

PROCESSO - A. I. N° 153372.0014/19-4
RECORRENTE - AGNALDO GONÇALVES RIBEIRO
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0227-03/20-VD
ORIGEM - DAT NORTE / INFRAZ RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/03/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0034-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença apurada entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito e o valor informado pela administradora do cartão, indica que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Acatada a alegação de decadência quanto ao exercício de 2014. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo autuado em razão da decisão contida no Acórdão 3ª JJF Nº 0227-03/20 VD relativo ao Auto de Infração em tela, lavrado 27/12/2019, tem como fundamento a Omissão de saídas de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões.

Detalhadamente, a cobrança contém a seguinte exigência:

***Infração 01 -17.03.16:** Omissão de saídas de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos meses de fevereiro a dezembro de 2014; janeiro a dezembro de 2015; janeiro, fevereiro, abril a julho e novembro de 2016; fevereiro, julho e novembro de 2017; janeiro a julho; setembro a dezembro de 2018.*

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 11/11/2020 e julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

VOTO

Preliminarmente, o defendente afirmou que as razões de fato e de direito apresentadas tomam nulo o Auto de Infração.

O presente lançamento foi efetuado para cobrança de ICMS, não se constatando qualquer prejuízo à defesa, considerando que a indicação da infração e a descrição dos fatos foram efetuadas de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento acostado aos autos.

Assim, concluo que não deve ser decretada a nulidade da autuação, considerando que não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O defendente comentou que a decadência nasce em razão da omissão do sujeito ativo, no exercício de proceder ao lançamento. Afirmou que o prazo de decadência existe para que o sujeito ativo constitua o crédito com prestação, não sendo atingido pela perda do direito de lançar.

Disse que o prazo que a Administração tem para homologar é de cinco anos, contados do fato gerador (art. 150, 4º do CTN), nos casos de pagamento, e ressaltou que foi intimado acerca do presente Auto de Infração em 28/01/2020, envolvendo o período compreendido entre 28/01/2014 a 31/12/2018. A cobrança compreendida entre

28/02/2014 e 28/01/2015 encontra-se prescrita, devendo ser obrigatoriamente extirpada do presente lançamento.

A prescrição e a decadência são situações distintas de extinção do direito à exigibilidade do crédito tributário. A decadência extingue o direito; a prescrição tem por objeto a ação. A decadência está prevista no artigo 173 do código Tributário Nacional - CTN, representa perda do direito de a Fazenda Pública constituir, através do lançamento, o crédito tributário, em razão do decurso do prazo de 5 anos.

A prescrição, prevista no art. 174 do CTN, extingue o direito que tem o credor de ajuizar ação de cobrança do crédito tributário, também pelo decurso do prazo de 5 anos, contado da data da sua constituição definitiva.

Conforme estabelece o art. 150 do CTN, "o lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa".

O § 4º estabelece que, "se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação". Neste caso, a contagem do prazo de decadência é a partir do fato gerador do tributo.

Por outro lado, de acordo com o art. 173, I do CTN, "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

O entendimento que vem prevalecendo, é no sentido de que o lançamento por homologação seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º do CTN, ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte.

A partir dessa análise, pode-se apurar a existência de débito declarado e não pago, e tributo não declarado e não recolhido (situação de total omissão, nada havendo a homologar), ou ainda, casos em que, mesmo havendo algum pagamento, o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação, chegando-se às conclusões a seguir:

1. Débito tributário declarado e pago: Há homologação tácita do lançamento (pagamento) após o transcurso de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador, aplicando-se o § 4º, do art. 150, do CTN.
2. Débito declarado com efetivação do pagamento, porém, com posterior verificação de dolo, fraude ou simulação: A autoridade, mediante a coleta de provas idôneas apura a ocorrência de ilícito fiscal. Neste caso, o início do prazo decadência, para o lançamento da diferença, é deslocado para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado, aplicando-se a regra do art. 173, I.
3. Débito declarado com efetivação de pagamento parcial: O contribuinte apura o imposto e antecipa o pagamento parcial do montante devido (e declarado), ensejando a aplicação igualmente do § 4º, do art. 150, do CTN.
4. Débito não pago: Neste caso, deve ser aplicada a previsão do art. 173, I, do CTN, considerando a interpretação de que, a Administração Tributária homologa é o pagamento e não o lançamento expedido pelo particular. Se não há pagamento, não há o que ser homologado.
5. Débito não declarado e não pago: Aplicação também direta das disposições art. 173, I do CTN. o prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício e lançamento de ofício poderia ter sido realizado. Sem qualquer pagamento não há o que ser homologado.

Considerando que no levantamento fiscal se apurou imposto não declarado e não pago, o que implica dizer que não há pagamento a ser homologado, neste caso, se aplica a regra estabelecida no art. 173, inciso I do CTN.

Vale ressaltar, que conforme Súmula nº 12 deste CONSEF, "Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração". No presente processo, constam os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2014; o Auto de Infração foi lavrado em 27/12/2019, e o autuado intimado em 28/01/2020.

Foi apurado imposto por meio de levantamento fiscal relativo a cartão de crédito/débito, a partir do exercício de 2014, concluindo-se o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2019. Neste caso, os fatos geradores ocorridos entre fevereiro a dezembro de 2014 foram atingidos pela decadência, de forma que os créditos tributários lançados nestes meses ficam extintos, consoante a regra do art. 156, inciso v do CTN.

No mérito, o Auto de Infração trata de omissão de saídas de mercadorias tributadas presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos meses de fevereiro a dezembro de 2014; janeiro a

dezembro de 2015; janeiro, fevereiro, abril a julho e novembro de 2016; fevereiro, julho e novembro de 2017; janeiro a julho; setembro a dezembro de 2018.

Foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, e tal fato, constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96.

Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, tendo sido apurada operação realizada sem documentação fiscal, ficando o contribuinte obrigado a recolher o tributo devido em decorrência da prática da infração apurada por meio do levantamento fiscal.

No levantamento fiscal, o autuante adicionou às vendas declaradas os valores das omissões constatadas nos respectivos meses, apurando a receita. Com a nova receita calculada é que foram apurados os débitos constantes na autuação fiscal, sendo observadas as alíquotas constantes no Anexo 1 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006.

Observe que o Simples Nacional foi instituído pela Lei complementar 123/2006, que estabelece um tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias.

O defendente alegou que a autuação fiscal não tem qualquer esteio tributário, e que sempre procurou, apesar de várias dificuldades que assomam aos empresários de nosso País, cumprir corretamente com suas obrigações fiscais, tendo a autuação incorrido em erro.

Trata-se de exigência de imposto que poderia ser elidida pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, cabe ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, não cabendo a este órgão julgador buscar outras provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento.

Entendo que está caracterizada a irregularidade apontada no Auto de Infração, sendo devido o imposto apurado nos demonstrativos elaborados pelo autuante, e concluo pela subsistência da autuação fiscal.

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou narrado por esse auto de infração tendo sido indicado corretamente o percentual de 75%, com base no art. 35 da LC 123/06 combinado com o art. 44, I da Lei 9.430/96 e art. 16, incisor da Resolução CGSN Nº 30 de 07/02/2008.

Os mencionados dispositivos legais estabelecem que “o descumprimento de obrigação principal devida no âmbito do Simples Nacional sujeita o infrator às seguintes multas: - 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 junho de 2007)”.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, e não cabe a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, considerando a exclusão dos valores alcançados pela decadência (fevereiro a dezembro de 2014).

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, sem preliminares. O Recorrente informa ser empresa optante pelo Simples Nacional, o que lhe garante um tratamento de um modo um tanto mais favorecido.

Destaca o Recorrente que “as multas exponenciadas no Auto aqui combatido significam um enriquecimento ilícito do Estado, em ofensiva à igualdade das partes, sendo tal igualdade garantida pela Constituição Federal Brasileira”.

Quanto ao valor anotado na notificação e as multas impostos afirma serem confiscatórias. E cita o Decreto nº 33.118/91 e a Lei nº 9.289/96, art. 52, e diz que “As multas, conforme legislação atualmente em vigor, somente poderiam ser de 2% (dois por cento) sobre o valor corrigido, e não no percentual que restou imposto a Recorrente, de 75% sobre o valor considerado como devido. Assim os autos de infração esbarram na inexistência de liame legislado entre os valores pretendidos e a exigência efetuada, devendo essa ausência de liame restar declarada

judicialmente”.

Acrescenta que *“Existindo cobrança a maior, os autos de infração perdem os requisitos da liquidez e certeza, necessários para a configuração da obrigação tributária passível de cobrança, e restando impossível a manutenção dos gravames, devendo estes seguirem ao arquivo administrativo da repartição fazendária”*.

Alega a inconstitucionalidade do ar. 44 da Lei nº 9.430/96 por violar o princípio do não confisco. E coloca que *“O STF procedeu à redução de multa moratória de feição confiscatória, estabelecida no percentual de 100%, fixando-a em “nível compatível com a utilização do instrumento da correção monetária”, mais especificamente, no patamar de 30% (2ª Turma, RE 81.550, 5.1975). A Corte declarou, no entanto, a legitimidade de multas moratórias de 20% (RE 582.461, 5.2011- Tema nº 214 da Repercussão Geral) e até mesmo de 30% (1ª Turma, RE 220.284, 5.2000)”*.

Aborda sobre a ADI 551 e sobre o tema [863] do STF que *“em outubro de 2015, a repercussão geral da questão atinente ao alegado caráter confiscatório da tradicional multa cobrada pela Receita Federal para as hipóteses de sonegação fiscal, nomeadamente da multa fiscal qualificada de 150%, estipulada pelo art. 44, § 12, da Lei 9.430/1996 para as infrações tributárias de sonegação, fraude e conluio (Tema nº 863)”*.

Conclui o recurso com requerimento de *“(…) Seja adentrado no mérito da presente defesa, constatando-se a incidência de multas superiores aos previstos legalmente, procedendo-se aos recálculos do real valor devido, expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos ilícitos, intimando-se a aqui Recorrente de todo o andamento do processo administrativo para. Regular exercício da ampla defesa”*.

É o relatório.

VOTO

Observo que a decisão da 3ª JF (Acórdão nº 0227-03/20 VD) relativo ao Auto de Infração em epígrafe, lavrado 27/12/2019, tem como objeto uma única infração, no valor de R\$97.282,44, sendo reduzido para R\$90.110,97:

Infração 01 -17.03.16: Omissão de saídas de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos meses de fevereiro a dezembro de 2014; janeiro a dezembro de 2015; janeiro, fevereiro, abril a julho e novembro de 2016; fevereiro, julho e novembro de 2017; janeiro a julho; setembro a dezembro de 2018.

O auto de infração foi julgado procedente em parte.

O recurso defende a que a multa imposta é inconstitucional, porque é confiscatória.

De logo coloco que não assiste razão ao Recorrente, veja-se:

A aplicação da multa e seus acréscimos legais, é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, como se observa no auto de infração.

Assim, como a empresa é optante do simples nacional, correto é o percentual de 75%, previsto no art. 35 da LC Nº 123/06 combinado com o art. 44, I da Lei nº 9.430/96 e art. 16, inciso I da Resolução CGSN Nº 30 de 07/02/2008.

Cito as regras dos referidos dispositivos legais:

“o descumprimento de obrigação principal devida no âmbito do Simples Nacional sujeita o infrator às seguintes multas: - 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 junho de 2007)”.

Registro ainda que este CONSEF não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento nem para a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Assim, entendo que deve ser mantida a decisão de piso, que julgou pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, considerando a exclusão dos valores alcançados pela decadência (fevereiro a dezembro de 2014).

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao 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 e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **153372.0014/19-4**, lavrado contra **AGNALDO GONÇALVES RIBEIRO**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 90.110,97**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da LC 123/06 c/c o art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 01 de fevereiro de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

RAFAEL BENJAMIM TOMÉ ARRUTY – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS