

A. I. N° - 080393.0003/12-3
AUTUADO - R. S. SILVA SANTANA
AUTUANTE - NELSON ALVES DE SOUSA
ORIGEM - INFRAZ CRUZ DAS ALMAS
INTERNET - 26/08/2013

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0188-03/13

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. OMISSÃO DE SAÍDAS. A falta de registro das notas fiscais de entrada comprovada configura omissão de receitas. Infração subsistente. Retificado o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração para a prevista no inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/12/2012, refere-se à exigência de R\$8.448,66 de ICMS, acrescido da multa de 150%, em decorrência da omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entrada, confrontado com a escrituração do livro Registro de Entradas. “Conforme PGDAS, Notas Fiscais não registradas no LRE (Anexo 1), divergência omissão de saída pela entrada (Anexo 2-A), comparativo receita apurada (anexo 3), análise ICMS do SN a reclamar e notas fiscais eletrônicas, em anexo.”

Constam dos autos os seguintes elementos: cópias da DASN dos meses de junho a outubro de 2012, fls. 05 a 14; “Relação de NFs não Registradas no LRE”, fls. 15 e 16; Anexo 2-A “Resumo – Diverg. Omissão de Saída pela Entrada”, fl. 18; Anexo 3 “Comparativo Receita Apurada(Vendas Emitidas + Omissão de Saída pela Entrada) x Receita DASN”, fls. 19 e 20; Anexo 4 “Análise ICMS do Simples Nacional a Reclamar”, fls. 21 e 22 e cópias dos Danfes nºs 8633, 1293, 010, 773, 169, 570, 012, 2249, 766, 15799, 5000, 2387, 16220, 2589, 168996, 301, 13041, fls. 23 a 41.

O autuado apresenta impugnação, fls. 43 a 48, alinhando as ponderações a seguir sintetizadas.

Inicialmente informa que foi intimado em 02/10/12 a apresentar as notas fiscais de entrada, no prazo de quarenta e oito horas, referente ao período de 03/2012 a 30/09/2012.

Destaca que em momento algum teve interesse em omitir as notas fiscais de entrada, o que ocorreu foi uma falha no envio das notas entre a empresa e a contabilidade. Observa que o imposto pago sobre as notas fiscais de entrada são de responsabilidade do emitente (fornecedores), e que recolhe sobre o valor da nota fiscal de saída, não lhe incidindo custo algum em apresentar as notas fiscais de entrada, na verdade seria o certo, pois não correríamos riscos de dar saída sem justificar a entrada.

Ressalta que tem ciência da necessidade de fazer a perfeita apresentação das notas fiscais e contribuir com a arrecadação de impostos para o Estado, porém em virtude da falha na comunicação com o profissional que lhe presta os serviços de assessoria contábil, *um equívoco sanável*, visto que não lhe geraria prejuízo e nem custo algum, pois como dito anteriormente a responsabilidade em pagar o imposto é inteiramente da emitente da NF-e, e que apenas falhou em não apresentar quando foi notificada a apresentar as notas fiscais. Arremata frisando poder apresentar a qualquer momento, visto que todas as notas fiscais estão em seus arquivos, e que nada ganha em não apresentá-las.

Observa que as Notas Fiscais de entrada requisitadas foram apresentadas pela contabilidade tempestivamente, porém em virtude de erro e imperícia entre a empresa no envio dos *e-mails*

com as respectivas notas fiscais no anexo, enviados à contabilidade, ficou restando anexar algumas notas. Arremata sustentando que não cometera conduta fraudulenta e nem dolosa.

Reproduz o art. 158 do RPAF-BA/99, o art. 182 do Código Tributário Nacional - CTN e o §1º do art. 145 da CF/88, para em seguida solicitar que não sejam cobradas as multas de 150% sobre o valor da infração requerendo a exclusão por ser uma empresa que trabalha pautada no respeito e compromisso com o pagamento de impostos, e idônea que de forma bastante honesta busca entrar no mercado, contribuir com impostos, gerar empregos, e possui todas as suas atividades econômicas voltadas para fornecimento de produtos para programas do Governo Federal.

Menciona que os valores apurados no presente no Auto de Infração não somente correspondente ao solicitado na data da intimação realizada feita em 02/10/12, obrigando a intimada a apresentar as notas fiscais de entradas no prazo de quarenta e oito horas, como também foram exigidos o pagamento do imposto das notas com valores mais significativos, emitidas num momento posterior ao da apresentação de notas correspondente a intimação. Solicita a exclusão no supracitado Auto de Infração o valor correspondente às notas emitidas após o dia da apresentação das notas fiscais, referente à intimação realizada no dia 02/10/12.

Relata que está fazendo toda escrituração contábil, bem como solicitou também o parcelamento de todos os impostos que não foram pagos no fim do exercício de 2012. Informa ainda que esses não foram pagos na data prevista, pois enfrentou dificuldades financeiras, em virtude de motivo fortuito que levou a empresa a sofrer um golpe de R\$55.000,00 por um estelionatário que se passava por produtor de milho em grão e não entregou os produtos, esse fato fez com que a empresa acumulasse dívidas com imposto e se desorganizasse administrativamente, porém vem buscando melhor forma para se reinserir no mercado, quitar as pendências com impostos e está pronta para sanar os erros cometidos e que ensejaram a lavratura do presente Auto de infração.

O autuante presta informação fiscal às fls. 51 e 52, mantendo a autuação sob o fundamento das ponderações a seguir sumariadas.

Observa de inicio que o autuado em sua defesa informa que o Auto de Infração, fora lavrado em 28/11/2012, quando o mesmo fora lavrado em 28/12/2012, e que a intimação para apresentação dos livros e documentos fiscais referente ao periodo de 03/2012 a 09/2012 foi realizada em 22/10/2012 e não 02/10/2012, fls. 04, como o contribuinte afirma.

Assinala que em momento algum o contribuinte contesta os valores do crédito tributário apurados, reportando-se ao percentual da multa cobrada - art. 35 da LC 123/06; art. 44, I e §1º da Lei Federal N° 9.430/96 de 27/12/96 com a redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/97. Prossegue frisando que o autuado questionou ter sido feita a fiscalização até 31/10/2012, período que não consta na intimação e que a omissão das entradas ocorridas não foi por dolo ou fraude, tão somente falha de comunicação entre ele e seu escritório contábil.

Esclarece que ao realizar o trabalho de fiscalizar, conforme Ordem de Serviço nº 511.216/12, verificou que não havia declaração no Documento de Arrecadação do Simples Nacional - DASN do período, excetuando os meses de junho e julho/2012, e por isso, incluiu o mês de outubro porque os valores constantes nas entradas encontradas através das Notas Fiscais Eletrônicas recebidas pelo contribuinte apresentavam valores totais quase iguais aos dos meses anteriores (junho a setembro), encontrando-se os dados de outubro/12 nos arquivos da SEFAZ, ampliou o período fiscalizado.

Relata que, embora o contribuinte já estivesse sobre ação fiscal desde 22/10/2012, foram feitas as Declarações de Apuração do Simples Nacional a “posteriori”, conforme documentos anexados fls. 06, 08, 10, 12 e 14, em dezembro/2012 e foram aceitas as apurações por ele realizadas.

Conclui requerendo a manutenção da Ação Fiscal.

VOTO

Inicialmente, embora abordada de forma difusa, por entender tratar-se de preliminar de nulidade, cabe enfrentar a alegação da defesa de que fora incluída na exigência fiscal a apuração relativa ao mês de outubro de 2012 pelo fato de a “Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais”, fl. 04, ter sido realizada no dia 02/10/12, exigindo o cumprimento em quarenta e oito horas para apresentação das notas fiscais, aduzindo que fora exigido pagamento referente a notas fiscais emitidas em data posterior à da intimação. Ao compulsar os elementos que integram os autos verifico que a intimação, fl. 04, foi expedida e entregue ao autuado em 22/10/2012, no entanto, constato que não teve seu direito prejudicado, uma vez que o Auto de Infração somente fora lavrado em 28/12/2012, portanto, depois de transcorrido tempo suficiente para que o impugnante exercesse seu direito de ampla defesa. Tanto é assim, que mesmo após trinta dias da lavratura em sua defesa não apontou qualquer óbice que tivesse impedido a plena elaboração de sua impugnação. Nesses termos, não há se falar em cerceamento de defesa e considero ultrapassada a liminar suscitada e passo a tratar do mérito da autuação.

No mérito, o Auto de Infração trata da omissão de saída de mercadoria tributável, presumida por meio de apuração através de notas fiscais de entradas, confrontado com a escrituração do livro Registro de Entradas.

Verifico que os valores apurados e exigidos com base na documentação apresentada pelo autuado e nas DASN, fls. 05 a 14, nas planilhas geradas pelo Sistema AUDIG da SEFAZ, fls. 18 a 22, que discriminam a origem e a obtenção dos valores exigidos mensalmente, fl. 22.

Em sede defesa o sujeito passivo, somente questionou a apuração atinente ao mês de outubro, não refutando a acusação fiscal como um todo, bem como não apontou qualquer outra inconsistência nos valores exigidos no Auto de Infração. Requer a exclusão da multa indicada de 150% sugerida no Auto de Infração.

Do exame nas peças que instruem o processo, constato que no levantamento fiscal, o autuante efetuou a análise dos documentos do autuado, relativos ao Simples Nacional, sendo considerados no levantamento fiscal os valores informados na DASN ou recolhido pelo contribuinte, conforme se verifica no demonstrativo “ANÁLISE DO ICMS SIMPLES A RECLAMAR”, fls. 21 e 22, em cada mês do período auditado. Verifico que a apuração foi realizada conforme estabelece o §4º do art. 18 da Lei Complementar 123/06, e em especial os percentuais definidos no Anexo 1.

Logo, entendo que está caracterizada a irregularidade apontada no Auto de Infração, sendo devido o imposto apurado no demonstrativo elaborado pelo autuante, fl. 22, no valor de R\$8.448,65.

Em relação à multa de 150% sugerida no Auto de Infração com base no inciso I e §1º do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/97, constato que o agravamento do percentual de 75%, estatuído no inciso I, para 150%, determinado no §1º, somente deve ser aplicado nos casos em que restar configurado inequivocamente na apuração da irregularidade a ação dolosa perpetrada pelo sujeito passivo. Condição essa *sine qua non* para que seja aplicado o agravamento da sanção para 150% e que restou evidenciado nos autos que não se configurou, ante a ausência de qualquer comprovação nesse sentido.

Esta é a nítida inferência que resulta da inteleção do teor categórico dos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64, a seguir reproduzidos, dispositivos legais indicados pelo §1º do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96.

“Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art . 72. Fraude é tôda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do impôsto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.”

Assim, a multa sugerida no Auto de Infração deve ser corrigida para 75% prevista no inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96, eis que restou manifesto nos autos ser descabido o agravamento previsto no §1º do aludido artigo.

Concluo pela procedência da autuação fiscal, com a adequação da multa para 75%.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **080393.0003/12-3**, lavrado contra **R. S. SILVA SANTANA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.448,66**, 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, 07 de agosto de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - JULGADOR