

A. I. Nº - 233099.1807/15-6
AUTUADO - S. ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. [S.ALMEIDA SERVICOS ADMINISTRATIVO LTDA. - S.ALMEIDA SERVICOS]
AUTUANTE - MARCOS VINICIUS BORGES DE BARROS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/09/2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0140-01/16

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE O IMPOSTO RECOLHIDO E O ESCRITURADO. A tese defensiva não se sustenta pela ausência de elementos probantes. Infração procedente. Indeferido os pedidos de diligência e perícia. Afastada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15/12/2015, exige ICMS no valor de R\$53.915,17, acrescido da multa de 60%, em razão de recolhimento a menos do ICMS em decorrência de desconcontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, no período de janeiro a agosto de 2015.

O autuado através de advogado legalmente habilitado apresentou impugnação (fls. 32 a 53), inicialmente afirmando existir equívocos da autoridade fiscalizadora, o que acarreta a nulidade do lançamento. Todavia, caso permaneça a acusação, o valor deve ser reduzido pelas razões que passou a expor.

Diz que observa desconcontro da autuação e por esta razão solicita a realização de perícia contábil, a ser realizada pela ASTEC, em consonância com o princípio da verdade material, que norteia o Processo Administrativo em análise. Cita e transcreve trechos de ensinamentos da Administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Entende que restando configurados os vícios constantes do auto de infração ora impugnado, bem como os vícios no procedimento do processo administrativo fiscal, os quais violam o princípio do devido processo legal, cerceando o direito de defesa do contribuinte, conclui-se que o Ato praticado pela Administração Pública revestiu-se de ilegalidade, devendo-se, pois, ser declarado nulo de pleno direito.

Aduz que as razões defensivas apresentadas devam ser devidamente consideradas. Transcreve o art. 145 do RPAF para afirmar que o eventual indeferimento do pleito pericial, nesta primeira fase administrativa, além de equivocada será reprovável, uma vez que existem razões sérias e contundentes que exigem a produção de prova pericial - diligência fiscal a ser procedida pela ASTEC, a qual trará provas incontestáveis da verdade material a que se funda a autuação fiscal ora impugnada.

Transcreve o teor da acusação e afirma que a mesma não merece prosperar, uma vez que a suposta falta de recolhimento do ICMS, tão somente, baseada na mera presunção realizada pela autoridade fiscalizadora, não corresponde com a realidade dos fatos. Afirma que a empresa nada deve da quantia ainda remanescente, dado que não foram considerados eventuais perdas, devoluções, abatimentos, vez que a apuração se deu com base em registros feitos às pressas, para atender ao ilegal credenciamento do Simples Nacional, não correspondendo à realidade dos fatos, eis que a apuração foi feita de forma totalmente equivocada.

Esclarece que com a lavratura do auto de infração, ocorreu uma excessiva oneração ao contribuinte, em total desrespeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Além disso, o fiscal autuante não levou em conta que a empresa autuada possui todos os livros fiscais e

contábeis escriturados, desrespeitando, assim, o princípio da equidade. Ademais, a legislação tributária determina que, ao se efetuar autuação fiscal, deve-se analisar todos os documentos do estabelecimento a ser autuado, para que se chegue a uma conclusão concreta, sem dúvidas ou obscuridades, o que não ocorreu no caso concreto, conforme será comprovado no demonstrativo que a empresa autuada acostará aos autos, conforme já noticiado acima.

Prossegue informando que aparentemente houve um equívoco por parte do fiscal autuante, já que, conforme é demonstrado, a empresa contribuinte atuou de maneira correta, não existindo motivo para ser cobrado o referido imposto, muito menos acrescido de multa exorbitante de 60% e 70%.

Externa o entendimento de que a empresa autuada não poderia ser fiscalizada na forma como o foi, dado que sua exclusão do simples nacional se deu de forma ilegal, na medida em que teve cerceados seus lícitos direito de defesa.

Com efeito, a Lei Complementar nº 123/2006 estabelece que por ocasião da exclusão de ofício da empresa optante do simples nacional, a mesma deverá ser comunicada do início do processo de exclusão de conformidade com o que for regulamentado pelo órgão gestor. Neste sentido dispõe o artigo 28 da LC nº 23/06, que transcreveu.

Por sua vez, o Regulamento do ICMS neste Estado reconhece a autoridade e competência do Comitê Gestor na disciplinação do ato de exclusão do Simples Nacional, conforme dispõe o art. 326 do RICMS, Decreto nº 6287/97.

Neste diapasão, o Comitê Gestor do simples nacional assume o papel de regulamentador do ato de exclusão do simples nacional. Dentro, por conseguinte, de sua competência originária, na forma acima concebida, e como não poderia deixar de ser, o citado comitê denomina, no artigo 4º, §1º da Resolução nº 15/2007, o ato de exclusão do Simples Nacional de “processo”.

A ciência do início daquele processo de exclusão de ofício, diz ainda a referida Resolução nº 15/07, no §3º do artigo 4º, que se dará segundo disposição da legislação do ente federado responsável pela aquela exclusão.

Por legislação entenda-se, para os fins de legitimar o ato de exclusão, aquela que regula, no âmbito de cada ente federado, o Processo Administrativo Fiscal. E isto porque, as disposições dos artigos 39 da Lei Complementar nº 23/06 e §5º, do artigo 4º da Resolução nº 15/07 são claros em qualificar o contencioso advindo do Simples Nacional como sendo de cunho administrativo, recomendando, por conseguinte, que o processo de exclusão do Simples Nacional deva ser regulado por normas que disciplinam o regulamento do Processo Administrativo Fiscal de cada ente tributante.

Conclui que no processo de exclusão do Simples Nacional, a legislação aplicável é a que regula o Processo Administrativo Fiscal neste Estado. E o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999, é claro ao dispor, no artigo 108 abaixo transcrito, que a intimação do contribuinte quanto a qualquer ato, fato ou exigência fiscal deva ser feita pessoalmente, sendo a editalícia um complemento daquela na hipótese em que frustrada a intimação pessoal.

Transcreve o § 1º do Art. 108 para afirmar que não se aplica aqui o RICMS, pois sendo da competência do órgão gestor do simples nacional disciplinar a forma de exclusão de ofício, conforme acima demonstrado, e tendo este determinado a aplicação das disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do ente tributante responsável pela exclusão, não se pode adotar nenhuma outra legislação, incluindo no caso o RICMS, que venha disciplinar forma diversa de intimação do termo de exclusão, etapa inicial do processo de exclusão de ofício do Simples Nacional. E o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF vigente neste Estado privilegia a intimação pessoal como forma originária de comunicação do início do processo administrativo tributário.

Desse modo, não poderia ser aplicado o artigo 393 do RICMS para comunicação da exclusão do

simples nacional à Autuada, porquanto havendo a Lei Complementar nº 123/06 determinado expressamente a aplicação do regulamento do processo administrativo fiscal ao contencioso advindo daquela exclusão, não poderia decreto estadual regulamentador do ICMS dispor de forma diferente, ferindo, assim, o princípio da legalidade e os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como do devido processo legal administrativo, além do princípio hierárquico.

Transcreve Ementa do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais firmou jurisprudência no sentido de reconhecer como nula a comunicação por edital do ato de exclusão do simples nacional.

Conclui que não havia motivo a lavratura do presente autos de infração, vez que à Autuada não lhe foi oportunizado se defender no processo de exclusão do simples nacional, por conta da ilegal comunicação do início do referido processo ter se dado por edital e não pessoalmente, como manda o RPAF.

Fala sobre a vedação de instituição de tributo com efeito confiscatório, dizendo ser ilegal e inconstitucional isto porque o Estado utiliza-se da mesma não com o intuito de inibir o inadimplemento da obrigação tributária, e sim com o intuito de absorver a propriedade particular, desrespeitando, com isso, outros dois princípios norteadores da Administração Pública: o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade.

Cita entendimentos sobre a aplicação de tais princípios emitidos pelo ministro Celso de Melo como relator do RE nº 374981/RS e jurisprudência pátria, em relação às multas confiscatórias.

Finaliza solicitando a nulidade do Auto de Infração e na remota e eventual hipótese de ser julgada procedente a ação fiscal, requer a redução da multa para 30%, conforme vem sendo aplicado pelos Tribunais Superiores.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 62, ressalta que o contribuinte se limita a contestar a infração alegando que sua escrituração fiscal foi feita às pressas, sem apresentar nenhum demonstrativo ou documentos fiscais que comprovem a sua tese.

Esclarece que a fiscalização realizou o levantamento com base nos livros e documentos fiscais apresentados pelo próprio contribuinte e/ou seu representante contábil, conforme se verifica às fls. 07 a 27 do PAF. Diz que foram abatidos os valores recolhidos relativos à antecipação, conforme demonstrativo à fl. 06.

VOTO

Não acolho os argumentos defensivos relacionados ao pedido de nulidade do Auto de Infração, pois inexistem os alegados vícios de procedimentos uma vez que a acusação está posta de maneira clara e devidamente demonstradas de forma analítica, cujas planilhas elaboradas foram entregues ao autuado, mediante recibo, lhe possibilitando os mais amplos meios de defesa. Com isso, vejo que foram seguidas todas as normas estabelecidas pelo Art. 39 do RPAF/BA.

Do mesmo modo, não prospera a arguição defensiva de irregularidade no processo de exclusão do Simples Nacional.

Isso porque, de acordo com consulta efetuada junto ao sistema de Informação do Contribuinte-INC, desta Secretaria, o contribuinte jamais esteve inscrito no Simples Nacional, pois apesar de ter solicitado em 01/07/2007 a sua inclusão no referido regime o mesmo foi indeferido pela Secretaria da Receita Federal e desde então a empresa tem recolhido o ICMS através do regime normal de apuração do imposto. É o que se observa inclusive na Relação de arrecadação por receita emitida pelo Sistema INC desta secretaria, conforme se observa às fls. 24 a 27.

Diante do exposto, não acolho as nulidades arguidas, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99 – aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, capaz de invalidar o ato de lançamento de ofício.

Indefiro o pedido de diligência requerido, com base no art. 147, I, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação a presente lide. Ademais, suas alegações de equívocos nos levantamentos efetuados pelo autuante não se fazem acompanhar das provas documentais que as ampare. Como tais provas se referem a documentos e livros que estão de posse do próprio contribuinte, caberia a este trazê-los aos autos para elidir a infração, demonstrando as incorreções alegadas, e não requerer revisão a cargo do Fisco com base em alegações desprovidas de suporte fático.

Em relação à perícia requerida, esclareço que esta tem a finalidade de esclarecer fatos eminentemente técnicos, a ser realizado por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o que não é o caso dos autos, já que não é necessário conhecimento especializado para o deslinde da questão, razão pela qual também fica indeferida.

No que concerne ao mérito do levantamento, o sujeito passivo não apresentou nenhum documento ou demonstrativo para contrapor aos elaborados pelo autuante, apenas nega o cometimento da infração, sob o argumento de que houve equívocos na escrituração dos livros fiscais.

Por outro lado verifico que as diferenças apontadas pela fiscalização foram verificadas através do confronto entre o imposto apurado mensalmente pelo próprio contribuinte e escriturado no seu livro Registro de Apuração do ICMS-RAICMS e o efetivamente recolhido.

Assim, como não foram apresentadas quaisquer provas capazes de desconstituir os lançamentos atinentes à infração sob análise, acolho o demonstrativo de apuração do Auto de Infração.

No que diz respeito à alegação de que a multa aplicada de 60% é abusiva e confiscatória, observo que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e é prevista no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, portanto legal. Quanto ao caráter confiscatório, não pode ser apreciadas por este órgão julgador administrativo, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158/159, do RPAF/BA.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **233099.1807/15-6**, lavrado contra **S. ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECCÕES LTDA. [S.ALMEIDA SERVICOS ADMINISTRATIVO LTDA. - S.ALMEIDA SERVICOS]**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$53.915,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de agosto de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR – JULGADOR