

PROCESSO - A. I. Nº 130576.0002/14-8
RECORRENTE - C.S. PINHEIRO & CIA. LTDA. - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0108-05/16
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26/12/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0243-12/16

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. REGIME UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. **a)** RECOLHIMENTO A MENOR. A Infração 1 é mera decorrência da Infração 2. Não tem respaldo nos autos a alegação empresarial de que não foram deduzidos os valores recolhidos pela empresa, pois a Coluna “I” do Anexo 3 o evidencia. Mantida decisão recorrida; **b)** OMISSÃO DE RECOLHIMENTO. A autuada limitou-se a tecer uma negativa geral do ato que lhe foi imputado, sem especificar a sua divergência, nem mesmo indicando quais seriam os dados que entende estarem incorretos. Chega, ainda, a admitir a ocorrência de fato modificativo (“venda a crédito registrada como venda à vista”) sem carrear qualquer prova ao processo que pudesse amparar as suas alegações. Infração caracterizada. Para duplicar a multa para 150% é necessário que esteja caracterizado, nos autos, o dolo, elemento subjetivo que não pode ser presumido, devendo ficar demonstrado e comprovado, o que não ocorreu. Acatada a alegação defensiva e reduzida a multa para 75%. Rejeitada a arguição de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2014, que trouxe a exigência do ICMS no valor histórico total de R\$82.306,23 (oitenta e dois mil, trezentos e seis reais e vinte e três centavos) em decorrência do cometimento de duas infrações, conforme segue:

Infração 01 – 17.02.01: Efetuiu recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pela Microempresas e Empresas de Pequeno Porte- Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte de ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, infringindo o Art. 21, I, da Lei Complementar nº 123/06. Valor: R\$10.682,44.

Infração 02 – 17.03.02: Omissão de saída 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 e administradora de cartões – Sem dolo, infringindo o disposto no Art. 18 e Art. 26, I da Lei Complementar nº 123/06, c/c § 4º do Art. 4. Valor: R\$71.623,79.

O autuado apresentou impugnação às fls. 59 a 62, pedindo pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

Posteriormente foi prestada a informação fiscal (fls. 70 a 73), sendo feito a juntada das reduções Z e com isso o contribuinte teve um prazo de 10 dias para manifestação, que apresentou às fls. 164 a 166 clamando por um prazo maior além do que lhe foi concedido.

O processo seguiu para o julgamento em primeira instância, tendo os julgadores de piso acatado o pedido do autuado e encaminhado o processo em diligência, para que fosse lhe oferecido um novo prazo de 60 dias para manifestação, caso fosse de seu interesse.

Assim foi feito, foi realizada nova manifestação pelo autuado, em seguida foi prestada nova informação fiscal pelo autuante, ambos sustentando as suas teses.

Ato contínuo, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal apreciou a lide no dia 16/06/2016, tendo decidido pela Procedência do Auto de Infração, em decisão unânime, nos termos a seguir reproduzidos:

VOTO

Quanto à arguição de nulidade por cerceamento do direito de defesa, ao fundamento de que não foram entregues os documentos que deram base à autuação, é importante que se diga que consta, à folha 53, um recibo de entrega das Reduções “Z”, dos arquivos TEF e das planilhas utilizadas para instruir o presente processo, devidamente assinado (o recibo) por preposto do sujeito passivo.

Ademais, a autoridade fiscal acostou ao processo, no bojo de sua informação fiscal, cópias das Reduções “Z”, conforme folhas 74 a 157, fato que acabou por sanar qualquer irregularidade eventualmente existente, pois esta Junta baixou o presente processo em diligência (folha 176) com vistas à reabertura do prazo de defesa, em atendimento ao pedido do contribuinte, o que foi atendido às folhas 179 a 180.

Vê-se, assim, que todas as peças que instruíram o presente lançamento foram devidamente entregues à autuada, sendo descabido suscitar-se cerceamento do direito de defesa, alegação que não acolho.

Quanto ao questionamento acerca da impossibilidade de se estribar a autuação exclusivamente nos arquivos TEF's, noto que tais informações se fizeram acompanhar por outros meios de prova, com os quais a TEF foi confrontada com vistas a apurar eventuais omissões, traduzindo-se como uma metodologia idônea a apurar saída de mercadorias sem emissão do correspondente documento fiscal, em conformidade com o que disciplina o art. 4º, § 4º, inciso VI, alínea “b” da Lei 7.014/96.

Rejeito, portanto, as arguições de nulidade suscitadas.

Quanto ao mérito, noto que são duas infrações que decorrem de um fato único, a omissão de receitas obtidas mediante as vendas com cartão, conduta que foi tipificada na Infração 02. A Infração 01 é, por sua vez, mera consequência da conduta descrita na Infração 02 na medida em que resultou do recálculo do imposto devido a partir da soma das receitas omitidas (infração 02) a receitas declaradas, apurando-se a diferença.

Nesse sentido, vou tratá-las levando em consideração que a caracterização da infração 02 é prejudicial de mérito da infração 01, pois sem a constatação da omissão imputada na Infração 02 não se realiza o tipo previsto na Infração 01.

Sendo assim, faz todo o sentido julgar primeiramente a Infração 02 para, só depois, fazer a abordagem da conduta tipificada na Infração 01. É o que passo a fazer.

Quanto à Infração 02, a autoridade fiscal imputou ao sujeito passivo a prática de “Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões ...”. a autuada se opõe ao lançamento, alegando que a acusação fiscal não procede, pois assegura que jamais omitiu qualquer saída de mercadorias, admitindo a possibilidade de ocorrido “venda à crédito registrada como venda à vista, conforme se pode depreender da leitura de trecho da sua peça defensiva, à folha 62, abaixo transcrito.

“Tal afirmativa, decorre de uma presunção fiscal que não se configura, uma vez que a Requerente jamais omitiu qualquer saída de mercadorias, o que supostamente e eventualmente poderia ter acontecido, era a venda à crédito ter sido registrada como uma operação de venda à vista, o que pode ser confirmado pela análise criteriosa de um fiscal estranho ao feito, junto aos equipamentos dos cupons fiscais.”

Examinando os autos, noto que a autoridade fiscal descreveu adequadamente a conduta infratora, tendo anexado os demonstrativos de apuração da base de cálculo, conforme anexos 1, 2 e 3 (folhas 12 a 18). Nos demonstrativos auxiliares citados, noto que a autuante identifica os valores informados pelas Administradoras de Cartão (ANEXO 1, Coluna “A”) e os compara com aqueles constantes das Reduções “Z” emitidas (ANEXO 1, Coluna “B”), tendo apurado as divergências (ANEXO 1, Coluna “D”) e apurado a base de cálculo (ANEXO 2, Coluna “R”), do imposto devido levando em consideração a proporcionalidade (ANEXO 1, Coluna “E”), das operações do contribuinte.

Desincumbiu-se, assim, do seu ônus processual de evidenciar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária inadimplida, cabendo ao sujeito passivo carrear provas ao processo no sentido de sustar a exigência fiscal.

A autuada limitou-se, contudo, a tecer uma negativa geral do ato que lhe foi imputado, sem especificar a sua divergência, nem mesmo indicando quais seriam os dados que entende estarem incorretos. Chega, ainda, a

admitir a ocorrência de fato modificativo (“venda a crédito registrada como venda à vista”) sem carrear qualquer prova ao processo que pudesse amparar as suas alegações.

Entendo, por isso, que restou provada a conduta infratora, pois a insurgência empresarial mostrou-se inapta a afastar as provas apresentadas pelo fisco.

Quanto à multa aplicada (150%), que foi objeto de contestação, penso que assiste razão ao sujeito passivo, pois a sua aplicação à infração 02 é consequência da omissão de receita apurada, tendo sido indicado o percentual de 150%, com base no art. 35 da LC 123/06 combinado com o art. 44, I da Lei 9.430/96.

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 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 a multa é 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.

Ora, para se aplicar o mencionado dispositivo legal de forma a duplicar a multa para 150% é necessário que esteja 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 teria motivado a duplicação da multa exigida.

Assim, considerando as definições referentes à sonegação, fraude e conluio constantes dos artigos 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, a ensejar a aplicação da multa no percentual de 150%, devendo ser reduzida para 75%.

Quanto à infração 01, imputa ao sujeito passivo a prática de “Efetuar recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação 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 de alíquota aplicada a menor ...”. O sujeito passivo se opôs, igualmente, ao lançamento, negando a conduta que lhe foi atribuída. Alega, ainda, que a autuante não deduziu os valores do imposto recolhido pela autuada, conforme se depreende da leitura de trecho da sua peça defensiva, à folha 61, abaixo transcrito.

“A realidade é que ao aplicar alíquota prevista pelo SIMPLES, o autuante não levou em conta o ICMS recolhido pelo contribuinte pelo Simples Nacional, conforme pode ser comprovado nos arquivos da própria Secretaria Estadual da Fazenda.”

Conforme já explicitado, a conduta tipificada na Infração (em que pese possuir uma numeração menor) é mera decorrência do ilícito tipificado na Infração 02, tendo a autuante agregado a receita omitida ao total da receita declarada, mediante a DASN. Sobre o novo total obtido, recalculou o ICMS devido em cada um dos meses indicados.

Assim, o exame dos autos revela que a autoridade fiscal descreveu a conduta infratora e explicitou a metodologia de apuração da base de cálculo às folhas 17 e 18. Nos demonstrativos auxiliares citados, noto que a autuante identifica os novos valores de receita total apurados (ANEXO 3, Coluna “D”), bem como o imposto devido (ANEXO 3, Coluna “H”) e o imposto recolhido (ANEXO 3, Coluna “I”). Nas colunas “O” e “P”, do anexo citado, constam os valores da base de cálculo e do tributo que está sendo exigido. Como se pode ver, não tem respaldo nos autos a alegação empresarial de que não foram deduzidos os valores recolhidos pela empresa, pois a Coluna “I” do Anexo 3 o evidencia.

Desincumbiu-se, assim, a autuante do seu ônus processual, cabendo ao sujeito passivo carrear provas ao processo no sentido de sustar a exigência fiscal.

Embora tenha negado a conduta, a autuada não logrou êxito em elidir a acusação fiscal, deixando de provar algum fato obstativo. Entendo, por isso, que restou, igualmente, provada a conduta infratora, pois a insurgência empresarial mostrou-se inapta a afastar as provas apresentadas pelo fisco.

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE o Auto de Infração, com correção da multa aplicada em relação à infração 2 de 150% para 75%.

Inconformado e com fulcro no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/99 (RPAF/Ba), o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário tempestivo (fls. 224 a 228).

Ressalta em tese preliminar que houve cerceamento de defesa e o descumprimento do devido processo legal, quando a Junta de Julgamento Fiscal rejeitou os argumentos de defesa, não trazendo nenhuma informação relevante que justificasse ou mesmo fundamentasse o descumprimento de previsões legais relativas às formalidades procedimentais. Entende que também foi ferido o princípio da verdade material quando lhe foi negado o pedido de realização de diligência.

Genericamente aduz que não foi levado em conta no julgamento de base a ausência de critérios objetivos na apuração da base de cálculo, tendo em vista a natureza das operações (se em crédito ou débito).

Alega que existe previsão legal que autoriza o uso de presunções e que estas devem obedecer às exigências legais concernentes ao roteiro da fiscalização, devendo ser utilizadas em última hipótese, sempre quando esgotadas as possibilidades ordinárias de apuração do *quantum debeatur*, nos termos do Art. 142 do CTN.

Requer diligência e/ou que seja decretado à nulidade do julgamento de piso.

Sem parecer da PGE/PROFIS em razão do valor do crédito tributário exigido.

O Conselheiro Luiz Alberto Amaral de Oliveira, nos termos do art. 40, § 1º, do Regimento Interno do CONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99, estava impedido da análise do processo, por ter sido o Relator do julgamento da instância inferior.

VOTO

Trata-se de empresa de pequeno porte, que atua no ramo comercial de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios, e que oferece tributação à sua Receita Bruta pelo Regime Tributário Diferenciado, simplificado e favorecido as Micros e Pequenas Empresa, previsto na Lei Complementar nº 123/06 (também conhecido como Simples Nacional), pelo anexo I (Comércio) da referida norma legal, tendo sido acusada de cometer irregularidades no âmbito do ICMS no exercício de 2013 e por essa razão com o objetivo de se defender em segunda instância, apresenta o seu Recurso Voluntário.

Informa o autuante na descrição dos fatos que as irregularidades foram encontradas do confronto entre os valores das vendas em cartão de crédito/débito, registrados nos documentos fiscais apresentados pelo contribuinte e os valores das vendas em cartão informados à SEFAZ/BA pelas administradoras de cartão, através do sistema TEF (transferências eletrônica de fundos). Do resultado desse confronto foi apurado o valor da receita proveniente das vendas em cartão sem emissão dos respectivos documentos fiscais, configurando omissão de saídas de mercadorias tributadas. Ficando constatada a citada omissão, procedeu com o levantamento da receita total da empresa, acrescentando ao valor integral das vendas emitidas nas reduções Z, apresentadas pelo contribuinte. Obtendo-se a receita total, foi feita a segregação da receita proveniente das vendas de mercadorias com substituição tributária para encontrar a base de cálculo de cobrança do imposto devido através do AUDIG (auditoria digital da Sefaz) que assim sendo, trouxe o ICMS devido e resumido nas duas infrações.

De início, afasto o pedido de nulidade do Auto de Infração, no qual o defendente alegou cerceamento de defesa pela rejeição da JF, do pedido de perícia e diligência e com fulcro no art. 147, inciso I, “a” do RPAF/99, também indefiro, em sede de Segunda Instância, essa nova solicitação, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

Da análise das peças processuais, há de se salientar que o lançamento de ofício do crédito tributário preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, a qual foi plenamente exercida, uma vez que a infração foi devidamente tipificada e documentada.

Adentrando no mérito, as duas infrações referem-se a suposto erro no cálculo do Simples Nacional elaborado pelo contribuinte, seja por omissão de saída de mercadoria tributada (infração 2), seja por recolhimento a menor do ICMS declarado, por erro na informação da receita e/ou alíquota (infração 1). Por esta razão, o resultado do levantamento da infração 2 influencia no da anterior, já que a diferença de faturamento omitida (conforme veremos a seguir) impactou na receita bruta acumulada dos últimos 12 meses, que acabou alterando a faixa de tributação do contribuinte no Simples Nacional e com isso majorando o percentual de ICMS devido no Regime Simplificado.

O autuante coletou do contribuinte as reduções Z e os extratos do Simples Nacional. Também auferiu informações do sistema interno da SEFAZ (AUDIG), que traz a auditoria digital baseado na receita bruta de vendas (informações estas recebidas através das reduções Z) e com a reunião de todos esses documentos e arquivos colocou-os em confronto com o relatório TEF (Transferência Eletrônica de Fundos), enviadas pelas administradoras de cartões de crédito e débito, isso referente ao ano calendário de 2013.

Do cruzamento realizado entre as informações registradas na ECF's apresentados pelo contribuinte com as informações enviadas pelas administradoras de cartões, através do sistema TEF, foi identificado que houve saídas de mercadorias sem a emissão do cupom fiscal.

A divergência acima apontada e cobrada refere-se à omissão de receita pela falta do documento fiscal correspondente – Infração 2, ficando a primeira infração como mera consequência desta conduta, tendo o autuante agregado a receita omitida ao total da receita declarada e sobre esse novo valor recalculou o ICMS devido em casa mês indicado. Desta forma, o questionamento feito pelo autuado sobre a presunção aplicada na Infração 2 não deve prosperar, pois essa forma de autuação está prevista no Inciso VII, do § 4º do Art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Por comercializar mercadorias sujeitas à substituição tributária, a nova receita encontrada foi submetida à segregação, para separar o montante de vendas sujeitas à substituição daquelas vendas onde que foi considerada a base de cálculo do imposto cobrado. Essa proporcionalidade foi aplicada com base na segregação realizada pelo próprio autuado, por meio da DASN.

O autuado em seu Recurso Voluntário não apresentou nenhum documento, planilha e/ou demonstrativo elucidativo, que contasse a seu favor. Questiona a apuração do levantamento fiscal realizada, porém não foi capaz de demonstrá-lo de forma a contradizer a veracidade da receita apurada. Seguindo o disposto no Art. 142 do RPAF/Ba, abaixo reproduzido, não me resta escolha senão recusá-lo.

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.

No que tange a multa aplicada da segunda Infração vejo que está em desacordo com o que determina o art. 44, inciso I da Lei nº 4.930/96. A multa estabelecida por essa norma legal e para este tipo de Infração é de 75% e não de 150% e por esta razão, acompanho decisão da JJF, abaixo reproduzida, para reduzir, na mesma proporção.

(...)

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 a multa é 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.

Ora, para se aplicar o mencionado dispositivo legal de forma a duplicar a multa para 150% é necessário que esteja 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 teria motivado a duplicação da multa exigida.

Assim, considerando as definições referentes à sonegação, fraude e conluio constantes dos artigos 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, a ensejar a aplicação da multa no percentual de 150%, devendo ser reduzida para 75%. (...).

Diante 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 **130576.0002/14-8**, lavrado contra **C.S. PINHEIRO & CIA. LTDA. - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$82.306,23**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35, da Lei Complementar nº 123/06 c/c 44, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação da pela Lei nº 11.488/2007, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS