acrescido da multa de 75%.*

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 5ª JFJ, decidiu, por unanimidade, pela subsistência das infrações 1 e 2, e pela declaração de nulidade da infração 3, tudo com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado contra empresa do SIMPLES NACIONAL, em virtude omissões de saídas tributadas apuradas por meio de comparação entre a declaração de receita feita pelo próprio contribuinte e aquelas fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito, que repercutiram em 02 infrações aqui em lide, e uma terceira infração decorrente de omissão de receita. Constatado que em suas considerações o impugnante embora tenha citado, não apresentou os citados comprovantes de pagamento(doc. 4 aludido na impugnação).

Às fls. 08/09 consta intimações para apresentação de documentos fiscais, fls. 10/23, os demonstrativos de débito, fls. 26/39, declarações do SIMPLES NACIONAL, e à fl. 44, encontra-se um CD com relatórios TEF diários, e demais relatórios pertinentes ao roteiro aplicado, com recibo do contribuinte à fl. 45.

Em sua defesa, a empresa autuada alega inicialmente que o enquadramento não condiz com a infração descrita ao dispor que a “redação do dispositivo supra transcrito, utilizado como fundamento da atuação, não se pode aferir qualquer relação com a sanção imposta pelo preposto fazendário” e pede a nulidade do procedimento”.

O enquadramento citado se reporta à forma como deve a empresa proceder para o pagamento do imposto, e se

ocorre diferenças, obviamente contraria a norma vigente. Assim, o que importa para a compreensão da infração é a sua descrição, sendo secundário o enquadramento, nos termos do disposto no art. 19 do RPAF:

Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Assim, as infrações 1 e 2 estão perfeitamente descritas quando acusam a omissão de saída de mercadoria tributada pelas vendas não informadas quando em operações com cartões de crédito e débito e também pelo recolhimento a menos em função de erros na base de cálculo ou alíquota. Assim, não acato a alegação de nulidade por cerceamento de defesa quanto a estas 2 infrações.

Discordo também do impugnante quando alega que a autuante "atribuiu alíquota "NORMAL" quando em verdade deveria considerar a alíquota especial a qual está o Impugnante submetido, em virtude do regime especial de tributação do Simples Nacional". Em verdade, se observamos os demonstrativos, as alíquotas aplicadas foram de 2,84% e 2,87% extraídas da legislação do SIMPLES NACIONAL (tabela do anexo I da LC 123/06). Assim, passo ao julgamento de cada uma das infrações.

Uma vez que o impugnante alegou cerca dificuldade de compreensão do ICMS devido pelo sistema do SIMPLES NACIONAL, trago aqui, trecho explicativo de infração similar, em voto de lavra deste mesmo Relator, que em exemplo didático, explica pormenorizadamente as infrações decorrentes da falta de consideração de todas as receitas tributáveis.

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO JJF Nº 0045-05/14

Considerando a sistemática de tributação do SIMPLES NACIONAL que leva em consideração o faturamento da empresa, quando a fiscalização encontra receitas não declaradas e as acrescenta às que foram informadas pelo contribuinte, a depender do volume da receita omitida, decorre às vezes, alterações da alíquota incidente, o que pode mudar a faixa de alíquota incidente.

Assim, é que por exemplo, apenas para efeito didático, se uma receita informada de R\$100.000,00 reais pelo contribuinte, implica em uma hipotética alíquota de 1%, o valor de ICMS apurado e pago pelo contribuinte é de R\$1.000,00. Assim, ainda por hipótese, constatando-se uma receita não declarada de mais R\$100.000,00, a base de cálculo apurada pelo fisco passa a ser R\$200.000,00 e admitamos que a alíquota hipotética neste caso, seja majorada para 2%.

Dessa forma, a apuração do imposto alcança R\$4.000,00(2% de R\$200.000,00) e como foi pago e lançado pelo contribuinte, o valor de R\$1.000,00, a diferença total a recolher é de R\$3.000,00. No entanto o fisco fraciona este valor apurado em duas partes, uma por recolhimento a menos e outra por falta de recolhimento.

Isto ocorre porque uma vez obtida a nova alíquota de 2%, ao se calcular o imposto devido sobre o que o contribuinte declarou (R\$100.000,00), o valor apurado sobre a receita declarada pelo contribuinte passa a ser R\$2.000,00 e como foi pago R\$1.000,00 lança-se a diferença de R\$1.000,00 como ICMS pago a menos.

Já na parte da receita omitida, no caso exemplificado, de R\$100.000,00 aplicando se a alíquota nova de 2%, obtém-se o valor de R\$2.000,00, que é lançado como "falta de recolhimento do imposto". Observa-se que os dois valores lançados (R\$1.000 e R\$2.000) quando somados, alcança o mesmo valor da diferença de R\$3.000,00, calculados sobre o valor total encontrado pela fiscalização, a partir da nova receita de R\$200.000,00.

No caso in concreto, a autuante acusa o impugnante, de não ter considerado nas suas receitas, para efeito de cálculo do SIMPLES NACIONAL, as receitas decorrentes das vendas por cartão de débito/crédito. Embora tenha recebido o relatório TEF com o movimento diário, o impugnante não logrou apresentar qualquer prova em contrário, a de que teria lançado tais receitas pela emissão dos documentos fiscais correspondentes.

Tomando-se como exemplo, o mês de janeiro de 2012, no relatório da fl. 10, as administradoras de cartões de crédito informaram vendas no valor total de R\$97.283,12, ao passo que as vendas informadas na "redução Z" foram de R\$78.063,33 e outras, "CF's e N.Fs" de R\$667,60, totalizando R\$78.730,93, que abatido do valor informado pelas administradoras implica em diferença de R\$18.552,19, informado na coluna DIVERGÊNCIA APURADA. À fl. 11, a receita informada e declarada na DASN neste mês foi de R\$102.802,16. No demonstrativo da fl. 12, este valor foi acrescido da diferença de R\$18.552,19 totalizando a receita de R\$121.354,35.

Na DASN de janeiro de 2012, fl.26, o contribuinte informou uma receita R\$67.453,51 e esta receita é aposta no demonstrativo de fl. 13, encontrando-se a diferença para a receita total auferida(R\$121.354,35), de R\$53.890,84, sendo que desse total, R\$18.552,19 foi decorrente do cartão de crédito e R\$35.338,65 de divergência em relação às demais receitas apuradas.

Assim, na planilha da fl. 15, com a nova receita encontrada, e com a alíquota de 2,82%, encontra-se o ICMS a

recolher de R\$3.422,19, sendo que foi recolhido apenas R\$1.902,47 apurando-se uma diferença de imposto da ordem de R\$1.519,72(coluna L do demonstrativo). Este valor, assim como no exemplo hipotético citado em outro julgamento, divide-se em dois valores, no demonstrativo de fl. 16 – R\$523,17, lançado na primeira infração e R\$996,55, lançado na segunda infração. A soma dos dois valores obviamente resulta na diferença encontrada de imposto a recolher, de R\$1.519,72.

O impugnante não apontou qualquer erro material nestas duas infrações, nem trouxe comprovação dos recolhimentos, e pelo exposto nos demonstrativos, acolho ambos os lançamentos como inteiramente procedentes. Infração 1 e 2 procedentes.

*Face ao exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração.*

Protocolizado Recurso voluntário tempestivo, colacionados às fls. 126 a 137, o contribuinte retorna aos autos e após discorrer sobre os fundamentos da autuação e da própria Decisão da JJF, diz da necessidade de que seja reduzida a multa incidente sobre as infrações para as quais remanesce exigência fiscal.

Diz o recorrente que com relação à multa de 75% aplicada sobre as infrações 1 e 2, “...houve nítida extrapolação na dosimetria da sanção aplicada ao Contribuinte, onde o percentual viola claramente a legislação em vigor, descaracterizando o ato sancionador e atribuindo-lhe um perverso objetivo confiscatório”. Nessa esteira, registra que o autuante em seu relatório, descrição e fundamentação das autuações, atesta que não houve dolo na sua conduta, sendo apurado apenas recolhimento a menor por erro de cálculo.

Diz dos objetivos das multas e cita o art. 150, da CF/88, para dizer da competência e limites de tributar, aí sublinhado a vedação ao confisco. Transcreve a jurisprudência, afirmando que os valores das multas somados aos juros ultrapassam o valor do imposto.

Pelas considerações tracejadas, entende necessária a desconsideração das multas aplicadas, com respaldo da interpretação conjunta dos princípios da vedação ao confisco, da proporcionalidade, da segurança à propriedade privada e da livre iniciativa, todos como garantias conferidas ao contribuinte pela Constituição Federal de 1988.

Por derradeiro, pede que a multa de 75% cominada às infrações 1 e 2 seja reduzida ao patamar de 20%, percentual que atribui caráter educativo à penalidade, nos moldes da legislação vigente.

Em razão de disposição regulamentar e em face do valor do Auto de Infração, não há manifestação da PGE/PROFIS.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, e com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Em que pese remanescer a exigência das infrações 1 e 2, cujas acusações são de omissão de mercadoria tributada presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito e recolhimento a menos de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e empresas de pequeno porte - SIMPLES NACIONAL, o Recurso Voluntário interposto foca a discussão no percentual da multa incidente sobre as infrações acima descritas e que têm percentual de 75%.

Derredor da matéria, o Sujeito Passivo, em apertada síntese, aduz que a multa no percentual de 75% configura sanção que atenta contra os princípios do não-confisco, da proporcionalidade, da segurança à propriedade privada e da livre iniciativa.

Antes de adentrar à análise da matéria, devo registrar que me alinho ao raciocínio do Contribuinte no que concerne ao excessivamente alto patamar a que foram levadas as multas, tanto por descumprimento de obrigações principais, quanto por descumprimento de obrigações

acessórias, sobretudo quando envolvidas as micro e pequenas empresas, no meu entender, contrariando a própria lógica que se pretende aplicar no tratamento às empresas de porte reduzido.

Entendo que de fato, a teor da farta jurisprudência, as multas em percentuais tão elevados são confiscatórias e desproporcionais, avançando sobre o patrimônio dos contribuintes e abandonando qualquer caráter educativo ou mesmo punitivo, para alcançar as raízes do enriquecimento sem causa por parte do Estado.

Feitas as considerações preliminares e passando a análise do Recurso, vejo que o recorrente, por primeiro, aduz questões que envolvem a declaração de inconstitucionalidade e legalidade das multas. Quanto a tais questões, devo informar e registrar que a rigor do que determina o art. 167, do RPAF/Ba, não se inclui na competência deste CONSEF a declaração de inconstitucionalidade de qualquer dispositivo legal, o que afasta por completo a possibilidade de análise das questões suscitadas pelo Sujeito Passivo e que se refere a declaração de que, eventualmente, houve confisco ou aplicação desproporcional na aplicação da multa.

Referentemente ao pedido de redução da multa cominada às infrações 1 e 2, do mesmo modo, ficam impedidos os julgadores desta CJF de acolher tal pedido, pois, conforme prescreve o artigos 158 do RPAF/Ba, apenas as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão contudo, em razão da revogação do art. 159 do mesmo RPAF, poderá o Contribuinte, querendo, provocar a PGE/PROFIS para, no controle da legalidade, apreciar a matéria e, eventualmente, representar a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda.

Isto posto, pelas razões acima expostas, voto no sentido de NÃO PROVER o Recurso Voluntário, mantendo a multa tal como lançada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **210585.0017/14-7** lavrado contra **ER PRESENTES E UTILIDADES DO LAR LTDA. (ER PRESENTES)** - ME, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.268,35**, acrescido da multa de 75%, prevista nos artigos 34 e 35 da LC 123/06, c/c I, do art. 44, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei Federal nº 11.488/07.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS