

A. I. Nº - 130576.0002/14-8
AUTUADO - C S PINHEIRO & CIA LTDA. – ME
AUTUANTES - JOSENINA CAMPOS TEIXEIRA OLIVEIRA
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 19.07.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0108-05/16

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. REGIME UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. **a)** RECOLHIMENTO A MENOR. A Infração 01 é mera decorrência da Infração 02. 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. Infração caracterizada; **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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2014, exige ICMS no valor histórico de R\$82.306,23, além de multa e dos acréscimos moratórios, em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 01 – 17.02.01: Efetuou 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, nos meses de fevereiro/2013 a dezembro/2013. Valor do ICMS: R\$10.682,44. Multa proposta de 75%; Consta que: “Trata-se de empresa na condição de ME optante pelo Simples Nacional. Nos (sic) exercício de 2013, estabelecemos o 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 de crédito/débito informados à SEFAZ/BA pelas administradoras de cartão através do sistema TEF (Transferência Eletrônica de Fundos). Trata-se de (sic). Do resultado desse confronto, apuramos o valor da receita proveniente das vendas em cartão sem emissão dos respectivos documentos fiscais, configurando omissão de saídas de mercadorias tributadas.”

Constatada a omissão acima, procedemos ao levantamento da receita total da empresa, acrescentando ao valor integral das vendas emitidas nas reduções “Z”, apresentadas pelo Contribuinte, o valor da omissão apurada. Como se trata de empresa que comercializa produtos da substituição tributária, essa nova receita foi submetida à segregação para separar o montante da receita proveniente das vendas dos produtos da substituição (tributados antecipadamente), do

montante da receita que será a base para o cálculo do imposto devido. Para tanto, utilizamos a relação de proporcionalidade existente entre as compras com substituição e as compras sem substituição tributária registradas no SINTEGRA (Sistema integrado de informações sobre operações interestaduais com mercadorias e serviços). Apurado o valor do ICMS devido, este foi confrontado com o valor do ICMS declarado nos Extratos do Simples Nacional e constatado que houve recolhimento a menor no ano de 2013 no valor de R\$ 10.682,44 e omissão de vendas de cartão no valor de R\$71.623,79;

Infração 02 – 17.03.02: 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, nos meses de fevereiro/2013 a dezembro/2013. Valor do ICMS: R\$71.623,79. Multa proposta de 150%. Consta que: “Trata-se de empresa na condição de ME optante pelo Simples Nacional. Nos (sic) exercício de 2013, estabelecemos o 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 de crédito/débito informados à SEFAZ/BA pelas administradoras de cartão através do sistema TEF (Transferência Eletrônica de Fundos). Trata-se de (sic). Do resultado desse confronto, apuramos o valor da receita proveniente das vendas em cartão sem emissão dos respectivos documentos fiscais, configurando omissão de saídas de mercadorias tributadas.

Constatada a omissão acima, procedemos ao levantamento da receita total da empresa, acrescentando ao valor integral das vendas emitidas nas reduções “Z”, apresentadas pelo Contribuinte, o valor da omissão apurada. ...Como se trata de empresa que comercializa produtos da substituição tributária, essa nova receita foi submetida à segregação para separar o montante da receita proveniente das vendas dos produtos da substituição (tributados antecipadamente), do montante da receita que será a base para o cálculo do imposto devido. Para tanto, utilizamos a relação de proporcionalidade existente entre as compras com substituição e as compras sem substituição tributária registradas no SINTEGRA (Sistema integrado de informações sobre operações interestaduais com mercadorias e serviços), apurado o valor do ICMS devido, este foi confrontado com o valor do ICMS declarado nos Extratos do Simples Nacional e constatado que houve recolhimento a menor no ano de 2013 no valor de R\$ 10.682,44 e omissão de vendas de cartão no valor de R\$71.623,79.

A autuada apresenta impugnação às folhas 59 a 68, mediante a qual contesta o presente lançamento, deduzindo as razões a seguir.

Suscita, preliminarmente, a nulidade por cerceamento do direito de defesa ao argumento da falta de entrega de demonstrativos/planilhas, referentes às movimentações supostamente recebidas das operadoras de cartão de crédito e débito. Argumenta que o princípio da segurança jurídica exige que qualquer documento apresentado, por qualquer meio, seja devidamente autenticado, para que seja evitada qualquer alteração do conteúdo em favor de qualquer das partes, seja ela autuante ou autuado. Nesse sentido, faz menção ao artigo 44 do RPAF, que prevê que o Auto de Infração será lavrado em três vias, uma das quais será encaminhada ao autuado. Afirma que o dispositivo regulamentar citado também prevê, em seu art. 46, cujo teor reproduz. Cita, ainda, o § 3º do artigo 3º do RPAF, cujo texto reproduz em apoio ao seu ponto de vista.

Alega que o auditor fiscal não observou essa determinação regulamentar e apresentou apenas os relatórios e planilhas com informações incompletas, sem os documentos de suporte à autuação (papéis de trabalho). Defende que a análise minuciosa deste material é de extrema importância à realização da sua ampla defesa, em especial por conta de solicitação dos seus assessores jurídicos.

Em sendo assim, requer, caso decida esta Junta em não tornar nulo o Auto de Infração, que lhe sejam fornecidos todos os relatórios impressos comprobatórios das infrações apuradas e que lhe seja reaberto o prazo para efetuar a sua defesa de posse de toda a documentação instrutória do lançamento, sob pena de cerceamento de defesa.

No mérito, em relação à Infração 01, afirma não existir nenhuma procedência de que o contribuinte efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Simples Nacional,

pois, explica, se o autuante verificar os dados da arrecadação da impugnante, cujos valores garante estarem registrados na própria Secretaria da Fazenda, verá que a ação fiscal não procede. Afirma que a autuação é resultado de uma presunção fiscal.

Alega 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. Entende que o estabelecimento jamais poderia ser punido, pois o autuante não identificou com precisão a infração conforme preceitua o artigo 18 do Regulamento do ICMS, o que reforçaria a tese de nulidade em todo o processo.

Com relação à Infração 02, afirma que a acusação fiscal 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 a crédito ter sido registrada como uma operação de venda à vista, o que pode ser confirmado pela análise criteriosa por um fiscal estranho ao feito, junto aos equipamentos dos cupons fiscais.

Conclui a sua peça impugnatória, requerendo que o Auto de Infração, seja declarado nulo, conforme argüição preliminar, ou que seja considerada improcedente, por estar alicerçado em total desamparo e contradição aos elementos comprobatórios ora suscitados, prejudicando de forma inquestionável a aplicabilidade dos dispositivos legais utilizados na fixação da base de cálculo, gerando um levantamento fictício e sem sustentação legal, pois não amparado nos ditames da lei, acarretando um claro e irrecuperável prejuízo para o Autuado.

Requer, por fim, o direito de provar tudo quanto aqui alegado, por todos os meios admitidos em direito. Principalmente por diligência da ASTEC ou por perícia técnica designada por este órgão de revisões fiscais, na melhor forma da lei, especialmente quando apresentadas as planilhas relativas aos relatórios fornecidos pelas operadoras de Cartão de crédito/débito.

Nestes termos, pede deferimento.

Às folhas 70 a 73, a autuante presta a sua informação fiscal, aduzindo o que segue.

Explica, inicialmente, que a Infração 01 está tipificada como não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita/ou alíquota aplicada a menor. Prossegue, afirmando que a infração por erro na informação da receita se dá quando a receita declarada é inferior à receita encontrada nos documentos fiscais. Quanto à infração por erro, ocorre na aplicação da alíquota menor que a alíquota correspondente à faixa das doze últimas receitas especificadas no anexo I, da Lei 123/06.

Quanto à Infração 02, explica que está tipificada como 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.

Quanto à alegação defensiva de nulidade por ausência de entrega dos documentos que embasaram a ação fiscal, assegura que tal alegação não procede, tendo em vista o que consta à folha 11 do AI e o relatório de informações TEF 2013 e à folha 51, onde consta o mesmo relatório em arquivo magnético, conforme recibo eletrônico à folha 53.

Prossegue, afirmando que o processo cumpre todas as exigências formais do direito e do RPAF, como autenticações, entrega de planilhas/demonstrativos, mídia/declarações, extratos do simples nacional, etc. Informa que os papéis de trabalho requeridos pela autuada constam das folhas 11 a 52, deixando de existir apenas as reduções Z que já constam em planilha. Afirma que faz juntada das cópias para que retratem a veracidade dessas planilhas.

Explica que o procedimento utilizado para a apuração do débito, fez uso do programa de fiscalização, aprovado e homologado pela SEFAZ/BA, para ser aplicado aos contribuintes do Simples Nacional (AUDIG) Auditoria Digital, com a explanação do conteúdo dos relatórios elaborados por este programa, anexados às folhas 12 a 18 deste PAF.

Transcreve o Art. 33 da Lei 123/06, para evidenciar a base normativa de sua competência para feitura do lançamento.

Explica que a apuração do débito compreende 3 etapas: 1) Levantamento da receita proveniente das vendas de mercadorias; 2) Cálculo do valor do ICMS devido; 3) Determinação do valor do débito através do confronto entre o valor do ICMS devido e o ICMS declarado.

Quanto à primeira etapa acima, explica que estabeleceu, inicialmente, o confronto entre os valores das vendas em cartão de crédito/débito, registrados nos documentos fiscais apresentados pelo contribuinte, conforme planilhas elaboradas (folhas 50 a 106) e os valores das vendas em cartão, através do sistema TEF - Transferência Eletrônica de Fundos (folhas 14 a 16). Do resultado desse confronto, informa que apurou, por presunção legal, o valor da receita proveniente das vendas em cartão, sem emissão das respectivas notas fiscais.

Prossegue, explicando que, constatada a omissão acima, procedeu ao levantamento da receita total da empresa, acrescentando ao valor integral das vendas (cartão + outros), apresentadas pelo contribuinte, o valor da omissão apurada. Como se trata de empresa que comercializa produtos da substituição tributária, essa nova receita foi submetida à segregação para separar o montante da receita proveniente das vendas dos produtos da substituição (tributados antecipadamente) do montante da receita que será a base de cálculo para apurar o imposto devido.

Quanto à segunda etapa (Cálculo do valor do ICMS devido), explica que a base de cálculo encontrada foi submetida às alíquotas constantes do Anexo I da Lei 123/2006 do Simples Nacional, para apurar o ICMS devido.

Já na terceira etapa, (determinação do valor do débito através do confronto entre o valor do ICMS devido e o ICMS declarado), explica que, apurado o valor do ICMS devido, este foi confrontado com o valor do ICMS declarado, gerado nos extratos do Simples Nacional, de forma que, durante o período fiscalizado, o contribuinte acumulou diferenças de ICMS a recolher conforme folha 17. As diferenças de ICMS a recolher, determinadas mensalmente, foram desmembradas por infração como demonstra o relatório à folha 18.

Ressalta, ainda, que as informações das administradoras de cartão, apesar de não serem documentos fiscais, são documentos legitimados pelo Convênio ECF 01/01, o qual dispõe sobre informações do faturamento de estabelecimento usuário de ECF, prestadas por administradoras de cartão de crédito às Secretarias Estaduais de Fazenda, devidamente autorizadas pelo contribuinte. Pede que seja julgado procedente o auto de infração.

Às folhas 164 a 166, a autuada apresenta manifestação, deduzindo o que segue.

Alega que o prazo de dez dias concedido para que pudesse se manifestar é incompatível com a sua demanda, que não é a de simples apresentação de documentos, pois exige uma análise pormenorizada de documentos que deveriam ter sido apresentados quando da intimação do contribuinte da lavratura do Auto de Infração, o que não foi feito, cerceando a defesa do contribuinte.

Alega, por outro lado, que a fiscalização por meio de TEF carece de subscrição apropriada que valide as informações supostamente prestadas por instituições financeiras. Afirma que tais informações, quando carecedoras de subscrição, possuem em sua gênese o vício insanável, maculando o Auto de Infração à nulidade, porquanto, ausentes os requisitos necessários à validade da prova, ou substrato utilizado para fins de se apurar o *quantum debeatur*.

Assevera restar patente que a autuação fiscal deixou de apurar a proporcionalidade e/ou a realidade fático-econômica dos eventos econômicos sujeitos à incidência do ICMS, e demais mecanismos previstos no RPAF como autorizativos da utilização de dados virtuais (TEF) para fins de pautar toda matéria tributável, conforme amplamente discutido na impugnação ao Auto de Infração.

Argumenta que, conquanto o Convênio ECF 01/01 sirva de instrumento à fiscalização, este não pode ser utilizado com exclusividade na apuração fiscal, pois configura meio apócrifo de se verificar a consistência dos eventos econômicos tributáveis, porquanto existem meios mais eficientes que servem de apoio aos Roteiros de Auditoria.

Por fim, pugna pela nulidade do Auto de Infração, nos termos da impugnação apresentada, bem como, entendendo que não existe má fé da fiscalização na apresentação de novos documentos,

requer a adequação do prazo para o atendimento da intimação, concedendo ao contribuinte um prazo total de 30 dias, compatível com a extensão e complexidade da demanda e em consonância com o estabelecido no RPAF-BA.

Nestes Termos, pede deferimento.

Às folhas 169 a 173, a autuante presta uma nova informação fiscal, aduzindo os seguintes argumentos.

Quanto à alegação defensiva de que o prazo para manifestação é exíguo, afirma que não assiste nenhuma razão à empresa autuada, pois é o prazo previsto no RPAF/BA, em seu art. 23, cujo texto transcreve.

No tocante às informações financeiras dos cartões de débito e crédito fornecidas pelo sistema TEF e a sua validade legal, afirma que não merece ser acolhida a tese empresarial uma vez que a Lei Complementar nº 105/01, que dispõe acerca do sigilo das operações financeiras assegura, no caput do seu artigo 5º o seu acesso às administrações fazendárias.

Após transcrever o texto legal, conclui que, da interpretação do referido dispositivo, fica clara a autorização do legislador acerca da utilização do referido meio de apuração pelas instituições Administrativas fiscais, o que legitima o uso das informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito e débito para apuração de possível inconsistência de natureza tributária. Ademais, argumenta que se trata de apurações documentais tradicionalmente utilizadas pelo Fisco Estadual, que, nas suas atividades, zela pelo comprometimento moral e, na qualidade de órgão público, goza, no exercício de suas atribuições, de presunção de legitimidade e veracidade, devendo tal prerrogativa ser considerada na questão.

Ressalta que o Administrativo Estadual sempre busca utilizar-se dos meios que lhe são cabíveis para realizar as suas competências, dentro da estrita legalidade e moralidade constitucionalmente exigidas. Transcreve o texto da Cláusula Primeira do Convênio ECF 01/98, que dispõe sobre a obrigatoriedade de uso de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) por estabelecimento que promova venda a varejo e prestador de serviço para apoiar a idéia de que a queixa da autuada não tem respaldo legal.

Por fim, conclui que não existem motivos fáticos que devam levar à anulação do Auto de Infração, por estar pautado exclusivamente na lei e por ter sido conduzido com extrema minúcia e observação aos preceitos legais pelo agente público que subscreve o presente documento.

Considerando que as reduções “Z” constituem-se em elemento de prova fundamental para evidenciar, mediante comparativo, o recolhimento a menor do imposto, relativamente à infração 02 e que, portanto, deveriam fazer parte do processo desde o seu nascêdouro, a 2ª JJF, em pauta suplementar, na sessão realizada no dia 31/03/2015, após exames das peças que compõem o presente PAF, e orientada pelo princípio da busca da verdade material, deliberou por encaminhar o presente auto de infração em diligência à INFRAZ ATACADO/DAT METRO, com vistas a intimar o contribuinte, em cumprimento ao que prevê o Art. 123 do RPAF, reabrindo-lhe o prazo de defesa, para que se manifeste, caso queira, no prazo de 60 (sessenta) dias acerca dos novos documentos acostados às folhas 74 a 157, pela autuante.

Às folhas 186 a 190, a autuada apresenta nova manifestação, reiterando os termos da sua peça inaugural de impugnação, bem como deduzindo os seguintes argumentos adicionais.

Alega que a multa prevista no inciso I do art. 44 e § 1º da Lei 9.430/96 é 75%, e não 150% como consta do lançamento. Argumenta que o percentual de 75% (de multa) só deve ser duplicado nos casos dos artigos 71, 72 e 73, e não em todos os casos, como pretende o fisco, pois entende que para tal é preciso que fique provado o dolo, a fraude ou o conluio, algo de que não se cogitou no presente auto de infração.

Assim, requer: 1) que o auto de infração seja julgado nulo; 2) caso não atendido, pede que seja deferida a diligência, para comparação dos dados do ICMS recolhido com os extratos do Simples Nacional; 3) que seja reduzida a multa da infração 03 para 75%.

Às folhas 194 a 199, a autuante presta sua terceira informação fiscal, mediante a qual reitera o conteúdo da sua primeira informação fiscal, prestada às folhas 69 a 73. Além disso, aduz que a aplicação da multa de 150% está em conformidade com a lei. Transcreve os artigos 71 e 72 da Lei 9.430/96 em apoio ao seu ponto de vista.

Defende a existência de omissão dolosa na conduta autuada, pois ao ceder os documentos fiscais não quaisquer registros das vendas feitas em cartão.

Alega que cabe à empresa provar a ausência de dolo uma vez que os atos dos agentes públicos gozam de presunção de legitimidade.

Pede a manutenção do lançamento.

É o relatório

VOTO

Quanto à argüição 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 argüições 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 transcrita.

“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 na 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 à 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 N° 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 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, impõe 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 transrito.

“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%.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PRODEDENTE o Auto de Infração nº 130576.0002/14-8, lavrado contra C S PINHEIRO & CIA LTDA. – ME devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$82.306,23, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430,96 com redação dada pela Lei nº 11.488/97.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR