

A. I. N° - 2321773036/16-7
AUTUADO - ACALI DOMINGOS DOS SANTOS-ME.
AUTUANTE - EDILSON MEIRELES DE OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21.02.2018

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0011-02/18

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. MICROEMPRESA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Infração comprovada, de acordo com o demonstrativo elaborado pelo autuante. Infração mantida. 2. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE REGISTRO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de registro de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. O sujeito passivo não elide a acusação fiscal. Modificado o percentual da multa aplicado, que passa para 75% (art. 44, inciso I, Lei 9.430/96), tendo em vista o disposto no art. 71 da Lei 4.502/64. Infração subsistente. Não acolhidas arguições de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 17/11/2016, refere-se à exigência de R\$25.272,55 de ICMS, acrescido das multas de 75% e 150%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - 17.02.01. Recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido 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 de alíquota aplicada a menos. Valor histórico autuado R\$4.342,21.

Infração 02 - 17.03.01. Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entrada, confrontado com a escrituração no livro Registro de Entradas. Valor histórico autuado R\$20.930,34.

O autuado apresenta defesa, às fls. 79 a 85, argui nulidade do lançamento alegando cerceamento de defesa, tecendo comentário sobre o contraditório e a ampla defesa, transcrevendo o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal.

Entende que da descrição elaborada pelo Fisco, não se permite ao contribuinte identificar a origem do suposto crédito tributário ora exigido, impossibilitando por completo o exercício do direito ao contraditório e a ampla defesa.

Aduz que a descrição fática não está em conformidade com o procedimento adotado para apurar o ICMS na infração, visto que conforme a empresa apresenta cópias dos DAE's de recolhimentos, onde nos respectivos documentos encontra-se, no seu campo de observações, a numeração de todas as notas fiscais/DANFES devidamente identificadas, e devido a isto se comparou que houve recolhimentos em alguns meses, divergindo totalmente dos demonstrativos elaborados.

Destaca que: “*O CONSEF já pacificou decisões de NULIDADES em julgamentos semelhantes, como podemos citar o acordo de uma outra empresa, julgado pela 5ª JJF, Acordão JJF No 0397-05/09, dando razões para o contribuinte e anulando-se assim a autuação fiscal.*”

Ressalta que na fiscalização a empresa apresentou seus livros de Registro de Entradas e Saídas, a qual consta lançadas todas as notas fiscais/DANFES, acompanhado de todos os recolhimentos, a qual o SIMPLES NACIONAL é calculado pelo faturamento, divergindo assim o suposto arbitramento das receitas efetuadas pela fiscalização.

Diz que o CD/mídia recebido pelo contribuinte, não existe um demonstrativo que identifique as supostas notas que não foram recolhidos o ICMS Simples Nacional, o que consequentemente gera um cerceamento de defesa, e assim a aplicação da nulidade do auto. Na situação caberia elaborar os demonstrativos claros de forma que o contribuinte pudesse identificar as supostas Notas/Danfes não recolhidos e não simplesmente demonstrativos sintéticos, extraíndo-se do c/c da SEFAZ o valor bruto recolhido e abatendo-se o suposto crédito tributário levantado.

Acrescenta que, ante a inexistência nos autos de elementos suficientes para determinação com segurança do cometimento da infração, com repercussão no exercício da ampla defesa do sujeito passivo, a empresa requer deste Egrégio CONSEF a NULIDADE do A.I. por ter sido violado o art. 18, incisos II, IV, alínea “a”, do RPAF/99, motivo que o lançamento em lide deve ser julgado NULO.

Quanto ao mérito, aduz que a análise do mérito fica parcialmente prejudicada em razão da inexistência do crédito tributário, por cerceamento de defesa enumerado anteriormente, visto que a descrição das infrações nos termos em que está posta a legislação, por ser incompatível com forma de apuração do imposto, tendo o Auto de Infração realizado de forma imprecisa, fato este que implica sua nulidade, consoante determina o art. 18 do RPAF/99.

Ao final, requer:

- 1 - *Que seja conhecido e processado regularmente a presente Defesa pela competente Câmara de Julgamento desse CONSEF, objetivando o provimento do seu pedido, no sentido de reconhecer a nulidade do Auto de Infração, com remessa deste PAF à PROFIS, para a devida ratificação.*
- 2 - *Que as correspondências também possam ser também endereçadas ao endereço do contador.*

O autuante presta informação fiscal, fls. 89 a 91, destaca que na defesa apresentada limita-se o autuado a alegar apenas que houve o cerceamento de defesa, informando que no “CD/Mídia recebido pelo contribuinte, não existe um demonstrativo que identifique as supostas notas fiscais que não foram recolhidos o ICMS simples nacional.

Frisa que o Autuado se perdeu em sua defesa.

Aduz que à Infração 2 se refere a omissão de receitas de operações tributadas pelo ICMS, evidenciadas pela constatação de aquisições de mercadorias, bens e serviços não registrados na escrituração fiscal. Presunção autorizada conforme determina o Artigo 4º, § 4º, Inciso IV, da Lei nº 7.014/16, corroborado pelo Artigo 34º, da Lei Complementar nº 123/06.

Observa que foi entregue ao contribuinte o “**Demonstrativo P1**” (fls. 9 a 31), onde constam todas as Notas Fiscais eletrônicas – NF-e de aquisições que não foram escrituradas (registradas) nos Livros de Registros de Entradas dos exercícios de 2014, 2015 e janeiro a Outubro de 2016.

Observa ainda que constam no AI as cópias, inclusive, dos referidos livros de Registro de Entradas (fls. 32 a 74). Sendo assim, aduz que não é verdade a afirmativa do contribuinte que não recebeu o demonstrativo das notas fiscais que foi objeto da infração.

Ressalta também que o CD/Mídia constam os arquivos das NF-e de entradas (aquisições) dos exercícios de 2014, 2015 e 2016.

Quanto à **Infração 1**, em virtude da nova Receita Bruta apurada na auditoria (conforme consta na coluna D do **Demonstrativo P1** (fl.09 e 10), foi cobrado os recolhimentos do ICMS a menor em virtude de ter incorrido em erro na determinação da base de cálculo e das alíquotas aplicáveis informados nos PGDAS transmitidas, conforme **Demonstrativo P2** (fl. 11).

Reitera que todos os Demonstrativos foram apresentados ao Autuado e não justifica cerceamento de defesa.

Destaca que o autuado, na peça de sua Defesa, somente o fez no sentido de protelar a cobrança dos débitos apurados, uma defesa com desvios de mérito e erros de aplicação de Legislação. Ante o exposto, e em virtude de que a empresa não conseguiu elidir a presente acusação fiscal, solicita que seja o presente PAF julgado PROCEDENTE em sua plenitude.

VOTO

Inicialmente, não acolho a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Sobre a alegação de descrição elaborada pelo Fisco impossibilitando por completo o exercício do direito ao contraditório e a ampla defesa, a mesma não pode ser acolhida, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado mediante o Sistema Informatizado definido pela Administração Tributária Estadual, a qual, inclusive, definiu a descrição das respectivas infrações apuradas na ação fiscal em comento.

As descrições encontram-se em perfeita sintonia com o resultado da Auditoria Realizada, conforme resta demonstrado nos Papeis de Trabalho produzido no procedimento realizado, os quais embasaram as imputações, todos devidamente entregues ao sujeito passivo.

Devo destacar, em relação à infração 02, que no “Demonstrativo P1”, folhas 9 e 10 dos autos, constam todas as Notas Fiscais eletrônicas – NF-e de aquisições que não foram escrituradas (registradas) nos livros de Registros de Entradas dos exercícios de 2014, 2015 e janeiro a outubro de 2016, do sujeito passivo, estando as cópias dos Livros de Registro de Entradas acostado às folhas 32 a 74.

Nesses documentos ficou evidenciado a omissão de receitas de operações tributadas pelo ICMS, evidenciadas pela constatação de aquisições de mercadorias, bens e serviços não registrados na escrituração fiscal, resultando na aplicação da presunção legal, prevista no Artigo 4º, § 4º, Inciso IV, da Lei nº 7.014/16, corroborado pelo Artigo 34º, da Lei Complementar nº 123/06.

Por seu turno, à infração 01 e decorrente da nova Receita Bruta apurada na auditoria, conforme consta na coluna D do Demonstrativo P1, folhas 09 e 10, foi cobrado os recolhimentos do ICMS a menor em virtude de ter incorrido em erro na determinação da base de cálculo e das alíquotas aplicáveis informados nos PGDAS transmitidas, conforme Demonstrativo P2, fl. 11.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

De igual modo, não pode ser acolhido o pedido da impugnação para enviar os autos para PROFIS, por falta de previsão legal, nessa fase processual.

No mérito, observo que não houve questionamento defensivo, uma vez que a defesa volta a tratar de nulidade, a qual já foi afastada.

Contudo, quanto às multas propostas para a infrações 02, não acolho o percentual lançado de 150%, tendo em vista a falta de elementos suficientes nos autos, ônus da acusação, necessários à configuração da conduta dolosa do sujeito passivo voltada à sonegação, fraude ou conluio, pressuposto para aplicação do § 1º, do art. 44, da Lei Federal nº 9.430/96, de 27 de dezembro de 1996, base normativa da respectiva imputação. Dessa forma, voto pela redução da multa de 150%

para 75% da infração 02, inclusive, por acompanhar entendimento de outros órgãos julgadores do CONSEF, como aquele proferido pelo ilustre relator Valtércio Serpa Júnior, no ACÓRDÃO JJF N° 0246-02/13, da 2^a Junta de Julgamento Fiscal, cujo excerto se segue:

(...)

Todavia, de ofício, entendo pertinente fazer algumas considerações sobre a aplicação da multa qualificada no percentual de 150%, em relação a qual observo que a determinação contida no § 1º do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96 é expressa:

'Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

a) na forma do art. 8º da Lei 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488, de 2007)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos artigo 71, 72 e 73 da Lei 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)'.

Os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964 estabelecem os tipos penais dos crimes contra a ordem tributária, sendo que, para a sua caracterização, é necessária a comprovação de existência de intuito fraudulento ou da vontade de sonegar imposto, ou seja, é imprescindível a prova de ato de má fé por parte do contribuinte.

No caso em exame, além de não constar da acusação fiscal, de igual forma, não resta comprovado qualquer crime cometido pelo contribuinte, como também não está comprovada qualquer conduta de má-fé. Diante do fato de que a aplicação da multa qualificada somente é cabível quando reste provado o cometimento dos crimes previstos nos já acima citados artigos da Lei nº 4.502/1964, o que, definitivamente, não é o caso de que tratam os autos.

Impende ressaltar, ainda, que a regra geral, estabelecida no Código Civil Brasileiro em seu artigo 1201, e aplicada amplamente pela jurisprudência dos Tribunais Superiores é que não se presume a má-fé, muito ao contrário, a presunção é sempre de boa-fé do réu ou sujeito passivo.

Nesta linha, posiciono-me no sentido de que deve ser aplicada a multa de 75%, prevista no inciso I, do art. 44 da Lei nº 9.430/96, e não a multa qualificada prevista no § 1º, do art. 44 da Lei Federal nº 9430/96, conforme originalmente consta no lançamento, na esteira de inúmeras decisões já prolatas por este Conselho, especialmente em suas Câmaras, a exemplo dos Acórdãos nºs 0309-12/13 e 0264-11/13".

Logo, às infrações 01 e 02 restaram caracterizadas.

No tocante à solicitação para que todas as intimações e publicações sejam veiculadas em nome do Contador, com endereço profissional indicado na defesa, esclareço que inexiste óbice algum em acatar o pedido, no entanto, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência do ato processual ao sujeito passivo encontra-se prevista no art. 108, do RPAF, e, em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127 do CTN.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 2321773036/16-7, lavrado contra **ACALI DOMINGOS DOS SANTOS-ME.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$25.272,55**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da LC 123/06; art.

44, inciso I, da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2017.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/ RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR