

PROCESSO - A. I. Nº 222829.0017/13-4
RECORRENTE - IONELIA GORDIANO CUNHA (CAROLINE FRANÇA FESTA) - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0138-02/15
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/11/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0297-11/15

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. RECEITA TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **a)** ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA A MENOR. Defesa não apresentou elementos capazes de elidir a imputação. Infração mantida. **b).** CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES RESULTANDO EM DIFERENÇA NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Defesa não apresentou elementos capazes de elidir a imputação. Infração mantida. Modificado o percentual da multa aplicado na infração 2, que passa para 75% (art. 44, I, Lei nº 9.430/96), tendo em vista o disposto no art. 71 da Lei nº 4.502/64. Infração mantida. Afastadas as preliminares. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 09/12/2013 para cobrar ICMS e multa no valor de R\$13.396,75, em decorrência do cometimento de 2 infrações, a seguir transcritas:

INFRAÇÃO 01 – 17.02.01 – Efetuou o recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado 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 alíquota aplicada a menor. Valor histórico R\$8.032,21.

INFRAÇÃO 02 – 17.03.02 - Omissão de saídas de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões. Valor histórico R\$5.364,54.

Foram apresentadas Defesa tempestiva às fl. 27, juntando mídia CD com “valores de vendas nos períodos de Janeiro a Junho de 2009.” e pugnando pela improcedência das infrações, bem como a correspondente Informação Fiscal pelo Autuante às fls. 34 a 35, destacando que a autuada não apresentou qualquer impugnação a nenhuma das infrações, tão somente anexou um CD virgem (sem nenhum arquivo gravado), para postergar a autuação, opinando, assim, pela manutenção do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 2ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela Procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir ICMS em decorrência de duas infrações.

Na primeira infração, é imputado ao autuado ter deixado de recolher ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte-Simples Nacional. Na segunda é imputado a omissão de saídas de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões

Na defesa o autuado nega as infrações, sem apontar, objetivamente nenhum erro nos levantamentos fiscais, apenas fazendo referência ao total de suas vendas, sem fazer qualquer relação com os valores autuados, o que não é capaz de ilidir as imputações.

Cabe registrar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Observo, ainda, que a autuante, em atendimento ao pedido de Diligência, apresentou demonstrativos TEF, mídia e recibo de tais documentos. No CD acostado à folha 64, constam os relatórios TEF Diários, os quais foram entregues ao sujeito passivo conforme recibos firmados às 65 e 65-A e Termo de Intimação à folha 67, informando a reabertura do prazo de defesa, ou seja, 30 dias para manifestação do contribuinte autuado.

Ocorre que o sujeito passivo silenciou sobre o resultado da diligência e os documentos acostados aos autos. Interpreto esse silêncio com reconhecimento tácito dos valores reclamados, conforme Art. 140, do RPAF/99, o qual determina que “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.”.

Logo, ficam mantidas às infrações 01 e 02.

Entretanto, constato, de ofício, que na infração 02, foi aplicada a multa de 150%. Embora não tenha havido questionamento da multa por parte do autuado, porém, sendo o lançamento um ato vinculado, na tipificação da multa do citado item, foi indicado o art. 44, I, e § 1º, da Lei federal nº 9.430/96. Ocorre que 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%. O art. 71 da Lei 4.502/64, estabelece que deverá ser duplicado o percentual da multa, na hipótese da existência de dolo, fraude ou conluio. No caso, não há prova nos autos de que tenham ocorridos tais figuras. Portanto, o percentual aplicado passa para 75% (art. 44, I, Lei 9.430/96).

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a decisão, a empresa interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 90 a 99, objetivando a revisão do julgamento.

Após breve resumo dos fatos e do julgamento de base, passa a discorrer sobre necessidade da reforma da Decisão recorrida.

Diz que o Acórdão julgou Procedente o Auto de Infração em virtude de ter o sujeito passivo, silenciado a respeito da diligência realizada, sendo aplicado o teor do art. 140 do RPAF. Em contrapartida, assevera que o Auto de Infração fora devidamente impugnado, contudo, alude que as razões de defesa apresentadas foram “*sequer analisadas ao longo da referida decisão*”.

Após transcrever o art. 140 do RPAF, diz que o silêncio da parte somente será entendido como presunção de veracidade do fato, quando do contrário não resultar do conjunto das provas já apresentadas.

Nesta senda, alega que todas as provas para comprovação das razões de defesa e necessárias para o deslinde do presente feito já tinham sido apresentadas quando da Defesa Administrativa. Explica que os demonstrativos de TEF informados posteriormente pelo Recorrido “*somente reforçaram a fraca tentativa de confundir os iminentes julgadores não restando em absoluto quaisquer dados novos que necessitassem da manifestação da recorrente*” sendo “*suficientes para demonstrar a veracidade dos fatos alegados nas razões de defesa, restando desnecessária a manifestação sobre documentos que em nada acrescentavam de novo á lide*”.

Com base nessas premissas, repete que o silêncio foi interpretado incorretamente, que são incabíveis as razões de sentença e que os argumentos defensivos serão analisados.

Seguidamente, cita lições de Paulo de Barros Carvalho sobre infração tributária, para então dizer que o RPAF/BA é bastante claro em afirmar, em seu art. 18, que o lançamento de ofício será nulo

quando não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Propala que a documentação trazida pelo Recorrente e a sua Defesa Administrativa apresentada foram capazes de afastar de vez o quanto “elidido pelo recorrido”, uma vez que “o Auto de Infração impugnado se encontra em dissonância com a documentação presente nos autos, contendo incoerências e erros materiais já demonstrados outrora nas razões de defesa”, restando evidente a insegurança na apuração do montante do débito lançado.

Diz que o art. 142 do CTN conceitua o lançamento de ofício, que este deve indicar, com segurança, o montante do débito, socorrendo-se das lições do professor Luciano Amaro sobre o tema. Também junta ementa do Acórdão JF 3242-03/10 deste CONSEF, Decisão do Conselho de Contribuintes do Estado do Ceará e trecho da ementa do REsp. 725537/RS.

Em seguida, conclui que “*havendo incoerência ou incongruência ou lacuna entre os motivos e os fatos que justificaram a lavratura do lançamento de ofício, este deve ser julgado nulo de pleno direito, sob pena de violar direitos e garantias previstos em nossa Carta maior*”

Ao final de seu arrazoadado, pede o total provimento do seu recurso para julgar nulo o Auto de Infração, pelas razões expostas e pelo afastamento da aplicação do art. 140 do RPAF/BA.

Pugna por todos os meios de prova, eventual realização de diligência e que sejam assegurados todos os direitos e garantias inerentes ao processo administrativo fiscal.

Não houve manifestação da PGE/PROFIS, devido ao valor de alçada, conforme determina o RPAF/BA.

VOTO

Temos sob exame Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 2ª JF que julgou totalmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lançado pelo suposto cometimento de duas infrações.

Em seu recurso, o Recorrente alega de forma difusa que: a) nulidade do auto por indeterminação da base de cálculo; b) há incongruência na motivação do Auto de Infração; c) foram apresentadas provas para comprovação das razões de defesa e necessárias para o deslinde do presente, sem que houvesse a devida apreciação da 2ª JF. Também clama pela juntada de provas e eventual realização de diligência.

Pois bem.

Compulsando os autos, vejo que reforma alguma merece a Decisão ora recorrida.

Ab initio, denego o pedido de realização de diligência por entender que, com base no art. 147, inciso I, alínea ‘a’ do RPAF, estão presente nos autos elementos suficientes para a formação de minha convicção.

Quanto às questões preliminares pertinentes à nulidade do Auto de Infração, entendo que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram devidamente preenchidos. Percebo que as imputações estão lançadas de forma clara, a base de cálculo foi determinada conforme metodologia prevista em lei e foram fornecidos ao Contribuinte os demonstrativos de débito referentes à autuação em discussão.

Por seu turno, vejo que foram respeitados todos os direitos e garantias do Contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo, com a concessão de todas as oportunidades de manifestação e produção de prova durante o curso deste PAF.

Cura ressaltar também que o feito fora convertido em diligência para assegurar em nome da ampla defesa, que todos os demonstrativos relativos às exações lançadas fossem efetivamente entregues e conhecidos pelo Contribuinte.

Assim, afasto as alegações defensivas quanto à nulidade do presente Auto de Infração ou do Procedimento Fiscal.

Passo a análise da nulidade da Decisão por suposta falta de apreciação dos argumentos expostos em sede de defesa.

Inicialmente, devemos lembrar que a peça defensiva está jungida aos autos à fl. 27. Nesta petição só há a solicitação de revisão do Auto de Infração com a juntada de planilhas de vendas ECF e nota D1 em mídia CD. Por seu turno, o CD/DVD acostado à fl. 36 não possui qualquer informação.

Desse modo, não há validade jurídica a assertiva recursal de que a Decisão da 2ª JF não apreciou fatos e/ou argumentos noticiados em sede de Defesa, eis que, não existem ou não foram trazidos aos autos durante todo o andamento do processo.

Assim, além da aplicação do art. 140 do RPAF, deve ser aplicado o artigo 142, a seguir colacionado, *verbo ad verbum*:

Art. 142. *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.*

Portanto, além de não carrear aos autos os elementos probatórios que supostamente elidiriam fato controverso (as infrações), o comportamento do Recorrente importa na presunção da veracidade da afirmação da fiscalização de que houve recolhimento a menor do ICMS (infração 01) e omissão de saídas de mercadorias, expostas nos demonstrativos fiscais de fls. 7 a 20 dos autos (infração 02).

Nesta senda, afasto a suposta nulidade da Decisão por falta de apreciação de teses defensivas justamente por não estarem presentes em sede de defesa.

Quanto à assertiva de que há incongruência de motivação das exações, julgo que, pela própria descrição das mesmas, resta claro que existe completa correspondência entre os fatos apurados, as normas indicadas como infringidas e as descrições vertidas no Auto de Infração e os demonstrativos fiscais que as embasam, uma vez que, na infração 1, expõe-se de forma lapidar que fora apurado o recolhimento a menor do ICMS recolhido através do regime do SIMPLES NACIONAL, em consequência das omissões de faturamento constadas e apuradas na infração 02.

Nestes termos, percebo que não há qualquer incongruência ou omissão de motivação como aventado pelo Contribuinte.

Por fim, no mérito, vejo que efetivamente não houve, por parte do Sujeito Passivo, qualquer irrisignação de fato ou de direito capaz de modificar o lançamento realizado ou o entendimento da JF, pois há, tão somente, várias afirmativas genéricas por parte do Contribuinte de que não houve ou não cometeu as infrações, como também de que a empresa respeita todas as normas fiscais sem, contudo, apresentar provas através de documentos fiscais que sustentassem as suas teses.

Nestes termos, entendo cabível a aplicação da norma insculpida no art. 143 do RPAF que assim dispõe, *in verbis*:

Art. 143. *A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

Consoante a regra acima descrita, a simples negativa de que não desrespeitou as normas fiscais, não desonera o Contribuinte em elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Ou seja, caberia à empresa, ao invés de alegar que não cometeu as infrações, demonstrar que os números e levantamentos erigidos pelo Fisco, com base em dados fiscais, estão errados.

Assim, vejo que o Contribuinte não conseguiu se desincumbir efetivamente desse ônus.

Deste modo, considero as infrações 1 e 2 subsistentes, conforme julgamento de piso.

Pelo tudo quanto acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão de piso que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração vergastado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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** o Auto de Infração nº **222829.0017/13-4**, lavrado contra **IONELIA GORDIANO CUNHA (CAROLINE FRANÇA FESTA) - EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.396,75**, acrescido da multa de 75%, prevista no arts. 35, LC 123/06 e 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS