

A. I. N° - 218056.0004/11-2  
AUTUADO - VALDOMIRO DOS SANTOS SOBRAL FILHO DE CONCEIÇÃO DO ALMEIDA  
AUTUANTE - SUELI BRAZ SILVA DA PAZ  
ORIGEM - INFACR CRUZ DAS ALMAS  
INTERNET 23.05.2012

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0142-05/12**

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOS. Provado o erro na informação da receita e alíquota aplicada, em decorrência da consideração de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado. Negado o pedido de diligência. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 21/12/2011, exige ICMS no valor total de R\$13.094,28 e multa de 75%, referente aos exercícios de 2007, 2008, 2009 e 2010, através das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher o ICMS em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado, conforme relatório de Análise ICMS do Simples Nacional a Reclamar e cópia da DASN 2007 (ANEXO - 01). Valor Histórico: R\$1.089,33 – Multa de 75% - 17.04.01;
2. Deixou de recolher o ICMS em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado, conforme relatório de Análise ICMS do Simples Nacional a Reclamar e cópia da DASN 2008 (ANEXO - 02). Valor Histórico: R\$2.870,18 – Multa de 75% - 17.04.01;
3. Deixou de recolher o ICMS em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado, conforme relatório de Análise ICMS do Simples Nacional a Reclamar e cópia da DASN 2009 (ANEXO - 03). Valor Histórico: R\$3.593,55 – Multa de 75% - 17.04.01;
4. Deixou de recolher o ICMS em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado, conforme relatório de Análise ICMS do Simples Nacional a Reclamar e cópia da DASN 2010 (ANEXO - 04). Valor Histórico: R\$5.541,22 – Multa de 75% - 17.04.01;

O autuado apresenta defesa, fls. 52/63, inicialmente fala da sua tempestivamente, que o prazo expirou em 22/02/2012 (domingo), dando entrada no dia 23/02/2012, no qual se constata a inquestionável legalidade da peça no prazo previsto.

Na ação fiscal, o autuado diz que a fiscal lavrou o Auto de Infração de acordo com a sistemática do art. 35, da Lei Complementar nº 123/06; art. 44, inciso I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.478/2007, cuja aplicação se deu em razão do contribuinte ter descumprido com a obrigação acessória, ofício à razão de 75% sobre a Contribuição dita não recolhida ou com insuficiência de recolhimento.

Não aceita a aplicação da multa imposta pela agente de tributos e aduz a preliminar em relação ao cerceamento do direito de defesa.

Questiona quanto à multa confiscatória de 75% imposta e reproduz o artigo 150, IV, da Constituição da República.

Transcreve ensinamento de SACHA CALMON NAVARRO COELHO (“Infrações Tributárias e suas Sanções”), entendimento do STF (Afastamento da multa confiscatória - AC un do STF-PLENO,

ADIN 5511/600; DJU, I, de 18/10/91, páginas 14.548/9), além do Acórdão (Recurso Extraordinário nº 94001-SP).

Diz mais, que a sanção tributária tem por finalidade dissuadir o possível devedor de eventual descumprimento da obrigação a que estiver sujeito e, assim, tão-somente estimular o pagamento correto e pontual dos tributos, sob risco de sua onerosidade, não podendo nunca ser utilizado como expediente ou técnica de arrecadação, como verdadeiro tributo disfarçado.

Afirma, ainda, que não é qualquer atraso no pagamento dos tributos, ou suposta alegação de débito, que deva legitimar a previsão de multa exacerbada, no patamar de 75% quando a inflação anual gira em torno de 12% e que, nem mesmo a sonegação de determinado tributo, fato este que não se enquadra na matéria em comento, justificaria a apenação de uma multa que exproprie desarrazoadamente o sujeito passivo de parcela de seu patrimônio desproporcional à hipotética infração alegada, como também, não é o principal que acompanha o acessório, senão o contrário.

Argumenta como primeira preliminar de nulidade, que não há uma correspondência exata, perfeita e divisível de elementos financeiros em relação à dualidade fática, restando a existência de cerceamento do direito de defesa, pois é flagrante o desrespeito ao mandamento procedural administrativo que determina que as demonstrações e vinculações: FATOS X BASE DE CÁLCULO sejam claras, exatas, objetivas e pertinentes.

Salienta que a agente atrelou-se em aplicar as penalidades impostas, a art. 18, § 4º, inciso II, da Lei Complementar nº 123/06, não tendo cabimento, à luz dos fatos narrados e/ou descritos, a citação destes dispositivos regulamentares, o que gera a nulidade do Auto de Infração.

Como segunda preliminar, alega que os citados artigos regulamentares, ditos infringidos, não tem relação com o suporte fático, ao qual se aplica o princípio processual da objetividade, precisão e concisão, para que se dê a esperada agilidade da demanda administrativa.

Entende que se não se atrelam ao Regulamento do ICMS, não têm força impositiva, capaz de exigir penalidades que se colocam rentes com os fatos que a administração tributária pretende.

Como se denota, o agente de tributos ao citar a Lei Complementar 123/06, apenas capituloou o aspecto que o levou a proceder à autuação, relativo aos exercícios sociais de 2007 a 2010.

Resta, então, por consectário que se não há norma tributária dispositiva que tenha sido infringida pelo autuado, não há lançamento tributário de ofício capaz de exigir tributos, correções e penalidades decorrentes, ou seja; quando não há o perfeito acoplamento dos fatos à norma tributária, não há, por conseguinte, obrigação tributária, logo o lançamento é temerário.

Traz como terceiro fundamento à nulidade do Auto de Infração, que a narrativa é trôpega, pois a fiscalização não justificou os elementos identificadores dos documentos fiscais relativos à penalidade atribuída, contrariando rotinas e costumes relativos aos métodos de Auditoria Fiscal geralmente praticados, dificultando, ou mesmo impossibilitando o direito de defesa.

No quarto fundamento para a nulidade do Auto de Infração, que não há citação exata precisa, ou determinada do dispositivo regulamentar dito infringido (cerceamento de defesa), assim, não sabe do que é acusado, não há possibilidade fática ou jurídica de defesa, eis que figurou como dispositivo infringido somente o art. 18, § 4º, inciso II, da Lei Complementar nº 123/06, devendo ser objeto de análise, caso fiquem vencidas os fundamentos anteriores para nulidade.

Assevera que não abrirá mão - *data vénia* - do pedido de Perícia Técnica, diante da previsão regulamentar contida no RICMS.

Por fim, pede pelo expurgamento do crédito tributário (multa de 75%), que seja considerado improcedente o procedimento fiscal e que seja declarada a nulidade do lançamento por vícios processuais.

Protesta pela prova pericial, juntada posterior de documentos, e tudo mais que se fizer necessário ao melhor esclarecimento da demanda administrativa que aqui se inicia e pede, também, para a Perícia Técnica analisar o mérito em questão.

A autuante presta informação fiscal, fls. 74/75, logo, reforça que o auto de infração foi lavrado em razão de a empresa considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado, conforme os relatórios oriundos da AUDIG e a DASN apresentada pelo próprio contribuinte dos exercícios de 2007 a 2010 fiscalizados.

Ressalta que o contribuinte citou quatro fundamentos de nulidade do Auto de Infração, todos questionando a falta de informações e esclarecimentos, que em resumo alega cerceamento do direito de defesa e pede a realização de perícia técnica. Também não houve contestação, nem manifestação contrária ao levantamento fiscal, como o defendante não apresentou planilhas nem acostou documentos que alterassem os valores do crédito tributário, em outras palavras, não discutiu o mérito.

Entende que o pedido de nulidade, feito pelo autuado em sua peça defensiva, não cabe, haja vista que no Auto de Infração constam todas as informações necessárias, exigidas pelo artigo 39 do RPAF. Transcreve a norma.

Assim, considerando que a defesa não questionou os números nem o levantamento que levou à existência de imposto não recolhido, principalmente não questiona o total da base de cálculo e consequentemente, o imposto reclamado. Considerando que o levantamento fiscal foi produzido dentro dos procedimentos legais, tomando por base informações econômico-fiscais e documentos apresentados pelo contribuinte, ratifica os dados e os valores apurados que deram origem ao crédito tributário reclamado no Auto de Infração, fls. 01 a 09, 15 e 16, 25 e 25, 35 e 36 do PAF.

Pede pela Procedência da autuação.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração no qual está sendo exigido ICMS de empresa inscrita no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Micromissões e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, em decorrência da constatação de que o sujeito passivo considerou receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado.

Inicialmente, nego o pedido de diligência, formulado na defesa, haja vista que os elementos necessários à apreciação da lide encontram-se nos autos, consoante o art. 147, I, “a”, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

Quanto às questões de constitucionalidade de lei ou de atos normativos, ressalto que este Conseg não tem competência para apreciar tais questões, os julgadores estão adstritos ao previsto na lei, e qualquer irregularidade, vícios ou ilegalidades normativas apenas poderão ser apreciadas pelo Poder Judiciário.

Outrossim, constato que o Auto de Infração foi lavrado com obediência aos ditames do art. 39 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), e rejeito a preliminar de nulidade arguida sob o argumento de que o auto de infração não denota clareza ou está desprovido de informações úteis e indispensáveis para o esclarecimento da ação fiscal, além do que está acompanhado dos demonstrativos elaborados pelo autuante, dos quais o sujeito passivo recebeu cópia, e que fazem parte integrante do lançamento, como também as cópias dos termos lavrados na ação fiscal estão anexas no PAF.

Verifica-se que a contrário do pensamento manifestado pelo defendant, há uma correspondência exata, perfeita e divisível de elementos financeiros em relação à dualidade fática, posto que os relatórios de Análise ICMS do Simples Nacional a Reclamar e as cópias da DASN estão anexos, e os dados da autuação foram extraídos de documentos declaratórios do contribuinte. Portanto as demonstrações vinculam os fatos, traz a base de cálculo de forma clara, objetiva.

A opção pelo Simples Nacional por parte do contribuinte implica na aceitação de um Regime Especial Unificado de Arrecadação, conforme previsto nos artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 123/06, cuja forma de arrecadação é a prevista no seu art. 18 e §§, cujo pressuposto básico é a

“receita bruta”, quer para determinação da alíquota aplicável, como para a determinação da base de cálculo. Assim sendo, o valor do imposto calculado pelo Simples Nacional não perquire cada saída específica, mas um montante que servirá para o cálculo dos diversos tributos e contribuições envolvidos.

Os dados coletados pelo autuante foram retirados das Declarações Anual do Simples Nacional (DASN), que se encontram anexas ao PAF, e a diferença de ICMS que está sendo exigido decorreu de valores que não foram levados pela empresa à tributação, de forma espontânea, por ter sido considerado que seriam mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Detectada a falha da escrituração, o autuante considerou estes valores, agregou-os ao faturamento mensal do estabelecimento, e calculou o imposto. Outrossim, por meio da receita bruta calculou o percentual devido e aplicou a alíquota correspondente.

Ademais, pode ser constatado que o autuado não comercializa apenas produtos da substituição, conforme declarou à Receita Federal, e que o critério utilizado para apuração dos débitos a recolher foi o mesmo utilizado pelo contribuinte, que sempre recolheu ICMS Simples Nacional, conforme consta do INC (sistema SEFAZ).

Desta forma, agiu corretamente o autuante, pois, embora as receitas relativas às operações sujeitas à substituição tributária e sujeitas à antecipação tributária com encerramento de tributação, Art. 3º, § 4º da Res. CGSN 51/08), devam ser segregadas para tributação apartada, restou comprovado que, na realidade houve receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação que erroneamente não foram incluídos para a tributação do Simples Nacional. Portanto, não há reparos a serem feitos nos levantamentos relativos às infrações, ficam mantidas na íntegra.

Ademais, o sujeito passivo não contestou os valores ora exigidos, nem apontou qualquer erro na aplicação dos cálculos, efetuados pelo autuante.

Quanto à multa aplicada, esta encontra-se tipificada no art. 35 da Lei Complementar 123/06, e no art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, de 27/12/1966, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/2007, e não há razão para contestar a sua ilegalidade.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 218056.0004/11-2, lavrado contra **VALDOMIRO DOS SANTOS SOBRAL FILHO DE CONCEIÇÃO DO ALMEIDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.094,28**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35, da LC nº 123/06, art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR