

PROCESSO - A. I. Nº 232154.0005/15-3
RECORRENTE - M E C COSTA - ME
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – ACÓRDÃO 1ª JJF Nº 0223-01/15
ORIGEM - INFRAZ JEQUIÉ
PUBLICAÇÃO - INTERNET 30/06/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0104-11/16

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. **a)** PRESUNÇÃO LEGAL. OMISSÃO DE SAÍDA TRIBUTÁVEL. FALTA DE REGISTRO DE ENTRADAS. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS EM DECORRÊNCIA DE ERRO NA DECLARAÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁVEIS OU NA ALÍQUOTA. Peça recursal reproduz na íntegra as razões de outra vez apresentadas na peça impugnatória. Fundamentos de fato de direitos aduzidos incapazes de promover a revisão do acórdão recorrido, por que já suficientemente rebatidas pela decisão de primeira instância. Aplicação das disposições contidas no artigo 143 do RPAF que se impõe. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Voluntário, interposto contra os termos do Acórdão JJF nº 0223-01/15, através do qual os membros integrantes da 1ª JJF entenderam por bem julgar Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2015, com o objetivo de exigir do ora Recorrente crédito tributário no valor histórico de R\$ 103.709,24 em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação de regência:

01 – Falta de recolhimento do ICMS constatada através de omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de apuração através de notas fiscais de entrada, confrontado com a escrituração do livro Registro de Entradas, nos meses de março a setembro de 2010, fevereiro, junho a dezembro de 2011, janeiro a abril, junho a novembro de 2012, fevereiro a agosto, outubro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 10.830,61, acrescido da multa de 150%;

02 – Deixou de recolher ICMS em razão de considerar receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo), nos meses de fevereiro de 2012, fevereiro e março, setembro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 92.885,33, acrescido da multa de 75%.

Após a apresentação da defesa e prestação de informações a fase instrutória foi concluída, tendo os autos sido submetidos à apreciação pela 1ª JJF que assim decidiu na assentada de julgamento datada de 11/12/2015.

VOTO

Inicialmente, quanto à nulidade arguida não há como prosperar a pretensão defensiva. Inexiste o alegado cerceamento do direito de defesa e do contraditório. As infrações estão

descritas de forma clara no Auto de Infração, possibilitando o conhecimento pleno das condutas infracionais imputadas, bem como, o sujeito passivo; a base de cálculo; o montante do ICMS exigido.

Do mesmo modo, não prospera a arguição defensiva de ilegitimidade passiva.

Isso porque, no caso em exame, existe sim um vínculo, uma relação entre o autuado, de um lado, e o Estado da Bahia, de outro. O Estado da Bahia na condição de sujeito ativo da relação, haja vista que se apresenta como pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o cumprimento da obrigação tributária (art. 119 do CTN). O autuado na condição de sujeito passivo da relação, pois se apresenta como pessoa jurídica obrigada por lei, ao cumprimento da obrigação tributária principal de que cuida o Auto de Infração em lide.

Diante do exposto, não acolho as nulidades arguidas, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99 – aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, capaz de invalidar o ato de lançamento de ofício.

No mérito, observo que o autuado alega exclusivamente que os seus documentos e livros foram apreendidos pela Polícia Federal na denominada OPERAÇÃO CARCARÁ, o que lhe impossibilitou de analisar as infrações imputadas.

Quanto a essa alegação, constato que não se sustenta para elidir a autuação.

Na realidade, o Termo de Entrega lavrado pela autuante, acostado à fl. 09 dos autos, cuja ciência foi consignada por preposto do contribuinte em 28/05/2015, identifica, claramente, que o autuado recebeu todos os elementos necessários e indispensáveis ao exercício do direito de ampla defesa e do contraditório e, desse modo, rechaçar a autuação em todos os seus itens. Verifica-se que foram entregues ao autuado arquivos eletrônicos contendo os DANFE's referentes às Notas Fiscais de entradas arroladas na autuação; os livros Registro de Entradas e os Demonstrativos "S", "T", "3B", "C1" e "C2", constantes em mídia anexada à folha 15 dos autos.

Portanto, no presente caso, mesmo a apreensão aduzida pelo impugnante tendo ocorrido em 10/11/2010, os elementos entregues pela Fiscalização atinente ao exercício de 2010, assim como os registros digitais existentes nos sistemas, inclusive referentes ao Simples Nacional, afastam a alegação de impossibilidade de defesa. Ademais, há que se observar que o período autuado abrange também os exercícios de 2013 e 2014, inexistindo qualquer manifestação do impugnante sobre as exigências atinentes a tais exercícios.

Desse modo, não merece qualquer reparo o levantamento levado a efeito pela autuante, descabendo falar-se inclusive em ofensa ao princípio da moralidade administrativa, conforme aduzido pelo impugnante, haja vista que todos os elementos necessários e indispensáveis para que pudesse materialmente rechaçar a autuação lhe foram entregues.

Apenas a título de registro, coaduno plenamente com o entendimento manifestado pela autuante no sentido de que, as Notas Fiscais Eletrônicas não existem mais em meio físico e sim eletrônico, estando armazenadas em bancos de dados da Receita Federal e das Secretarias da Fazenda dos Estados, ficando disponíveis para consulta e importação de seus dados no Portal da NF-e (www.nfe.fazenda.gov.br), tanto pelo Fisco quanto pelos Contribuintes, inclusive contando com mecanismos de validação de operações que permitem aos destinatários das mercadorias rechaçarem operações fraudulentas.

Ultrapassada essa alegação defensiva passo ao exame das infrações.

No que tange à infração 01, observo que diz respeito ao ICMS devido pela presunção de receita omitida, calculado com base nos percentuais concernentes ao ICMS no regime de tributação do Simples Nacional e apurado pelo confronto dos valores referentes às Notas Fiscais de entradas (DANFEs) e os registros existente nos livros Registros de Entradas do autuado.

Tratando-se de presunção de omissão de receitas observo que o art. 34 da Lei 123/06 determina que aos contribuintes optantes do Simples Nacional se aplicam todas as presunções de omissão de receitas previstas nas legislações dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional, sendo que o § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96 – Lei que trata do ICMS no Estado da Bahia – estabelece que a existência de entradas de mercadorias não contabilizadas, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Conforme muito bem detalhado pela autuante, verifica-se que:

- no Demonstrativo "S" foram discriminadas todas as notas fiscais eletrônicas de aquisição de mercadorias, bens e serviços escrituradas pelo autuado nos livros Registro de Entradas;

- no Demonstrativo "T" foi realizado o confronto entre todas as notas fiscais eletrônicas de aquisição de mercadorias, bens e serviços e os registros efetuados nos livros Registro de Entradas, resultando daí a comprovação do não registro de diversas notas fiscais eletrônicas, permitindo, desse modo, presumir a venda de mercadorias sem emissão das notas fiscais correspondentes, ou seja, a omissão de receitas tributadas que, por sua vez, deram o suporte financeiro para a aquisição das mercadorias, bens e serviços não registrados na escrituração fiscal, conforme estabelecido no art. 4º, § 4º, inciso IV, da Lei nº 7.014/96;

Dessa omissão de receitas tributadas resulta o correspondente não pagamento do ICMS do Simples Nacional, sobre essas receitas omitidas. Neste caso, a apuração do ICMS do Simples Nacional foi realizada no Demonstrativo "C1", através da transposição dos valores de omissão de receitas apurados no Demonstrativo "T", mês a mês, para a Coluna C1 do Demonstrativo "C1". Sobre esse valor omitido foi aplicado o percentual do ICMS do Simples Nacional, conforme consta na coluna "H", determinado, por sua vez, pelo valor total de receitas acumuladas (RB12), mês a mês, em correspondência com o Anexo I, da Lei Complementar nº 123/2006 e da Resolução nº 94/2011.

Cumprindo a legislação do Simples Nacional, especialmente a Lei Complementar 123/2006 e a Resolução 94/2011, a autuante incorporou nas diversas colunas do Demonstrativo "C1" as informações obtidas a partir das "DECLARAÇÕES" prestadas pelo contribuinte nos sistemas PGDAS e PGDAS-D, da Receita Federal, assim como, os índices de proporcionalidade apurados, mês a mês, no Demonstrativo "3B", a partir dos valores das aquisições de mercadorias, constantes nas notas fiscais eletrônicas, cujos percentuais foram devidamente transportados para a coluna "I" do Demonstrativo "C1", tendo utilizado para segregar do total de receitas apuradas, as receitas relativas às vendas de mercadorias tributadas, culminando com o lançamento do ICMS do Simples Nacional que deixou de ser recolhido, sobre as receitas omitidas, consoante exigido neste item da autuação.

Conforme consignado linhas acima, tratando-se de presunção legal relativa, prevista no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, cabe ao autuado o ônus de comprovar mediante apresentação de elementos hábeis de provas a sua improcedência, o que não foi feito.

Diante disso, esta infração é integralmente subsistente.

Entretanto, no que concerne à multa de 150% indicada no Auto de Infração, constato que merece reparo, haja vista que o § 1º do art. 44 prevê que o percentual da multa de 75% será duplicado para 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. Ou seja, nos casos de dolo, fraude e conluio.

Ocorre que, no presente caso, inexistente nos autos qualquer registro que tenha ocorrido dolo, fraude ou conluio. Inexistente na imputação indicação nesse sentido. É certo que dolo, fraude e conluio não se presumem, mas sim devem ser provados.

Assim sendo, a multa aplicável no presente caso é de 75%, e não a multa agravada, em dobro, prevista no § 1º do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96.

Diante disso, de ofício corrijo o percentual da multa imposta neste item da autuação para o percentual de 75%, conforme estabelece o art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96.

Relativamente à infração 02, observo que decorreu por dois motivos. Primeiro, porque ao agregar a “RECEITA DECLARADA” o valor das “RECEITAS OMITIDAS”, resultou em aumento do valor da Receita Bruta Acumulada (RB12), mês a mês, fato que pode implicar em nova faixa de faturamento constante no Anexo I, da Lei Complementar nº 123/2006 e, por consequência, percentual maior do ICMS do Simples Nacional. Segundo, porque ao apurar e aplicar o índice de proporcionalidade a partir das notas fiscais de aquisição, a autuante apurou erro na segregação das mercadorias tributadas, informadas pelo contribuinte nas “DECLARAÇÕES” lançadas no sistema PGDAS e PGDAS-D, utilizados para cálculo do ICMS do Simples Nacional.

Em face disso, a autuante exigiu corretamente no Demonstrativo “C2” a diferença do ICMS do Simples Nacional relativo a “RECEITAS DECLARADAS” que deixou de ser pago ou foi pago a menos em virtude de erro na apuração da alíquota e/ou na determinação da base de cálculo, ou seja, erro na segregação de receitas tributadas.

Diante do exposto, este item da autuação é integralmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Como é possível constatar da análise do voto condutor do acórdão acima reproduzido, os membros integrantes da 1ª JF, após apreciarem as razões de fato e de direito arguidas pelo sujeito passivo entenderam por bem julgar procedente o Auto de Infração.

Irresignado com o teor da decisão de primeira instância o sujeito passivo interpõe recurso voluntário, através do qual reproduz os argumentos apresentados na defesa.

Em apertada síntese, sustenta a nulidade do lançamento que entende ter sido realizado em prejuízo ao seu direito à ampla defesa e ao contraditório. Sustenta que não possui meios de confrontar os valores do imposto lançado com o contido nas notas fiscais arroladas nos demonstrativos elaborados pela fiscalização, uma vez que teve os seus documentos fiscais e contábeis apreendidos pela Polícia Federal em 2010 no bojo da operação Carcará.

Aduz ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda, porém não especifica as razões de sua alegação recursal.

No mérito, afirma que as notas fiscais que subsidiam o lançamento de ofício foram coletadas no sistema da SEFAZ e que estes não contém o aceite do contribuinte, razão pela qual não poderiam ser utilizadas.

Requer o provimento do recurso e a declaração de improcedência do lançamento.

Instada a se manifestar, a PGE/PROFIS opina pelo não provimento do recurso. No entender da procuradora representante que inexistiu o cerceamento do direito de defesa alegado, uma vez que todos os expedientes ao exercício deste direito foram oportunizados ao contribuinte, vale dizer: foi-lhe concedido todos os demonstrativos e documentos que subsidiaram o levantamento fiscal, foi-lhe conferido o prazo para defesa, sustentação oral, dentre outros.

No mérito, aduz que melhor sorte não assiste ao recorrente, visto que os documentos foram retirados de seu estabelecimento em 01.11.2010 e, *muito embora os fatos geradores abarquem os meses de 31.03.10 a 30.09.2010, também englobam os exercícios de 2011, 2012, 2013 e 2014, posteriores a apreensão, contudo a recorrente não se manifestou acerca das exigências fiscais lançadas nestes exercícios.*

VOTO

O recurso é tempestivo pelo conhecimento e passo analisar as razões nele aduzidas.

Com efeito, não vislumbro quaisquer dos vícios apontados no recurso. O Auto de Infração encontra-se instruído com demonstrativos específicos para cada infração apontada que evidenciam de forma clara os critérios de apuração do imposto objeto da exigência.

Note-se, pela sua fundamental importância, que a presunção de que trata o parágrafo 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96 que dá fundamento de validade o lançamento é relativa, comportando, por conseguinte, a produção de prova em sentido contrário, tarefa da qual se desincumbiu o Recorrente quando deixou de impugnar de forma precisa e pontual os demonstrativos confeccionados pela fiscalização, limitando-se a arguir a sua impossibilidade em razão da apreensão de sua escrita fiscal e contábil, argumento este, inclusive, que inaplicável aos exercícios de 2013 e 2014, já que a alegada operação policial se deu no exercício de 2010.

Demais disto, conta dos autos prova no sentido de que todos os documentos fiscais relativos ao exercício de 2010, necessários ao exercício do direito de defesa lhes foram entregues em mídia quando da ciência do lançamento.

No mérito, constato que os fundamentos de irresignação submetidos à apreciação desta Câmara são idênticos àqueles aduzidos na peça impugnatória. Não há sequer alteração na ordem dos parágrafos.

Neste contexto, considerando que o Recorrente não trouxe em sua peça recursal quaisquer argumentos de fato de direito que já não tenham sido exaustivamente apreciados pela 1ª JF, mantenho a decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos.

Ante ao exposto, com fulcro no artigo 143 do RPAF, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo integralmente a decisão proferida pela 1ª JF, para julgar procedente o auto de lançamento de ofício.

RESOLUÇÃO

Acordam os membros da 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologara a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232154.0005/15-3**, lavrado contra **M E C COSTA – ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$103.709,24**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da Lei Complementar nº 123/2006 c/c art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de junho de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLLO NASCIMENTO – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. PGE/PROFIS