

A. I. Nº - 217366.0016/11-0
AUTUADO - COMERCIAL SUPER RAINHA LTDA.
AUTUANTE - WILSON DE ALBUQUERQUE MELO JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 13.05.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0078/02-13

EMENTA: ICMS. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES NACIONAL). **a)** ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU DE ALÍQUOTA APLICADA A MENOR. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, conforme presunção legal nesse sentido (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96). Infrações caracterizadas. Argumentos defensivos não elidem a legitimidade do lançamento tributário. Rejeitadas as preliminares de nulidades suscitadas na defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/12/2011, reclama ICMS no valor total de R\$30.778,47, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

1. Recolhimento a menor do ICMS declarado, nos prazos regulamentares, no valor de R\$5.829,07, no período de novembro e dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, e abril, junho e dezembro de 2009, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por microempresas e empresa de pequeno porte – Simples Nacional, implicando em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, conforme demonstrativos e documentos às fls. 14 a 343.
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$24.949,40, referente a omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumida por meio de apuração através de notas fiscais de entrada, confrontado com a escrituração do Livro Registro de entradas, no período de julho de 2007 dezembro de 2008, conforme demonstrativos e documentos às fls. 14 a 343.

Consta à fl. 11, um Termo de Entrega do Auto de Infração, Relatórios, Demonstrativos e Planilhas do sistema AUDIG, e mídia contendo arquivos eletrônicos, devidamente assinado por preposto do autuado.

O sujeito passivo, através de advogado legalmente constituído, em sua defesa às fls. 351 a 363, após sintetizar os fatos, transcreveu os dispositivos legais constantes no enquadramento legal no auto de infração, quais sejam: artigos 21, inciso I, 18, 20, 26 e 35, da Lei Complementar nº 123/2006; artigo 44 da Lei nº 9.430/96; e artigo 4º, inciso IV, § 4º da Lei nº 7.014/96.

Em seguida, invocou o artigo 18, inciso IV, alínea "a" do RPAF/99, para argüir a nulidade do lançamento com base na preliminar de inexistência de justa causa para a lavratura do auto de infração, pois os dispositivos legais tidos como infringidos não possibilitam o entendimento esposado na exação. Além disso, diz que a autuação se apresenta completamente confusa, pois consta que a infração 01 foi cometida em 17.2.2001 e a infração 02 em 17.03.2001, e nesta parte está eivada de decadência e prescrição.

Feitas estas considerações preliminares, destaca a tempestividade de sua defesa, faz uma síntese da autuação, e tece comentários sobre o fundamento das presunções em matéria tributária, ato administrativo de lançamento tributário, e apresenta seus fundamentos jurídicos, cita lições de renomados tributaristas, para argüir que o fato gerador do ICMS ocorre na saída da mercadoria do estabelecimento, e que somente nessa hipótese há que se falar em débito de ICMS. Diz que o lançamento está comprometido pela ilegalidade, por não se aplicar as regras do art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

Além disso, alega ainda excesso de exação e que *"Na prática, essa disposição legal é inoperante. Não obstante a voracidade do fisco, cada dia maior, a opinião pública parece que ainda considera os agentes do fisco como pessoas cumpridoras da lei, o que infelizmente não corresponde à realidade"*.

Quanto à multa e juros argumenta que representam acréscimo exorbitante e abusivo de 150% ao valor originário do débito, e que tal imposição adquire a verdadeira conotação de confisco. Também considerou incabível a aplicação da Taxa SELIC para débitos tributários.

Ao final, encerra seus argumentos alegando que considerando: a nulidade do lançamento; a falta de comprovação material do ilícito fiscal constante do auto de infração; a imprevalência do crédito tributário; a cobrança abusiva de juros e multas e que não foram fundamentados adequadamente a infração e que esta não alcança a empresa autuado, pugna pela nulidade ou insubsistência do auto de infração.

Requeru a realização de diligência ou de perícia, protestando pela indicação de seu perito assistente, formulação de quesitos, e suplementação de provas, e documentos admitidos em direito.

O autuante presta sua informação fiscal às fls. 378 a 380, na qual, destaca que apresentar defesa na esfera administrativa e/ou judicial é mais do que um direito, é uma obrigação daqueles contribuintes que efetivamente tiveram sobre si ação fiscal com cobrança indevida de tributos, o que, não é o caso do presente processo.

Rebateu os argumentos defensivos dizendo que:

- a) não há o que se falar em ilegitimidade da lavratura da ação fiscal, pois a mesma se deu por servidor fiscal devidamente qualificado para esse fim;
- b) o autuado foi regularmente intimado, conforme Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos fiscais à fl. 09;
- c) quanto à justa causa para instauração da ação fiscal, é uma questão de Administração Tributária da SEFAZ selecionar e indicar contribuintes do ICMS a serem fiscalizados, e no caso, com a emissão da Ordem de Serviço nº 511470/11 iniciou a ação fiscal com a intimação apresentada ao contribuinte em seu estabelecimento comercial;
- d) quanto ao equívoco do contribuinte em considerar o código da infração como data da infração é muito comum entre aqueles que não estão ainda familiarizados com um Auto de Infração.

Esclarece que o auto de infração foi lavrado com base nos documentos apresentados pelo contribuinte e pelas informações fiscais constantes dos sistemas SEFAZ, sendo, todos os materiais entregues ao contribuinte quando da ciência da ação fiscal. Destaca que, apesar do contribuinte apresentar vastos argumentos em sua peça defensiva, em nenhum momento, defendeu de fato as infrações aplicadas e

infrações aplicadas e descritas no auto de infração, e demonstradas nos relatórios e demonstrativos gerados pelo programa de Auditoria- AUDIG.

Ressalta que a ação fiscal foi desenvolvida com imparcialidade e profissionalismo, aplicando-se as regras tributárias e cobrando aquilo que é devido, não sendo cabível a alegação de que houve excesso de exação na ação fiscal objeto do presente lançamento tributário.

Quanto às questões suscitadas de multas confiscatórias e que não é cabível a aplicação da Taxa SELIC para atualização de créditos tributários, o preposto fiscal diz que não tem nada a discutir sobre o tema, uma vez que, esses dispositivos estão embasados em Leis e que só lhe aplicá-las.

Quanto aos argumentos finais apresentados pelo autuado, salienta que nada há que se falar, pois, o Auto de Infração se encontra com todos os requisitos exigidos e necessários a sua procedência; e as provas materiais fazem parte do processo e foram entregues ao contribuinte.

Concluindo, pugna pela procedência total do Auto de Infração.

VOTO

Analisando a preliminar de nulidade argüida na defesa, no sentido de inexistência de justa causa para a lavratura do auto de infração, pois os dispositivos legais tidos como infringidos não possibilitam o entendimento esposado na exação, observo que não assiste razão ao patrono do sujeito passivo, tendo em vista que:

a) o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, cujas multas exigidas estão fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam cada item da autuação, é o autuante tem legitimidade para a lavratura do auto de infração;

b) a acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, e os demonstrativos elaborados pelo autuante identificam de forma bastante clara as infrações, tudo de conformidade com os demonstrativos e documentos às fls.14 a 343;

c) não há porque se falar inexistência de justa causa, conforme alegado, visto que os dispositivos legais constantes no enquadramento legal possibilitam o perfeito entendimento das acusações fiscais;

d) foi atendido o devido processo legal, tendo o sujeito passivo recebido todos os demonstrativos que fundamentam as infrações, inclusive em mídia eletrônica, conforme comprova o documento constante à fl. 11, devidamente assinado por preposto do autuado, e pode exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório;

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Quanto a alegação defensiva de que a autuação se apresenta completamente confusa, pois consta que a infração 01 foi cometida em 17.02.2001 e a infração 02 em 17.03.2001, e nesta parte está eivada de decadência e prescrição, não merece acolhimento, pois em momento algum consta nos autos que as infrações correram nas citadas datas. As “datas” que o autuado se refere dizem respeito aos códigos das infrações, quais sejam: **Infração 01 - 17.02.01** e **Infração 01 - 17.03.01**.

No que tange às datas dos fatores geradores, verifico que consta no demonstrativo de débito às fls. 01 e 02 do auto de infração que os fatos geradores são correspondentes aos meses de novembro e dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, e abril, junho e dezembro de 2009 (infração 01) e junho de 2007, e dezembro de 2008.

Sendo assim, não havendo lançamento nas citadas datas, deixo de apreciar a alegação defensiva de decadência.

Com relação ao pedido do autuado de diligência fiscal para revisão do lançamento, com base no art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido tal pedido, tendo em vista que o pedido do contribuinte foi no sentido de verificação de fatos vinculados à escrituração comercial ou de documentos que estejam de sua posse, e cujas provas poderiam ter sido juntadas aos autos. Além disso, o autuado não apresentou provas de suas alegações, nem justificou impossibilidade de trazer ao processo tais provas.

Verifico, ainda, que o patrono do autuado, quanto à multa e juros decorrentes da autuação, argüiu que estas representam acréscimo exorbitante e abusivo de 150% ao valor originário do débito, e que tal imposição adquire a verdadeira conotação de confisco, e considerou incabível a aplicação da taxa SELIC.

Apreciando tal alegação, observo que a aplicação da multa pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no artigo 35, da Lei Complementar nº 123/06 e artigo 44, inciso I da Lei Federal nº 9.430/96 de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07, inciso II, “f”, da Lei nº 7.014/96, sendo que a alegação concernente ao seu caráter confiscatório não deve ser apreciadas por estar prevista nas citadas leis, e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99. Quanto a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para cobrança e cálculo dos juros moratórios, essa taxa é legal, porquanto está prevista no inciso II, do § 2º, do art. 102, da Lei nº 3.965/81 (COTEB).

No mérito, verifico que o autuado, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresa de Pequeno Porte-Simples Nacional, foi exigido no item 02, o ICMS sobre a omissão de saída de mercadorias, por presunção legal, apurado por meio de apuração através de notas fiscais de entrada, confrontadas com a escrituração do livro Registro de Entradas.

Já o item 01, faz referência a valores deixados de recolher pelo Regime Especial Unificado de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, devido a erro na informação da receita e alíquota aplicada a menor, em decorrência da apuração na infração 02 acima citada.

Na defesa fiscal, o patrono do autuado apenas arguiu a falta de comprovação material do ilícito, alegação essa, que não merece acolhimento, pois, os débitos lançados nas infrações foram apurados com base nas planilhas eletrônicas do AUDIG constantes às fls.50 a 58 para o exercício de 2007, e 59 a 68 para o exercício de 2008. Verifico ainda que a receita normal está relacionada, mês a mês, com a especificação das notas fiscais D-1, inclusive das entradas não registradas. Ademais, após a determinação das novas faixas de receita, resultou em novos percentuais para a apuração do débito de cada infração.

Portanto, a ação fiscal obedeceu a legislação tributária, notadamente as instruções da Portaria nº 340/99, que determinam os procedimentos para a realização do levantamento fiscal das receitas apuradas aos contribuintes optantes pelo Simples Nacional, cujos relatórios gerados pela autuante estão detalhados mensalmente, permitindo ao autuado o perfeito entendimento dos valores que foram lançados, tanto que o autuado exerceu o seu direito de defesa, e não apresentou fatos novos ou provas consistentes, capazes para descaracterizar a autuação.

Desse modo, os débitos das infrações em questão, estão devidamente demonstrados através das citadas planilhas, e no caso do item 01, a autuação está fundamentada no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê *in verbis*: “O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de **entrada de**

de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”. (negrito nosso)

Desta forma, a entrada de mercadorias não contabilizadas indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Ante o exposto, considero subsistentes as infrações de que cuidam este processo, tendo em vista que, conforme alinha acima, as questões formais suscitadas na defesa não prosperaram, não existindo qualquer vício nos demonstrativos que instruem a autuação; as infrações imputadas foram descritas com clareza e permitiram o exercício da ampla defesa e do contraditório, e por isso, considero correto o procedimento fiscal, cujas razões defensivas não foram capazes de elidir os valores lançados no auto de infração.

Por fim, restando demonstrada, a origem das infrações, a título de falta de recolhimento de valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, decorrentes do cálculo da receita total apurada acrescida da omissão de entradas de mercadorias, em comparação com os valores declarados no PGDAS, concluo que a receita declarada foi inferior ao demonstrado nas planilhas que instruem a autuação, e por via de consequência, não foi recolhido o ICMS no período objeto da autuação lançado no demonstrativo de débito.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217366.0016/11-0**, lavrado contra **COMERCIAL SUPER RAINHA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$30.778,47**, acrescido das multas de 75% sobre R\$5.829,07 e de 150% sobre R\$24.949,40, previstas no artigo 35 da LC 123/06 e artigo 44, inciso I da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 15/06/2007, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de abril de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA