

**A. I. Nº** - 2321773036/16-7  
**AUTUADO** - ACALI DOMINGOS DOS SANTOS-ME.  
**AUTUANTE** - EDILSON MEIRELES DE OLIVEIRA SANTOS  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 21.02.2018

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 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 acórdão de uma outra empresa, julgado pela 5ª JF, Acórdão JF 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 conseqüentemente 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, extraindo-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 Nº 0246-02/13, da 2ª 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 artigos 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 inexistente 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 2ª 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