

PROCESSO - A. I. Nº 232177.3036/16-7
RECORRENTE - ACALI DOMINGOS DOS SANTOS-ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0011-02/18
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/05/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0099-12/19

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 2ª. Junta de Julgamento Fiscal que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, 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 - Recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos 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 - 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.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal apreciou a lide no dia 05/02/2017 (fls. 111 a 115) e decidiu pela Procedência, por unanimidade. O Acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

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 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.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, "b" do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF/BA), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário à folha 125, mediante o qual aduz as seguintes razões:

Diz que a empresa mantém e requer o encaminhamento do seu PAF à PROFIS, para parecer da Procuradoria no sentido de acatar suas preliminares de nulidade, visto que o acordão foi decidido apenas por 02 (dois) membros do CONSEF, o Sr. Antonio Cesar Dantas de Oliveira – Presidente em Exercício/Relator e pelo Sr. Álvaro Barreto Vieira – Julgador, o que contrai assim um julgamento justo por falta dos demais membros, para assim proceder uma análise sucinta para decretação da NULIDADE do Auto de Infração.

Comenta, também, que existem falhas materiais no acordão, dizendo que o Auto de Infração foi procedente, e que na realidade foi procedente em parte diante da redução da multa para 75%, atestando assim o cerceamento de defesa, na acusação da contribuinte, devendo assim, além do encaminhamento a PROFIS, retornar o mesmo para um novo julgamento, mas que a NULIDADE deve ser decretada, sem análise do mérito contido na inicial.

Aduz que a empresa trouxe em sua defesa argumentos defensivos, o que ratifica na visão do contribuinte a NULIDADE do auto de infração, conforme art. 18 do RPAF, por falhas na apuração e falta de precisão dos valores cobrados, e por falha do relator ao deixar de verificar todas as considerações da empresa de forma plena, a qual a empresa requer deste EGRÉGIO CONSEF, o envio do seu PAF, para a PROFIS, emitir um parecer de NULIDADE.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do presente Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS e multa em razão das seguintes infrações:

Infração 01 - Recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, ... Valor histórico auhtuado R\$4.342,21.

Infração 02 - Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entrada, ... Valor histórico auhtuado R\$20.930,34.

Inicialmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

O sujeito passivo, em seu apelo recursal, argumentou, em síntese, **i**) o encaminhamento do seu PAF à PROFIS, para parecer da Procuradoria no sentido de acatar suas preliminares de nulidade, visto que o Acórdão foi decidido apenas por 02 (dois) membros do CONSEF, o Sr. Antonio Cesar Dantas de Oliveira – Presidente em Exercício/Relator e pelo Sr. Álvaro Barreto Vieira – Julgador; **ii**) existência de falhas materiais no acordão, dizendo que o auto foi procedente, e que na realidade foi procedente em parte diante da redução da multa para 75%, atestando assim o cerceamento de defesa, na acusação da contribuinte, devendo assim, além do encaminhamento a PROFIS, retornar o mesmo para um novo julgamento, mas que a NULIDADE deve ser decretada, sem análise do mérito contido na inicial, e **iii**) a empresa trouxe em sua defesa argumentos defensivos, o que ratifica na visão do contribuinte a NULIDADE do auto de infração, conforme art. 18 do RPAF, por falhas na apuração e falta de precisão dos valores cobrados, e por falha do relator ao deixar de verificar todas as considerações da empresa de forma plena, a qual a empresa requer deste EGRÉGIO CONSEF, o envio do seu PAF, para a PROFIS, emitir um parecer de NULIDADE.

Discorreremos a seguir sobre cada tópico do apelo recursal.

No que toca à tese de nulidade, sob o argumento de que o Acórdão foi decidido apenas por 02

(dois) membros do CONSEF, o Sr. Antonio Cesar Dantas de Oliveira – Presidente em Exercício/Relator e pelo Sr. Álvaro Barreto Vieira – Julgador, verifico que de acordo com o art. 6º, combinado com o art. 60 do Decreto nº 7.592/99, Regimento Interno do CONSEF, não impede que no julgamento da Junta de Julgamento Fiscal, seja decidido por 02 (dois) membros do CONSEF, senão vejamos:

“Decreto nº 7.592 de 04 de junho de 1999

Art. 6º Cada Junta de Julgamento Fiscal (JJF) será composta de 3 (três) Auditores Fiscais, a serem designados por ato do Secretário da Fazenda, que nomeará também o quadro de suplentes.

...

Art. 60. As Juntas e as Câmaras de Julgamento só poderão deliberar com a presença mínima de 2/3 (dois terços) dos Julgadores ou Conselheiros que as integrem.”

Desta forma, atendidos os requisitos entendidos como necessários para o julgamento, não acolho tal argumento.

No tocante ao pedido de existência de falhas materiais no Acórdão, dizendo que o auto foi procedente, e que na realidade foi procedente em parte diante da redução da multa para 75%, em relação a infração 02, verifico que o voto condutor do Acórdão recorrido, acertadamente reconheceu que a tipificação legal da multa da infração 02, deveria ser alterada, reduzindo o percentual de 150% para 75% do valor do ICMS, entretanto, deixou de constar na Resolução, que o auto havia sido julgado Procedente em Parte, uma vez que houve redução da respectiva multa.

Entendo não existir falhas materiais no Acórdão que necessite encaminhamento do PAF à PROFIS, para novo julgamento, bem como não acolho a decretação de nulidade por este motivo, restando tão somente, uma adequação da respectiva Resolução.

E por fim, em relação a existência de falhas na apuração e falta de precisão dos valores cobrados, falha do relator ao deixar de verificar todas as considerações da empresa de forma plena, entendo não poder ser acolhido, uma vez que a Recorrente não trouxe, em momento algum, exemplos claros dos erros encontrados, e no mérito, observo que não houve questionamento defensivo, isto é, não entrou em nenhuma discussão para justificar a redução ou a eliminação dos valores cobrados. A Recorrente, no seu Recurso Voluntário, só tratou de nulidade, a qual já foi afastada.

Dianete 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 para adequar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232177.3036/16-7, lavrado contra **ACALI DOMINGOS DOS SANTOS-ME.**, devendo ser intimado o recorrente 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, I da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LUIZ AUGUSTO FERNANDES DOURADO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS