

PROCESSO - A. I. Nº 212145.0003/11-6
RECORRENTE - LUCINALDA BORGES DA SILVA (ESMALTERIA IMPERIAL) - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0070-03/15
ORIGEM - INFRAZ JUAZEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 03/11/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0330-12/15

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS POR ADMINISTRADORAS E OS LANÇADOS NOS DOCUMENTOS PRÓPRIOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 2. SIMPLES NACIONAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOR. Na apuração dos valores relativos às duas imputações, objetivando determinar os percentuais corretos, chamados de alíquotas na instância de origem, assim como as receitas mensais, o Fisco adicionou às vendas declaradas por meio de documentos fiscais as operações não registradas pelo recorrente, realizadas através de cartões e informadas pelas administradoras. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida.. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão contida no Acórdão 3ª JJF nº 0070-03/15, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 30/03/2011 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 13.017,62, sob a acusação do cometimento das duas irregularidades a seguir aduzidas.

INFRAÇÃO 1 - Omissão de saídas tributáveis, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões, em valores inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras. R\$ 11.360,35. Multa de 150%, prevista nos artigos 35 da LC 123/2006 e 44, I, § 1º da Lei Federal 9.430/1996.

INFRAÇÃO 2 - Falta de pagamento dos valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e empresas de pequeno porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do ICMS, em função de erro na informação das receitas e / ou alíquotas, utilizadas a menor. R\$ 1.657,27. Multa de 75%, prevista nos artigos 35 da LC 123/2006 e 44, I e da Lei Federal 9.430/1996.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 08/04/2015 e decidiu pela Procedência por unanimidade (fls. 325 a 333), nos termos abaixo reproduzidos.

“VOTO

O defensor apresentou preliminar de nulidade do roteiro de auditoria realizado, alegando falta de previsão legal para a cobrança do imposto, afirmando que o lançamento encerra em si um patente equívoco consistente na cobrança de imposto de mercadorias declaradamente já pago quando da remessa das referidas mercadorias, bem como isentas ou não tributáveis em razão da redução da base de cálculo.

Não acato a alegação defensiva, considerando que a modalidade de cobrança de ICMS é prevista na legislação deste Estado, na medida em que prevê que a diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96.

Por outro lado, de acordo com o § 4º do art. 18 da Lei Complementar 123 de 14/12/2006, o contribuinte do Simples Nacional deverá considerar destacadamente, para fins de pagamento do imposto: a) as receitas decorrentes da revenda de mercadorias; b) as receitas decorrentes da venda de mercadorias industrializadas

pelo contribuinte; c) as receitas decorrentes da prestação de serviços, bem como a de locação de bens móveis; d) as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária; e) as receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou do consórcio previsto na referida Lei Complementar. Portanto, no cálculo do imposto devido por contribuinte do Simples Nacional, a LC 123/2006 já estabelece as exclusões que devem ser efetuadas, incluindo-se nestas exclusões as mercadorias enquadradas na Substituição Tributária.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o primeiro item do Auto de Infração trata de omissão de saída de mercadoria tributada, apurada 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 de crédito, no período de março de 2008 a dezembro de 2009.

Foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, e tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96.

O autuado alegou que grande parte das mercadorias adquiridas pela autuada já foi objeto de pagamento do ICMS por Substituição Tributária pelo remetente, bem como muitas são isentas ou têm base de cálculo reduzida. Diz que as mercadorias não deveriam tributadas como se pretende, tendo em vista que já foram tributadas anteriormente. Entretanto, o defendant não apresentou elementos suficientes para comprovar suas alegações, o que possibilitaria aplicar o disposto na Instrução Normativa 56/2007, haja vista que neste caso, deveriam ser comprovados os percentuais de mercadorias tributáveis, não tributáveis e da substituição tributária.

Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, o que deveria ser elidido pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, cabe ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, tendo sido entregue ao sujeito passivo um CD contendo os Relatórios Diários por Operação TEF, o que possibilitou fazer o confronto dos valores obtidos nas reduções "Z" e notas fiscais de vendas com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/ crédito.

O defendant afirmou que não houve omissão de saída porque as mercadorias que saíram da empresa por venda a crédito, débito, dinheiro ou cheque, não saíram desacompanhadas de nota fiscal, seja emitida pelo sistema ECF, seja por talão de notas de venda a consumidor.

À fl. 318 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência solicitando que o autuante intimasse o contribuinte para apresentar demonstrativo dos boletos emitidos pelas vendas realizadas com cartões de débito/ crédito e respectivos documentos fiscais, possibilitando a exclusão, no levantamento fiscal, dos valores efetivamente comprovados. Entretanto, o defendant foi intimado à fl. 321 e não apresentou os elementos solicitados.

À época dos fatos geradores, o autuado estava inscrito no SIMPLES NACIONAL, na condição de empresa de pequeno porte e foi apurada operação realizada sem documentação fiscal, ficando o contribuinte obrigado a recolher o tributo devido em decorrência da prática da infração apurada por meio do levantamento fiscal.

Observo que o Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar 123/2006, que estabelece um tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias.

O autuado também alegou que se encontra enquadrado no regime de apuração do ICMS em função da receita bruta no período fiscalizado, que é microempresa, optante pelo SIMBAHIA, portanto, tem direito ao crédito de 8% a ser deduzido da alíquota de 17%. Sobre essa alegação, observo que não se trata de levantamento fiscal do período de vigência do SIMBAHIA, que esteve em vigor até junho de 2007, e no período fiscalizado (a partir de agosto de 2007) o contribuinte já se encontrava no regime de apuração de tributos do Simples Nacional.

No levantamento fiscal, o autuante adicionou às vendas declaradas por meio de documentos fiscais os das operações não declaradas pelo contribuinte, realizadas através de cartões, nos respectivos meses, apurando a receita. Com a nova receita calculada é que foram apurados os débitos constantes nas infrações 01 e 02 deste Auto de Infração, sendo observadas as alíquotas constantes no Anexo 1 da referida LC 123/06.

Quanto à segregação de mercadorias da substituição tributária, conforme estabelece o § 4º do art. 18 da Lei Complementar 123 de 14/12/2006, não foi apurada a existência dessas mercadorias, ou seja, não houve proporcionalidade das mercadorias da ST, sendo confirmado pelo autuante que o defendant não trabalha com

os produtos relacionados no inciso II do art. 353 do RICMS/BA.

Sobre o argumento do autuado de que também comercializa produtos isentos da cobrança do ICMS, observo que o regime de apuração de tributos estabelecido no Simples Nacional, leva em consideração no cálculo do valor devido mensalmente, a receita bruta auferida no mês, incidindo sobre esta receita bruta a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º do art. 18 da Lei Complementar 123/86, inexistindo previsão para excluir operações com mercadorias isentas de ICMS.

Entendo que está caracterizada a infração apontada no Auto de Infração, sendo devido o imposto apurado no demonstrativo elaborado pela autuante, tendo sido apurado o débito considerando a condição do autuado como optante pelo sistema de apuração do Simples Nacional. Mantida a exigência fiscal.

Infração 02: Deixou de recolher valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, no período de março de 2008 a dezembro de 2009.

O autuado apresentou os DAS relativos ao pagamento do ICMS pelo Simples Nacional para que fossem apurados os valores efetivamente devidos, dizendo que os valores foram e recolhidos. Alegou que a imputação, além de contrariar os princípios que regem a legislação tributária como é o caso do princípio da verdade material, verdade real, o autuado, sendo uma microempresa, inscrita no regime especial unificado de arrecadação de tributos e contribuições, tem o direito constitucionalmente assegurado de fazer o recolhimento do imposto de acordo com as regras do Simples Nacional, o que lhe garante um tratamento mais benéfico e diferenciado.

Constatou que no levantamento fiscal denominado AUDIG foram considerados os valores declarados na DASN ou recolhido pelo contribuinte, conforme a coluna F do demonstrativo “ANÁLISE DO ICMS SIMPLES A RECLAMAR”. Neste caso, o cálculo dos valores exigidos foi efetuado com a nova receita calculada em razão da omissão de receita apurada na auditoria de cartão de crédito. O deficiente não apresentou qualquer demonstrativo para contrapor os dados apurados pelo autuante e não houve contestação aos cálculos.

Entendo que está caracterizada a infração apontada no Auto de Infração, sendo devido o imposto apurado no demonstrativo débito elaborado pelo autuante, tendo sido apurados os valores considerando a condição do autuado como optante pelo Simples Nacional, no período fiscalizado. Mantida a exigência fiscal.

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação na infração 02 é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 75%, com base no art. 35 da LC 123/06 combinado com o art. 44, I da Lei 9.430/96 e art. 16, inciso I da Resolução CGSN Nº 30 de 07/02/2008.

Os mencionados dispositivos legais estabelecem que “o descumprimento de obrigação principal devida no âmbito do Simples Nacional sujeita o infrator às seguintes multas:

I - 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido (art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 , com a Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)”

De acordo com o § 1º do art. 44 da Lei 9.430/96 e inciso II do art. 16 da Resolução CGSN Nº 30 de 07/02/2008, aplica-se a multa de 150% (cento e cinqüenta por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido, nos casos previstos nos artigos 71 (sonegação), 72 (fraude) e 73 (conluio) da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964. Neste caso, a legislação estabelece que multa duplicada quando forem identificadas as hipóteses descritas nos referidos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964, quais sejam sonegação, fraude e conluio.

Para se aplicar o mencionado dispositivo legal de forma a duplicar a multa para 150% é necessário estar caracterizado nos autos o dolo, elemento subjetivo que não pode ser presumido, devendo ficar demonstrado e comprovado. No caso em exame, o autuante, fundamentou a exigência do imposto como omissão de saídas e não apontou, sequer, qual dos três ilícitos descritos na Lei 4.502/64 que teria motivado a duplicação da multa exigida.

Assim, considerando as definições referentes à sonegação, fraude e conluio constantes nos arts. 71, 72 e 73 da Lei 4.502, de 30/11/1964, entendo que não houve no presente PAF o registro de fatos que comprovem a existência dos referidos elementos para ensejar a aplicação da multa no percentual de 150%, devendo ser reduzida a referida multa aplicada na infração 01, para 75%.

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

Com fulcro no art. 169, I, “b” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto nº 7.629/1999), o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 362 a 370, no qual inicia aduzindo que o administrador tributário não pode atuar fora dos parâmetros legais ou com livre arbítrio, almejando o interesse próprio do Ente Tributante.

Suscita a nulidade da infração 1, pois entende que o roteiro de auditoria de cartões não se aplica aos optantes do Simples Nacional. A seu ver, a Fiscalização apurou o gravame com base no regime normal de tributação, desconsiderando o sistema AUDIG, o que estiola princípios como o da busca da verdade material e da ampla defesa.

Conclui requerendo que o lançamento de ofício seja julgado nulo.

Tendo em vista o valor do débito lançado, não houve pronunciamento da PGE/PROFIS.

VOTO

No que diz respeito à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, que analisou todas as questões suscitadas na impugnação, o autuante e os julgadores da JJF expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram as acusações, indicando os documentos e demonstrativos com seus dados e cálculos, assim como apontando o embasamento jurídico, que se mostra correto, claro e compreensível.

Na apuração dos valores relativos às duas imputações, objetivando determinar os percentuais corretos, chamados de alíquotas na instância de origem, assim como as receitas mensais, o Fisco adicionou às vendas declaradas por meio de documentos fiscais as operações não registradas pelo recorrente, realizadas através de cartões e informadas pelas administradoras.

Obviamente, as quantias concernentes às operações regularmente efetuadas foram deduzidas dos demonstrativos do autuante, como se vê na coluna “TOTAL DIV CARTÃO” da fl. 10, que corresponde à subtração entre os montantes constantes da coluna A (“TOTAL TEF”) e da coluna B (“TOTAL NF CARTÃO”).

Uma vez alcançadas as receitas reais, foram apurados os débitos das infrações 01 e 02, observando-se - com o uso do sistema AUDIG, os percentuais do Anexo I da LC 123/2006.

Não foi identificada violação ao princípio da busca da verdade material, do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º do Decreto nº 7.629/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Em face do Exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 o Auto de Infração nº 212145.0003/11-6, lavrado contra LUCINALDA BORGES DA SILVA (ESMALTERIA IMPERIAL) - ME, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$13.017,62, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da LC 123/2006; art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de outubro de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

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