

PROCESSO	- A. I. N°210374.0036/14-0
RECORRENTE	- R R CONSTRUÇÕES E PRÉ MOLDADOS LTDA. - ME
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0185-04/15
ORIGEM	- INFRAZ ITABERABA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 02/12/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0375-12/15

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. As retificações realizadas pelo contribuinte após o início da ação fiscal não podem ser consideradas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, mantendo a exigência fiscal no montante de **R\$10.999,76**, acrescido da multa de 75% e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado em 15/05/2014 decorre de uma única infração, objeto do Recurso Voluntário, e que acusa o Sujeito Passivo de haver deixado 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, fato constatado nos meses de dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 4ª JJF, decidiu, por unanimidade e com base no voto do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, que é integralmente Procedente o Auto de Infração, como segue:

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização: Falta de recolhimento do 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.

Abordo, inicialmente, as argüições preliminares postas pelo autuado, a começar pelo fato de que os livros fiscais não teriam sido devolvidos após a conclusão dos trabalhos de fiscalização, prejudicando o seu direito de defesa. De fato, quando da autuação e ciência ao sujeito passivo, o autuante não efetivou a devolução dos livros e documentos arrecadados para a fiscalização. Todavia, a reabertura de prazo concedida, e a devolução dos livros e documentos, restabeleceu a normalidade do trâmite, permitindo, inclusive, nova apresentação de defesa, o que sanou o vício inicialmente existente.

Quanto ao argumento de que ao não encaminhar as intimações ao contador da empresa autuado, estaria configurado vício insanável, também não posso acolher, diante do fato de que a regra para intimação está contida no artigo 108 do RPAF/99, o qual dispõe que a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, o que foi amplamente atendido.

Lembro que ao contrário do processo judicial, onde o advogado da parte é quem, na forma do Código de Processo Civil deve receber as intimações, comunicações e praticar atos processuais, no processo administrativo, as intimações são encaminhadas ao domicílio fiscal do contribuinte, sem que isso se configure em qualquer irregularidade, ou motivo para anulação do ato, embora nada impedissem que as intimações do presente processo também fossem encaminhadas ao seu contador, conforme solicitado.

Inexiste, pois, qualquer cerceamento de defesa, ao autuado, de forma que o mesmo pode praticar de forma ampla tal direito, o que se apresenta pelas diversas manifestações ao longo do processo.

Quanto ao argumento de nulidade frente a falta de elementos para se determinar a infração, diante do fato do

Fisco imputar ao contribuinte a infração descrita, ignorada pelo autuado, sem prova de sua materialidade, por não colacionar aos autos elementos suficientes para provar a infração, estando ausentes os demonstrativos relacionando as notas fiscais de saída, como alegado, da mesma forma não posso acolher.

Isso por que os demonstrativos elaborados pelo autuante o foram, compilando-se os dados mensais, baseados nos elementos contidos nas Declarações Anuais e extratos do Simples Nacional, regime pelo qual o autuado é optante, e que se encontram às fls. 08 a 142.

Assim, ficaria dispensada a necessidade de enumerar as notas fiscais neles constantes, até pelo fato de que tais documentos encontram-se em poder do autuado, vez que por ele emitidos, o que permite a aplicação do artigo 142 do RPAF/99, segundo o qual, 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. Ainda assim, o autuante acostou algumas notas fiscais (fls. 177 a 182), em relação às quais o sujeito passivo não se manifestou a respeito.

Ademais, o autuado não apontou erro ou equívoco específico em relação ao levantamento realizado, o que fragiliza a sua tese, até pelo fato de que se verdadeira a atividade secundária de comércio de materiais de construção, poderia muito bem ter trazido ao feito cópias de notas fiscais que provassem tal assertiva, o que não o fez, não se podendo falar em autuação por presunção, pois, se assim fosse, caberia ao sujeito passivo provar o contrário, o que também não ocorreu, sendo a mesma pautada nos dados informados pelo contribuinte em seus extratos e documentos emitidos.

Desta forma, as respostas aos questionamentos feitos pelo autuado em suas peças defensivas, ficam prejudicadas.

No mérito, a tese defensiva é de negativa do cometimento da infração atribuída, pelo fato de ter apresentado retificações às declarações enviadas para o sistema de informações do Simples Nacional, no que foi refutado pelo autuante, de que tais retificações foram realizadas após a intimação para a fiscalização.

Analisando os elementos do processo, observo que o autuado é empresa optante pelo regime de apuração do Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar 123/06. Frente às disposições da mesma, bem como instrumentos normativos complementares, o valor a recolher é apurado mensalmente, a partir receita bruta dos últimos doze meses, com expurgo daquelas que sofreram incidência de antecipação tributária, com encerramento de tributação.

A sistemática adotada pela empresa autuado, de considerar saídas tributadas como não tributadas, se constitui em evasão fiscal, com reflexo no imposto a recolher, a menor.

A análise da matéria prende-se exclusivamente à análise material dos fatos, verifico que a intimação para o início dos trabalhos de fiscalização deu-se em 14 de abril de 2014, na forma da intimação de fl. 80. As retificações apresentadas em reforço da tese defensiva, foram todas geradas em 25 de junho de 2014 e apuradas em 16 de abril, 14 de maio, 07 de junho de 2014, ou seja, após o início da ação fiscal, onde a espontaneidade do contribuinte fica prejudicada, conforme se denota nos documentos de fls. 99, 100, 103, 104, 107, 108, 109, 110, 115, 116, 119, 120, 123, 124, 129, 130, 133, 134, 137, 138, 141, 142, 170, 171, 183 a 188.

Tal fato, antes de mais nada, significa o reconhecimento do autuado quanto ao acerto da autuação, e uma tentativa de sanar a acusação fiscal, quando não mais poderia.

Diante deste fato, e tendo em vista que o lançamento data de 15 de maio de 2014, com ciência em 30 de maio de 2014, está comprovado que os ajustes realizados o foram quando não era mais possível, vez que posteriores ao lançamento.

Quanto as multas aplicadas, no caso, a legislação do Simples Nacional estabelece que em relação as infrações, devem ser aplicadas as penalidades previstas na legislação do imposto de renda, o que ocorreu no caso, a se ver pela capitulação das mesmas na Lei federal 9.430/96, com suas alterações posteriores, descabendo os argumentos do autuado de que a multa deveria ser de 50%, diante da inaplicabilidade da Lei 7.014/96 ao caso.

Por tais motivos, não posso acolher os argumentos defensivos, e julgo o Auto de Infração procedente.

Protocolizado Recurso voluntário tempestivo, fls. 235/244, o contribuinte retorna aos autos para insurgir-se contra a Decisão emanada da 4^a Junta de Julgamento Fiscal.

De início, aduz a nulidade do julgamento por violação ao princípio da motivação, entendido que parte das razões de defesa não teriam sido apreciadas pela Junta de Julgamento Fiscal. Derredor desse tema registra que: “*Em preliminar, convém ressaltar Douta Câmara que o contribuinte autuada alegou em sua defesa que possui em sua atividade secundária o comércio varejista de materiais de construção em geral, cujas mercadorias sofrem substituição tributária, e apenas demonstrativos do autuante, acompanhado de cópia das notas fiscais de saída do autuado, poderia com segurança concluir que o contribuinte considerou receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação como se o ICMS tivesse sido substituído ou antecipado nas Informações prestadas no PGDAS-D, fato não apreciado pela Colenda 4a. Junta de Julgamento Fiscal*”.

Discorre sobre o princípio da motivação e, com remissão feita à CF/88, à doutrina e à jurisprudência, conclui que é nula a Decisão da junta, nos termos do art. 18, III, do RPAF/Ba.

No mérito, entende que há evidente cobrança em duplidade sobre o mesmo fato gerador. Aduz que apesar de declarações retificadoras terem sido levadas a efeito após a lavratura do Auto de Infração, lembra que “*a cobrança do valor do imposto já foi devidamente lançado e pago deve ser reconhecido para fins de evitar a dupla cobrança*”.

Mencionando o art. 147, §1º, do CTN, lembra que o prazo ali estipulado somente se aplica quando a declaração visa a reduzir ou a excluir tributo que anulou a segunda inscrição a qual deu origem ao lançamento de ofício discutido nos autos.

Consigna que o lançamento em apreço deveria limitar-se à diferença apurada e à incidência das penalidades porventura não cobradas quando da concessão do parcelamento, lembrando que o art. 138, do CTN, apenas retirou a espontaneidade da declaração retificadora, mas não afastou seus demais efeitos. Nessa esteira, registra que no seu entender, o Fisco Estadual, indevidamente, confunde os conceitos de denúncia espontânea e eficácia da declaração retificadora, entendido que “*Uma declaração retificadora entregue após o início de atividade fiscalizatória, mormente com pagamento parcelado, não enseja a denúncia espontânea, mas não significa que não constitua o crédito tributário respectivo*”. Cita a Súmula 436 e decisões do STJ, além do art. 116-A do RPAF/Ba.

Por fim, pede acolhimento do seu Recurso Voluntário para, em preliminar, que seja declarada a nulidade da Decisão recorrida e, no mérito, que se julgue parcialmente procedente o Auto de Infração, sendo devida tão somente a multa imposta.

Em razão do valor em discussão, por razões de ordem regimental e regulamentar, não há manifestação da PGE/Profis.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 4ª JJF deste CONSEF, Acórdão JJF 0185-04/15, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se discute tem assento na acusação de haver o contribuinte deixado 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.

Em preliminar, o Sujeito Passivo aduz a nulidade da Decisão recorrida, entendido que teriam os julgadores de piso deixado de apreciar as suas razões quanto ao fato de que apenas os demonstrativos fiscais acompanhados das notas fiscais correspondentes teriam o condão de determinar que a oro recorrente tivesse considerado receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação como se o ICMS tivesse sido substituído ou antecipado nas informações prestadas no PGDAS-D.

Não merece acolhida a tese recursal quanto à preliminar de nulidade da Decisão recorrida. Em que pese ter suscitado a matéria em sede de defesa, o voto do julgador de piso enfrentou a questão de maneira absolutamente clara e objetiva, *ex vi* trecho do voto que conduziu a Decisão que diz:

Isso por que os demonstrativos elaborados pelo autuante o foram, compilando-se os dados mensais, baseados nos elementos contidos nas Declarações Anuais e extratos do Simples Nacional, regime pelo qual o autuado é optante, e que se encontram às fls. 08 a 142.

Assim, ficaria dispensada a necessidade de enumerar as notas fiscais neles constantes, até pelo fato de que tais documentos encontram-se em poder do autuado, vez que por ele emitidos, o que permite a aplicação do artigo 142 do RPAF/99, segundo o qual, 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. Ainda assim, o autuante acostou algumas notas fiscais (fls. 177 a 182), em relação às quais o sujeito passivo não se manifestou a respeito.

Ademais, o autuado não apontou erro ou equívoco específico em relação ao levantamento realizado, o que fragiliza a sua tese, até pelo fato de que se verdadeira a atividade secundária de comércio de materiais de

construção, poderia muito bem ter trazido ao feito cópias de notas fiscais que provassem tal assertiva, o que não o fez, não se podendo falar em autuação por presunção, pois, se assim fosse, caberia ao sujeito passivo provar o contrário, o que também não ocorreu, sendo a mesma pautada nos dados informados pelo contribuinte em seus extratos e documentos emitidos.

Da leitura do texto acima reproduzido, vê-se claramente que o julgador de piso enfrentou a nulidade suscitada, deixando claro que a enumeração e colação das notas fiscais pretendidas pela ré corrente seria desnecessária em razão de as referidas notas serem de emissão do próprio Sujeito Passivo, muito bem lembrado pelo relator da Decisão recorrida que poderia o Contribuinte ter trazido à colação as notas fiscais que pudessem ao menos contrariar o lançamento.

Isto posto, nego acolhimento à preliminar de nulidade.

No mérito, aduz o récorrente que não se poderia exigir imposto em razão de ter providenciado a retificação das Informações prestadas no PGDAS-D, conforme Extrato do Simples Nacional, além de ter efetuado parcelamento da diferença do imposto apurado, conforme DAS trazida aos autos.

Fato é que a ré corrente, por ser optante do SIMPLES Nacional, se submete ao recolhimento da sua cesta de impostas a partir da apuração da sua receita bruta dos últimos doze meses, merecendo destaque o fato de que na dita cesta não se incluem, por determinação de comandos normativos, as operações para as quais incidem o ICMS – Antecipação tributária.

Também é fato incontestável que a ré corrente, verificando o cometimento de infração fiscal, procedeu a retificações de declarações enviadas para o sistema de informações do Simples Nacional com fim de corrigir os erros verificados, entretanto, tais retificações ocorreram após o início da ação fiscal que culminou na lavratura do Auto de Infração em apreço, conforme exposto no voto condutor da Decisão de piso, restando claro o prejuízo à espontaneidade do recolhimento.

Em assim sendo, sobretudo porque as retificações das declarações enviadas para o sistema de informações do Simples Nacional e o parcelamento correspondente aconteceram após o início da ação fiscal, correta é a manutenção do Auto de Infração em apreço. No que concerne a eventual pagamento do ICMS devido, a repartição fazendária competente fará as verificações necessárias e a consequente homologação dos valores efetivamente recolhidos e que guardem correspondência com a exigência fiscal em voga.

Pelo exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida tal como prolatada.

A repartição fazendária competente deverá proceder à homologação dos valores efetivamente recolhidos pelo Sujeito Passivo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 210374.0036/14-0, lavrado contra R R CONSTRUÇÕES E PRÉ MOLDADOS LTDA. - ME, devendo ser intimado o récorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$10.999,76, acrescido da multa de 75%, prevista na Lei Federal nº 9.430/96, art. 44, I, com a redação da Lei Federal nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS