

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores. Não foram confirmados os erros crassos no lançamento, genericamente alegados. O impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual. Assim, não houve óbice à manifestação da defesa e os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

Constam, às fls. 09 a 14, os dados que respaldaram a autuação (Relatório de Omissão Mensal Cartão (TEF) - exercícios 2008/09), no qual o autuado apresentou divergências, o total das notas fiscais apuradas no cruzamento entre o total de operações TEF (Informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito) e o total das notas fiscais pagas em cartão.

Quanto à infração 1, em decorrência da infração 2, a apuração de receitas omitidas, através de cartões de crédito e de débito, resta evidenciado que o sujeito passivo recolheu a menos ICMS contido no SIMPLES NACIONAL, a partir da constatação de que o autuado ofereceu à tributação valores menores que os informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões, nos termos do art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, o que resultou em erro na aplicação da alíquota na apuração do imposto pelo regime do SIMPLES NACIONAL.

Cabe observar que o sujeito passivo optou pelo enquadramento no SIMPLES NACIONAL instituído pela Lei Complementar nº 123/06. Tal opção resulta na em um regime especial de apuração do imposto prevista no art. 18, que usa como parâmetro a “receita bruta” para determinar a base de cálculo e alíquotas necessárias a apuração do ICMS devido.

A alegação de que não foram consideradas as vendas em cartão, não procede, na medida em que a apuração do imposto devido foi feita com base na declaração do Simples Nacional, fornecida pelo autuado, bem como não se trata das vendas constantes da redução Z ser maiores do que as vendas informadas pelas Administradoras de Cartões, pois o que se apurou foi a diferença entre o registrado de saídas com pagamentos em cartão e o fornecido pelas administradoras, resultando na apuração do imposto devido na infração 2, com reflexos na apuração da infração 1, ora em análise, não cabendo a nulidade alegada.

A arguição de que a tributação e as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7º edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissão que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Não há, por conseguinte, o que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, além de serem, no presente caso, corolários do princípio do não confisco, já analisado, não encontram amparo fático, na medida em que a multa aplicada é adequadamente modulada para o desestímulo ao descumprimento das obrigações tributárias ora apuradas. Quanto ao pleito da sua redução, não cabe competência a essa unidade fracionária do CONSEF e sim a Câmara Superior na forma do art. 159 e 169 do RPAF/BA.

Quanto à alegação de que a tributação é confiscatória, não parece razoável, visto que o regime do SIMPLES NACIONAL, é um regime diferenciado em relação ao regime normal de apuração, ao trazer uma redução significativa da carga tributária para aqueles que se enquadram em tão opção. Ao deixar de recolher o imposto devido, o lançamento de ofício exige os valores não recolhidos com as multas cabíveis.

É importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA, bem como as decisões dos Tribunais apontados pelo autuado não vinculam os atos administrativos dessa unidade federativa.

Em consonância com o Acórdão JJF Nº 0018-03/14, que tem como relator Arivaldo de Sousa Pereira, verifico que a aplicação da multa constante da infração 1 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 nº 9.430/96 e art. 16, inciso I da Resolução CGSN Nº 30 de 07/02/2008.

Segue o restante voto do aludido Acórdão, que fica incorporado ao presente.

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 [HYPERLINK](http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Leis/Ant2001/lei943096.htm) "http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Leis/Ant2001/lei943096.htm" Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 , com a Redação dada pela [HYPERLINK](http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Leis/2007/lei11488.htm) "http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Leis/2007/lei11488.htm" 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 cinquenta 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 indicar 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, a 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 adequada a referida multa aplicada na infração 02, para 75%.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, cabendo a modificação da multa da infração 2 para 75%.

Com respaldo no art. 169, I, "b" do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF-BA/1999), o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 135 a 139, no qual inicia aduzindo a tempestividade da peça e sintetizando os fatos até então ocorridos.

Alega, em seguida, que as Declarações do Simples Nacional (DASN) devem estar em consonância com as reduções Z, sob pena de restar violada a verdade material. Entende que a análise das reduções Z para a constatação da omissão de que trata a infração 02 é essencial, mais importante inclusive do que a verificação pura e simples das DASN.

Sustenta que o lançamento de ofício é confuso, absurdo e nulo de pleno direito, "vez que o demonstrativo elaborado pela agente de tributos choca de forma crassa e frontal com as reduções Z fornecidas pela própria empresa". Argumenta que nenhuma venda a cartão foi considerada pela Fiscalização, que teria computado como a dinheiro operações efetuadas com cartões de crédito ou débito.

Requer diligência e encerra pleiteando o provimento do apelo.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 143 a 146, da lavra do Dr. Raimundo Luiz Andrade, após refutar a tese de nulidade, registra que, em se tratando de presunção legal, cabe ao interessado apresentar as eventuais provas desconstitutivas, extintivas ou modificativas do direito que o Estado alega ter.

O fiscalizado não trouxe apontamentos específicos, tendo tão somente aduzido, em caráter genérico, o cumprimento das obrigações principais, apesar do recebimento de todos os documentos necessários para o exercício da ampla defesa.

Assim, opina pelo Não Provimento da irresignação.

VOTO

É preciso que se esclareça a natureza e a metodologia da apuração do imposto ora exigido, para que não restem confundidos institutos de naturezas distintas, como parece ter acontecido no Recurso em análise.

Primeiramente, a Fiscalização efetuou o cotejo das vendas por intermédio de cartões informadas pelas administradoras com aquelas efetivamente constatadas nos documentos fiscais do

contribuinte, relacionadas no CD de fl. 48.

Conforme os tais documentos, emitidos pelo fiscalizado, em regra, não existiram vendas a cartão, com exceção de alguns meses, consoante se pode constatar nas colunas "*DOCUMENTOS EMITIDOS COM VENDA ATRAVÉS DE CARTÃO*" e "*DOCUMENTOS EMITIDOS COM OUTRAS FORMAS DE PAGAMENTO*", de fls. 10, 17 e 24.

Configurada, por conseguinte, a presunção do art. 4º, § 4º, VI da Lei nº 7.014/1996, restando invertido o ônus da prova, caberia ao acusado, no sentido de consubstanciar as suas pretensões por meio de provas, apresentar cupons ou notas fiscais com coincidências de valores e datas em relação aos dados constantes dos Relatórios Diários de Operações TEF, que recebeu (recibo de fl. 47 e mídia em CD de fl. 48).

Uma vez apuradas as receitas omitidas, foram tomadas as Declarações do Simples Nacional (DASN) tão somente para calcular novos patamares de tributação do Simples Nacional (receitas), assim como os percentuais adequados, motivo pelo qual não têm pertinência as razões apresentadas pelo recorrente, que misturam reduções Z com DASN.

Não prospera a alegação de que as Declarações do Simples Nacional (DASN) devem estar em consonância com as reduções Z, pois quem preencheu ambos os documentos foi o próprio auditado.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

No mérito, as reduções Z, tantas vezes citadas, não se prestam aos fins desejados pelo sujeito passivo, uma vez que os destaques constantes das mesmas como vendas por meio de cartões resultam de preenchimentos meramente manuais dos operadores das máquinas, quando da realização das operações. Ou seja, no instante em que o cliente efetua o pagamento, é o preposto do contribuinte que informa o meio, e tal informação, com a devida licença, não goza da presunção legal de veracidade.

Em tais condições, os documentos hábeis no sentido de elidir as acusações seriam notas ou cupons fiscais cujos valores e datas guardassem correspondência com os constantes dos Relatórios Diários de Operações TEF.

Em face do exposto, voto pelo DESPROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 011275.0003/13-8, lavrado contra **SLAY COMERCIAL LTDA. (SPLASH)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$49.029,73**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35, da Lei Complementar nº 123/2006, c/c art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/1996, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de julho de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS