

PROCESSO - A. I. Nº 210621.0003/17-7
RECORRENTE - MARIA ANTÔNIA CAFÉ RESTAURANTE E TURISMO EIRELI
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0192-05/18
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25.08.2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0135-11/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. a) ERRO NA DETERMINAÇÃO DAS RECEITAS MENSASIS. ERRO NA INFORMAÇÃO DAS RECEITAS. Demonstrativos juntados aos autos comprovam que a apuração do imposto foi feita em desconformidade com a legislação do Simples Nacional. Infração procedente. **b) ERRO NA APLICAÇÃO DAS ALÍQUOTAS.** Os demonstrativos refeitos comprovam que foram utilizados percentuais de apuração do imposto divergentes dos indicados nas tabelas previstas para o Simples Nacional. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF.** Na apuração do imposto foram incluídas as receitas de vendas informadas pelas empresas administradoras de cartões que não tiveram emissão de cupons fiscais correspondentes a operações de recebimentos por meio de cartão. Nos demonstrativos elaborados pela fiscalização, foram deduzidos os valores das operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Infração procedente. Rejeitadas as nulidades suscitadas. Não acolhido o pedido de redução da multa por falta de amparo legal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 5ª JJF Nº 0192-05/18, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 25/09/2017, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$214.096,30, relativos a três infrações distintas, todas objeto do presente recurso, descritas da forma abaixo.

INFRAÇÃO 01: 17.01.01 - Deixou de recolher valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional). Consta na descrição dos fatos que incorreu em erro na informação da receita (2014 a 2017) - R\$210.862,92.

INFRAÇÃO 02: 17.02.01 - Deixou de recolher valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional). Consta na descrição dos fatos que incorreu em erro na aplicação da alíquota (2013 a 2016) - R\$35,56.

INFRAÇÃO 03: 17.03.16 - Omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões (2013) – R\$3.197,82.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 25/10/2018 (fls. 321 a 325) e decidiu pela Procedência, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Na defesa apresentada, o autuado suscitou nulidade do lançamento relativa à infração 1, sob o argumento de que foi acusado de não promover o recolhimento dos tributos (Simples Nacional), fato que não ocorreu, conforme documentos de arrecadação juntados pela fiscalização, não ocorrendo a infração.

Quanto a esta nulidade suscitada, observo que conforme disposto no art. 18 da LC 123/2006, os contribuintes optantes do Simples Nacional devem apurar os tributos devidos mediante aplicação das alíquotas efetivas, calculadas a partir das alíquotas nominais, constantes das tabelas dos Anexos I a V da mesma Lei.

Já os demonstrativos apresentados pela fiscalização (fls. 12 a 56), indicam a apuração do imposto, tomando como base as receitas informadas nos documentos fiscais emitidos e as informadas por empresas administradoras de cartão de crédito, com apuração dos valores devidos (com dedução da base de cálculo das receitas que já tinham encerrado a fase de tributação – mercadorias sujeitas à substituição - e deduzido dos valores recolhidos), o que resultou nas diferenças exigidas, inexistindo a incerteza quanto ao recolhimento do imposto mensal em valor inferior ao que era devido.

Pelo exposto, embora a infração acuse que o contribuinte “deixou de recolher o ICMS referente ao Simples Nacional” (infração 1), foi indicado na descrição dos fatos a forma como foi apurado o imposto exigido, fazendo-se acompanhar de demonstrativos, o que se coaduna com a exigência, não do integral imposto apurado, mas sim, da diferença devida.

No tocante ao argumento de que deve ser declarada nula a infração 3, sob o argumento de que foram indicados diversos artigos e parágrafos de leis, o que dificultou entender qual foi a infração cometida, cerceando o direito de defesa, observo que conforme indicado pelo defendente:

- a) A infração acusa omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, com enquadramento nos artigos 18, 26, I da LC 123/2006 e art. 4º, §4º da Lei 7.014/96.*
- b) Conforme apreciado anteriormente, o art. 18 da LC 87/96, estabelece que as empresas optantes pelo Simples Nacional devem apurar o tributo devido, mediante aplicação das alíquotas efetivas, previstas nas tabelas dos Anexos I a V, sobre a base de cálculo de que trata o §3º do mesmo artigo, e o art. 26 da mesma Lei, determina que as empresas ficam obrigadas a emitir documento fiscal de venda, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor.*
- c) Já o art. 4º, § 4º, VI da Lei 7.014/1996 do Estado da Bahia, prevê que “Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar ... VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por: a) instituições financeiras; b) administradoras de cartões de crédito ou débito.”*

Pela análise dos demonstrativos juntados às fls. 12 a 20, a fiscalização tomou como base os valores das receitas informadas pelo próprio contribuinte no PGDAS, acrescentou as receitas que foram informadas pelas empresas administradoras de cartão de crédito, relativas ao estabelecimento autuado, apurando a base de cálculo real e a que foi utilizada mensalmente na apuração do ICMS.

Tendo verificado diferença entre o valor apurado e o que foi recolhido, apontou as diferenças (fl. 20) sobre as quais foi exigido o ICMS complementar.

Pelo exposto, embora o art. 4º, §4º da Lei 7.014/96, indicado no enquadramento legal da infração, elenque diversas modalidades de presunções, entendo que o demonstrativo de apuração da base de cálculo em consonância com a descrição da infração, possibilitou ao defendente compreender do que foi acusado e exercer o seu direito de defesa.

Ressalte-se que esta modalidade de infração tem sido muito usual na apuração do ICMS das empresas optantes do Simples Nacional, pela prática reiterada da fiscalização acrescentar a receita declarada pelo contribuinte na apuração dos tributos (PGDAS), às receitas informadas pelas empresas administradoras de cartão de créditos, sem que tenha suporte nos documentos fiscais devidamente emitidos pelo contribuinte.

Pelo exposto, não acato a segunda nulidade suscitada.

No mérito, observo que diante das descrições das infrações e dos demonstrativos que foram fornecidos ao contribuinte, não foi apresentado qualquer fato ou argumento para fazer prova de que não devia os valores exigidos nas três infrações.

Como apreciado nas nulidades suscitadas, os valores exigidos têm como suporte, demonstrativos que foram fornecidos ao contribuinte pela fiscalização, nos quais foram indicados os valores devidos, e deduzidos os valores que foram recolhidos mensalmente, tendo sido exigidas as diferenças.

Como o contribuinte não apresentou na impugnação qualquer prova capaz de desconstituir as infrações apontadas no Auto de Infração, aplico o disposto no art. 142 do RPAF/BA, que prevê que: “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”.

Quanto ao pedido de redução da multa de 75% para 20%, observo que trata-se de multa decorrente de descumprimento de obrigação principal, e não compete a este órgão julgador apreciar inconstitucionalidade da legislação tributária, nos termos do art. 167 do citado diploma legal.

Observo que o percentual de 75% é previsto no art. 44, I da Lei Federal 9.430/96 com redação dada pela Lei 11.488/07, CC/ os artigos 34 e 35 da LC 123/06. Portanto, é legal e correta a sua aplicação, não podendo ser acatado o pedido de redução por falta de amparo legal.

Ressalto ainda, que o demonstrativo de débito constante da fl. 6, indica os percentuais de redução da multa entre 25% a 90%, de acordo com o previsto no art. 45 da Lei 7.014/96. Portanto, se observados os prazos indicados, o que na prática, a depender da atitude tomada pelo contribuinte em relação à exigência do crédito tributário, a multa efetiva pode ser menos onerosa do que os 75% indicado nas infrações.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 340 a 348, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Afirma que a exigência fiscal é indevida porque recolheu corretamente o tributo sobre os itens passíveis de tributação, pois afirma ser empresa optante pelo Simples Nacional, fato que, por si só, prova que o recolhimento do ICMS é feito por meio de documento único de arrecadação, conforme art. 21, inciso I da LC 123/06.

Preliminarmente, argui a nulidade do Auto de Infração devido à ausência de enquadramento legal, haja vista não ter tipificado qual seria a suposta infração, o que viola o princípio da ampla defesa e do devido processo legal.

Explica que o AI contém inúmeras extensas tabelas e outros anexos, acostados pelo auditor, com datas de ocorrência, bases de cálculo, alíquotas e datas de vencimento, mas não informa em específico, o enquadramento legal e com base em que está cobrando tais valores, o que agride o princípio da legalidade. Requer, assim, o cancelamento da autuação por nulidade, conforme art. 18, inciso IV do RPAF/99.

Caso não acolhido o pedido acima, pede que lhe seja restituído o prazo de defesa.

Quanto à aplicação da multa de 75%, entende ser desproporcional e irrazoável, conforme jurisprudência dos tribunais superiores, o que agride o princípio da vedação ao confisco. Colaciona julgados em apoio à idéia de que tal princípio deve ser aplicado também às multas.

Assim, conclui que a multa de 75% deve ser reduzida ao percentual de 20%, equivalente à sanção pela mora.

Termos em que pede deferimento.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente, quanto à alegação de nulidade por ausência de enquadramento legal, noto que o Sujeito Passivo não especificou a que infração está a se referir, tendo situado a sua irresignação em termos genéricos. Observe-se, todavia, que tal alegação já havia sido inserida na sua peça impugnatória, ocasião em que referiu-se, especificamente, à Infração 03.

O exame dos autos não respalda a alegação recursal, pois as infrações 01 e 02 foram enquadradas nos dispositivos contidos no art. 21, inciso I da Lei Complementar nº 123/06, sendo tipificadas as multas no artigos 35 da Lei citada, cujos textos reproduzo abaixo.

“Art. 21. Os tributos devidos, apurados na forma dos arts. 18 a 20 desta Lei Complementar, deverão ser pagos:

I - por meio de documento único de arrecadação, instituído pelo Comitê Gestor;

...

Art. 35. Aplicam-se aos impostos e contribuições devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte,

inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS.”

Tais dispositivos foram combinados com o art. 44, inciso I da Lei Federal nº 9.430/96, conforme abaixo.

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

*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;
...”*

Assim, os dispositivos de lei indicados evidenciam que foram descumpridas as normas atinentes ao recolhimento devidos pelas empresas do Simples Nacional, o que se revela perfeitamente compatível com a conduta descrita no Auto de Infração. Ademais, a compreensão da acusação fiscal deve se amparar no conjunto de elementos acostados ao processo, inclusive nos demonstrativos de débito, os quais compõem a peça acusatória.

No tocante à infração 3, a fundamentação legal faz referência aos artigos “18 e 26, inciso I da Lei Complementar nº 123/06, abaixo transcritos.

“Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional será determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas, calculadas a partir das alíquotas nominais constantes das tabelas dos Anexos I a V desta Lei Complementar, sobre a base de cálculo de que trata o § 3º deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3º.

...

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

*I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;
...”*

Tais dispositivos foram combinados com o art. 4º, § 4º da Lei Estadual nº 7.014/96, conforme abaixo.

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

- I - saldo credor de caixa;*
- II - suprimimento a caixa de origem não comprovada;*
- III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;*
- IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;*
- V - pagamentos não registrados;*
- VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:*
 - a) instituições financeiras;*
 - b) revogada;*
 - c) “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante;*
- VII - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras (redação então vigente).”*

As normas transcritas nos artigos 18 e 26, acima, evidenciam a falta de emissão do documento fiscal obrigatório, nas saídas de mercadorias, por conta da presunção prevista no art. 4º, § 4º da Lei de ICMS.

Embora o enquadramento tenha se omitido na citação do inciso VIII do § 4º referido, a descrição da conduta não deixou margem a qualquer dúvida, pois assim reportou: *“Omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões – Sem dolo”.*

Assim, entendo que não merece a alegação de nulidade suscitada. Consequentemente, não pode ser deferido o pedido de restituição do prazo de defesa.

No mérito, embora o Sujeito Passivo alegue ter recolhido o tributo devido, dito de forma genérica, o exame dos demonstrativos de débito revela que os valores lançados se referem a parcelas do faturamento da empresa (extraído do PGDAS) que não foram oferecidas à tributação (Infração 01), bem como a parcelas já oferecidas à tributação, porém, com alíquota inferior à prevista na lei (Infração 02).

Assim, em que pese o Sujeito Passivo tenha efetivamente recolhido o tributo, não o fez no montante que deveria, suprimindo parte do faturamento apresentado, ou mesmo adotando uma alíquota inferior, conforme se lê às folhas 12/56.

A única forma de o Contribuinte elidir o lançamento é provando que efetuou o recolhimento dos montantes apurados pela fiscalização, ou identificando, se for o caso, erro nos números apresentados (que foram extraídos do PGDAS da empresa), o que não fez.

Por esse motivo, entendo que sucumbiu às provas acostadas ao processo, restando provada a conduta descrita.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade da multa aplicada, por violação ao princípio de vedação ao confisco, é importante destacar que as sanções têm previsão na Lei Federal nº 9.430/96, sendo vedado a essa Corte proceder à apreciação da eventual desconformidade da norma legal com a Constituição Federal, pois é tema que refoge à sua competência, conforme dispõe o art. 167, inciso I do RPAF/99, abaixo transcrito.

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

...”

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210621.0003/17-7**, lavrado contra **MARIA ANTÔNIA CAFÉ, RESTAURANTE E TURISMO EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$214.096,30**, acrescido da multa de 75%, prevista nos artigos 34 e 35 da LC nº 123/06, c/c art. 44, I da Lei nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de junho de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS