

A. I. N° - 060624.0013/13-9
AUTUADO - TN DE ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES - EIRELI - EPP
AUTUANTE - MARIA DE LOURDES PIMENTEL MORAES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 26.10.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0161-05/17

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. Arguição do impugnante acolhida parcialmente. Refeitos os cálculos do imposto devido e reduzido o valor reclamado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2013, exige ICMS no valor histórico de R\$478.176,81 em razão da seguinte irregularidade: *"Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios"*. Multas de 50% e 60% - Art. 42, incisos I, "a" e II, "f" da Lei nº 7.014/96.

O autuado, às fls. 296 a 306 dos autos, através do representante apresenta defesa e, inicialmente, relata quanto à tempestividade e relata os fatos motivadores da autuação. Logo, afirma que o Auto de Infração é acompanhado de tabela sintética anual da base de cálculo do tributo exigido na autuação, no qual fundamenta a cobrança, acompanhado de planilhas de auditoria de conta corrente, que aparentemente têm o objetivo de compor um demonstrativo analítico da tabela sintética exibida na folha de rosto do auto em comento.

Explica que só há equivalência entre a tabela sintética e as planilhas analíticas nos anos de 2009, 2010, 2011 e 2012. Destaca que a planilha analítica do ano de 2008 não instruiu a autuação, fato que impede a Impugnante de promover a sua defesa, sendo que as autuações relativas aos demais exercícios não podem prosperar, porque o autuado foi acusado de não identificar a base de cálculo do ICMS, o autuante refez a conta corrente deste tributo, porém sem demonstrar como determinou a referida base de cálculo indicada na autuação. Assim, sustenta impossibilidade de conhecer o critério, ficando prejudicada a defesa da Impugnante, fato este que implica, na forma do RPAF, em mais uma nulidade da autuação.

Diz, ainda, ser optante pelo SIMPLES NACIONAL, durante a maior parte do tempo do período autuado, motivo pelo qual não poderia ser tributada pelo regime normal de apuração, o que deve-se levar em consideração que, em se tratando de autuação por recolhimento A MENOR de tributo, o prazo decadencial para o lançamento de ofício é de 05 (cinco) anos a contar da ocorrência do fato gerador.

Salienta, ainda, que ultrapassada esta argumentação, percebe-se que ao elaborarem a planilha, deixou de considerar créditos decorrentes dos recolhimentos feitos ao Erário Estadual por meio do SIMPLES NACIONAL no período, bem ainda o crédito de estoque a que tinha direito por força de lei (RICMS art. 330-A, III, "c", §1º, II) e os créditos de ICMS relativo às antecipações parciais que fez. Com efeito, passa-se à impugnação ao lançamento, forte nos elementos elencados.

Suscita preliminares de nulidade quanto à ausência de demonstração da base de cálculo do lançamento e em relação ao exercício de 2008, não acompanhou a planilha analítica do ano 2008.

Na primeira preliminar, disse que na descrição do Auto de Infração, no demonstrativo de cálculo de ICMS, percebe-se que em momento algum aponta como determinou a base de cálculo utilizada para apurar o tributo supostamente devido.

Pergunta que: *"de onde foram retirados os valores que constam nas planilhas de "Auditoria de Conta Corrente"? Quais foram as notas fiscais utilizadas? Quais foram as naturezas das*

operações?". Afirma que nenhuma dessas respostas pode ser obtida pela leitura da autuação, o que impede a Impugnante de exercer propriamente o seu direito de defesa, sendo que se resume a autuação em apontar números de base de cálculo e alíquota sem sequer apontar como apurou aqueles montantes.

Assim, sustenta que a autuação deve ser nula, uma vez que o ato administrativo de lançamento obstaculizou claramente o exercício do direito à ampla defesa, disposto na forma do art. 18 do RPAF.

Na segunda preliminar suscitada, alega no que toca ao ano de 2008 que o vício de nulidade ainda é maior, pois enquanto que nos exercícios de 2009 a 2012 há ao menos uma planilha indicando os números da base de cálculo (muito embora quanto a eles não se indique a origem), quanto ao exercício de 2008 sequer tais números existem!

Afirma que não há planilha de auditoria de conta corrente referente a 2008, sendo que, a planilha até existe, mas os seus números não coincidem em nada com os números apontados na folha de rosto do Auto de Infração. Sustenta que é impossível se defender na autuação – também neste particular – deve ser julgada nula de pleno direito, com espeque no art. 18 do RPAF.

No mérito, salienta que mesmo sem saber como a fiscalização apurou o ICMS exigido pelo Auto de Infração em comento, ainda assim, irá provar ser improcedente em grande parte a autuação.

No exercício deste contraditório, porém, de forma alguma sana os vícios das nulidades apontadas no tópico anterior. Reafirma não saber de qual método se valeu para promover a cobrança em testilha. De qualquer sorte, em homenagem ao princípio da eventualidade, apresenta os argumentos capazes de tornar parcialmente improcedente a autuação.

Alega a impossibilidade de se promover a tributação pelo regime normal de contribuinte optante do simples nacional, pois entende ter sido optante do SIMPLES NACIONAL durante a maior parte do período autuado vez que jamais foi notificada de qualquer desenquadramento do regime simplificado em comento. Assim, a simples menção feita no Auto de Infração ora combatido de que houve a *"exclusão de ofício do SIMPLES NACIONAL de acordo com o Edital de Notificação de exclusão do SIMPLES NACIONAL Nº 06/12"* não dá azo a inferir que a ciência de tal ato se deu na forma preconizada em lei.

Ressalta que não foi notificada regularmente da sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, é totalmente improcedente o Auto de Infração que se dispõe a exigir da Impugnante o recolhimento de tributação pelo regime NORMAL. Esclarece que o único período entre 2008 e 2012 em que não esteve enquadrada no SIMPLES NACIONAL foi em 2009, mas tal situação se deu por opção própria, tendo retornado ao referido regime simplificado em 2010.

Alega preliminar de mérito quanto à decadência parcial do lançamento, pois do lançamento tributário com vistas a exigir o pagamento de tributo entendeu ter sido recolhido a menos nas competências de 01/2008 a 12/2012.

Explica que somente foi dada ciência da autuação à Impugnante em 08/10/2013. Assim, em se tratando de autuação por recolhimento A MENOS (conforme se verá mais à frente, houve o recolhimento de ICMS através do regime do SIMPLES), sustenta ser aplicável ao caso concreto o quanto dispõe o art. 150 §4º do CTN, ou seja, caduca o direito de promover o lançamento de ofício após 05 (cinco) anos contados do fato gerador, sendo que se a lavratura do Auto de Infração foi notificada à Impugnante em 08/10/2013, todos os fatos geradores ocorridos até 5 (cinco) anos antes desta data, ou seja, antes de 08/10/2008, estão extintos pela decadência.

Alude quanto ao erro na determinação do tributo, tendo ausência de abatimento dos valores relativos ao ICMS pago pelo regime do simples nacional, afirma que não abateu do crédito de estoque, não observou a existência de deduções da base de cálculo, refazendo a planilha do autuante.

Percebe que o Fisco, ao promover a autuação deixou de abater do montante lançado créditos de

ICMS a que a Impugnante faz jus. Disse que através da planilha em anexo (ANEXO I) refez o cálculo elaborado pelo Autuante, indicando e abatendo os créditos e as deduções a que faz jus e que deveriam ser diminuídos do tributo exigido no Auto de Infração.

Frisa que, ao repetir os valores apontados pela Fiscalização na planilha ora anexada, não concordar com todos eles (ver tópico “2.1”). Esclarece que o fato de fazer constar tais números na planilha serve apenas para – em homenagem ao princípio da eventualidade – provar que – ainda que ultrapassada a nulidade escandida, o Auto de Infração deverá ser declarada parcialmente procedente.

Quanto ao não abatimento do ICMS recolhido por meio do simples nacional, declara que é pessoa jurídica optante do SIMPLES NACIONAL, recolhendo o ICMS através deste regime, e jamais podendo ser fiscalizada como se fosse tributada pelo regime normal de apuração. Entretanto, ainda, pontua que se pudesse tributá-la como se normal fosse, seria ilógico – resultando em enriquecimento ilícito do Estado da Bahia – deixar de considerar e abater do quanto apurado o ICMS recolhido no referido regime simplificado.

Nota que, na sua planilha – ANEXO I – incluiu uma coluna na qual os valores recolhidos sob o regime do SIMPLES NACIONAL foram devidamente abatidos, sendo que os montantes recolhidos pelo regime do SIMPLES NACIONAL estão apontados no extrato de pagamento em anexo (DOC. 02) e conferem com os constantes da planilha juntada nesta peça.

Afirma que não abateu destes valores o que majorou indevidamente no *quantum* lançado, sendo mais um motivo para a realização de diligência fiscal a fim de que se promova a correta apuração do ICMS e, ao fim, conclua-se pela improcedência da autuação.

Em relação a não contabilização do crédito de estoque, alega violação ao RICMS art. 330-A, III, “c”, §1º, II. Disse que o RICMS estabelece, em seu art. 330-A, III, “c”, §1º, II que a eventual exclusão do SIMPLES NACIONAL dá direito ao contribuinte de obter crédito fiscal apurado em livro de inventário. Pontua que tal crédito, inclusive, é calculado pelo preço de aquisição mais recente da mercadoria. Esclarece que o autuante passou ao largo desta obrigação legal, deixando de conferir à Impugnante o direito a este creditamento.

Reitera que na planilha ora acostada – ANEXO I –aponta o valor deste crédito apurado em 01/01/2008, sendo que o valor do estoque por sua vez está apurado no ANEXO II e poderá ser comprovado pela realização de diligência, o que de logo se requer.

Alega que quanto ao não abatimento dos créditos de antecipação parcial. Declara que a Fiscalização, quando da apuração, não promoveu o abatimento do crédito a que faz jus em razão da antecipação parcial do imposto.

Aduz que a planilha corretiva ora anexada (ANEXO I) sana tal distorção, sendo necessária a realização de diligência fiscal a fim de apurar os números apontados. Assim sendo, destaca que se ultrapassado o reconhecimento da nulidade, pede-se, que seja o processo baixado em diligência para que se confirmem os créditos a que a Impugnante faz jus, na forma da planilha ora anexada.

Aborda quanto às deduções legais para a determinação da base de cálculo do imposto, que o autuante também, na determinação da base de cálculo, aparentemente não deduziu das saídas as devoluções e transferências internas de mercadorias majorando indevidamente o imposto devido. Assim sendo, se ultrapassado o reconhecimento das nulidades, pede-se, seja o processo baixado em diligência para que se confirmem as deduções legais os créditos a que a Impugnante faz jus, na forma da planilha ora anexada.

Na alegação quanto ao demonstrativo de débito em planilha anexada, registra que junta aos autos planilha utilizando os valores indicados pela Fiscalização no Auto de Infração, porém acrescida para contemplar o quanto arguido na argumentação defensiva: "a) a decadência do período anterior a outubro de 2008; b) a apropriação dos valores de ICMS recolhidos pelo SIMPLES

NACIONAL; c) o crédito do ICMS relativo aos estoques existentes no mês anterior ao do hipotético desenquadramento do regime simplificado; d) o crédito relativo ao ICMS recolhido a título de antecipação parcial; e e) a redução da base de cálculo do imposto pela apropriação das deduções".

Aduz poder se verificar que ao final do período (12/2012), após realizados os ajustes acima citados, a Impugnante seria devedora de R\$171.736,55, restando incontroverso que, se ultrapassadas as nulidades, deve ser reconhecida a parcial procedência da autuação. Esclarece que não pode juntar documentos fiscais comprobatórios do quanto alegado em razão de toda a documentação fiscal ainda se encontrar em poder do Autuante, que lavrou o auto de infração ora vergastado, mas NÃO devolveu a documentação fiscal que utilizou para a lavratura.

Pede pelo total provimento, através da declaração da nulidade da autuação. Caso seja ultrapassado tal pedido, pugna-se, sucessivamente, pelo reconhecimento e declaração da Parcial Procedência do Auto de Infração, no qual seja em razão de ter sido optante do SIMPLES NACIONAL durante o período autuado, seja em razão dos equívocos incorridos pela Fiscalização na apuração do imposto conforme a argumentação expendida nessa peça defensiva.

Requer, também, que seja promovida diligência fiscal a fim de comprovar a existência dos créditos e das deduções acima referidos. Protesta, ainda, por todos os meios de prova em direito admitidos, indicando, de logo, juntada posterior de documentos e demonstrativos, pareceres, decisões dos Tribunais Administrativos e Judiciais, inclusive em contra prova, diligências, exames, vistorias e revisão do lançamento.

Na informação fiscal, fls. 320/321, alinha que o autuado fez uso do direito que lhe é assegurado pelo art. 123. Resume os argumentos do autuado:

"1) Apuração dos valores levantados e cobrados nas competências de 01/2008 a 12/2012. Alega também a inexistência de equivalência da citada planilha relativa ao exercício de 2008.

2) Apuração da Base de Cálculo

3) Do Mérito

4) Da Decadência Parcial do Lançamento.

5) Do erro na determinação do tributo - da ausência de abatimento dos valores relativos ao ICMS PAGO PELO REGIME DO SIMPLES NACIONAL - do não abatimento do crédito de estoque - da inobservância da existência de deduções da base de cálculo - do refazimento da planilha do autuante.

6) Do não abatimento do ICMS recolhido por meio do SIMPLES NACIONAL."

Em sua informação, esclarece que a apuração dos valores do imposto cobrado se deu da mesma forma, muito embora, o lançamento no Auto de Infração, em todos os períodos fiscalizados tenha se dado por exercício. Disse que no Demonstrativo de Débito, os mesmos registros encontram-se relativos aos períodos de cada um deles às fls. 211 e 212 do presente processo, cuja base de cálculo se originou dos lançamentos feitos nos livros fiscais próprios e dedução dos valores relativos a DENÚNCIA ESPONTÂNEA que resultou na diferença a recolher.

Explica que o presente Auto de Infração teve sua lavratura originada na falta de recolhimento do ICMS - Operações com mercadorias, de acordo com a legislação em vigor, o que não cabe tal reconhecimento, e sim à Justiça.

Esclarece que por tratar-se de tributo diferenciado e por manter-se o defendente com o mesmo procedimento, sugere que se peça restituição dos valores alegados. Quanto ao crédito de Estoque, lembra que não se fez a apuração exigida no art. 330A do RICMS alegado pelo impugnante.

Afirma que o autuado deixou de apresentar a esta fiscalização o livro Registro de Apuração do ICMS, sob alegação de sua permanência no SIMPLES NACIONAL, portanto, não nos caberia o abatimento de elemento desconhecido, pois foram reconhecidos em forma de créditos todos os valores do ICMS recolhido com a rubrica 759 e 2175 que por equívoco não foi feito anteriormente no momento da apuração da Conta corrente.

Salienta que todas as correções possíveis foram consideradas e constam de nova planilha

elaborada. Foram anexadas a fim de esclarecimentos cópias dos livros Registro de Inventário, Registro de Entradas e Registro de Saídas, ainda para averiguações das operações com Cartões de Crédito e Débito devido ao longo período fiscalizado e o grande volume de documentos a manusear.

Em manifestação, às fls. 525/531, contesta a informação fiscal apresentada pelo autuante.

Pontua que resta prejudicado, pois o fiscal afirma que:

- a) *"Os lançamentos das bases de cálculo se deram com base no livro fiscal próprio, sendo por isso possível à Impugnante promover a sua defesa. Para tanto, anexou novo demonstrativo e documentos (fls. 322/522) buscando legitimar os lançamentos efetuados. Com efeito, anexou o demonstrativo de apuração de 2008, bem como a cópia dos livros de onde afirmou ter obtido os dados restantes da autuação"*. Esclarece que a juntada, neste momento processual, da referida documentação, não convalida a nulidade perpetrada. Nota, ainda, o indevido aumento da tributação com relação ao exercício de 2012.
- b) *"A autuação decorreu da falta de recolhimento do ICMS, de acordo com a legislação em vigor"*. Assevera que não entendeu o que quis a autuante dizer com tal frase, mas de logo deve-se retificá-la, pois a autuação não se deu por ausência de recolhimento de ICMS. Afirma que o tributo fora recolhido, sendo que a acusação é em razão do recolhimento a menos do referido tributo.
- c) *"Que "tal reconhecimento" não cabe à Autuante, mas sim à Justiça"*. Quanto a esta frase, sustenta que não entende, também, o que quis dizer a subscritora da peça de fls. 320/321. Pergunta: *"Qual o reconhecimento que não cabe à Autuante? Da decadência? Por que o reconhecimento da decadência caberia ao Poder Judiciário apenas e tão somente?"*.
- d) *"Deve a Impugnante pedir a restituição dos valores pagos a título de ICMS através do SIMPLES, e que o crédito de estoque não foi dado porque deixou de ser apresentado o livro registro de apuração de ICMS. Afirma também que foram dados os créditos sob a rubrica 759 e 2175"*. Primeiramente, quanto ao ICMS recolhido através do SIMPLES, reclama quanto ao não abatimento/creditamento de tais parcelas afirma que é um verdadeiro descabimento, mas pior ainda é a "sugestão" da Autuante. Por que deveria pedir restituição se os valores podem ser abatidos da autuação? Explica que se trata de mais de R\$360.000,00, efetivamente pago de ICMS, devidamente individualizado em extrato, que deixou de ser reconhecido como crédito! Quanto ao crédito de estoque, frisa que o livro de apuração de ICMS está à disposição da autuante, sendo ininteligível a razão pela qual não pôde, agora, considerar tal crédito, da mesma forma que aproveitou, também agora, os créditos das rubricas 759 (ICMS Regime Normal – Comércio) e 2175 (Antecipação Parcial de ICMS). De mais a mais, reitera que o estoque deve ser apurado pelo livro de inventário.
- e) *"Todas as correções possíveis foram consideradas e encontram-se em nova planilha elaborada"*. De início, frisa que nem todas as correções possíveis foram consideradas, pois, como dito antes, não se incluiu o crédito do ICMS recolhido através do SIMPLES tampouco o crédito fiscal do estoque. Registra a alteração do escopo da autuação, pois quanto ao exercício de 2012, houve aumento do tributo cobrado.

Pontua que a autuante passou ao largo de diversos argumentos trazidos na Impugnação, sendo que o seu silêncio deve ser interpretado como reconhecimento acerca da improcedência da autuação: *"a) Não se manifestou sobre a decadência; e b) Não se manifestou acerca da ausência de notificação a respeito da exclusão do SIMPLES NACIONAL"*.

Observa que convém rebater os argumentos expendidos na manifestação.

Pede pela manutenção da nulidade da autuação mesmo após a juntada, neste momento processual, da planilha de 2008 e dos documentos que a autuante afirma terem sido a base dos lançamentos dos exercícios de 2008 a 2012.

Acrescenta que a juntada pela Autuante da planilha de 2008, descritiva do cálculo do tributo

exigido bem como dos documentos de fls. 322/522 não sana a nulidade decorrente da não apresentação da dita documentação no início do procedimento administrativo.

Diz que não teve o momento nem o tempo adequado para analisar a dita planilha tampouco comparar cada uma das 201 folhas de documentos ora juntadas devido ao prazo de manifestação é de 30 (trinta) dias, enquanto o prazo para manifestar-se sobre as informações fiscais é de apenas 10 (dez) dias. Afirma que esse tempo é insuficiente para promover a análise acurada da documentação, bem como para promover a correta apuração dos fatos, contrapondo-se à autuação.

Chama atenção, que mesmo sem acatar todos os argumentos, já houve, nestes autos, a diminuição do crédito exigido, totalizando uma diferença de mais de R\$150.000,00 mesmo antes do julgamento. E esta diminuição se deu em todas as competências enfrentadas, a saber 2009, 2010 e 2011. Disse que o não oferecimento de tempo adequado impediu não só confrontar a planilha de 2008 (juntada aos autos somente agora pelo Autuante, com atraso), mas também de re-impugnar as planilhas de 2009 a 2012 com esteio nas origens do lançamento (documentos de fls. 322/522), também juntados somente agora, tardiamente.

Assevera que houve, e, ainda, há ofensa ao pleno exercício dos direitos à ampla defesa e ao contraditório, motivo pelo qual reitera pela anulação do lançamento.

Defende quanto ao imperativo abatimento dos valores de ICMS recolhidos através do regime do simples nacional. Destaca que, em sua defesa e na planilha corretiva juntada naquela oportunidade, demonstrou que no decorrer do período autuado recolheu ao Erário o ICMS através do regime do SIMPLES NACIONAL, juntando inclusive o extrato fornecido pela própria Secretaria da Fazenda em que restam demonstrados, sob o código 0709, os valores de ICMS pagos ao Estado da Bahia.

Registra que causa estranhamento a resistência da autuante em reconhecer a existência de tais créditos e abatê-los. Ora, tratando-se de tributos da mesma espécie, nada mais lógico do que reconhecer o crédito em testilha.

Nota que a resistência do autuante não encontra apoio em qualquer dispositivo de lei! Maior ainda é a pretensão de sugerir que o valor em testilha seja objeto de pedido de restituição, ou seja, a autuante reconhece que existe o crédito (tanto que sugere a restituição) mas, inexplicavelmente, nega-se a abatê-lo nesta apuração! Frisa que o ICMS exigido (pelo regime normal) e o ICMS pago (pelo regime do SIMPLES) são: "*i) relativos aos MESMOS fatos geradores; e ii) impostos da MESMA espécie*". Ou seja, argui que se está a tratar de ICMS, sendo a única diferença a FORMA de recolhimento, se pelo regime normal, ou pelo regime diferenciado do SIMPLES. Com efeito, diz que se deve reconhecer a existência de tais créditos e, ultrapassada a nulidade, abater o montante indicado do crédito exigido.

Alega a necessidade do reconhecimento da existência de crédito de estoque. Diz que o mesmo entendimento vale para o crédito de estoque, cujo montante a Autuante recusou-se a reconhecer.

Explica que na forma do art. 330-A do RICMS, o crédito de estoque deve ser calculado com base nos produtos existentes em estoque no último dia útil do mês anterior em que produzir efeitos a exclusão do contribuinte do SIMPLES NACIONAL.

Declara que, ainda, que de forma ilegal, os efeitos da exclusão do SIMPLES, neste auto de infração, tiveram efeito em janeiro de 2008 (primeiro mês autuado pelo Fisco, ainda que não tenha sido feita a juntada da planilha correspondente). Sendo assim, o crédito de estoque deveria ser calculado com base no estoque em 31/12/2007.

Pontua que não consta dos autos que tenha sido requerido qualquer documento referente ao ano de 2007, daí porque é inverídica a desculpa dada pela Autuante de que tal crédito não foi dado porque a Impugnante não forneceu o livro de registro de ICMS. Tal livro, referente ao ano de 2007, jamais foi requerido. De mais a mais, declara que o estoque mede-se pelo livro Registro de Inventário, e não há notícia de que tal documentação tenha sido pedida ou analisada pela Fiscalização. Afirma ser primordial, pois, a concessão do crédito de estoque, na forma requerida

na Impugnação.

Pede pelo total provimento da sua defesa, anulando-se a autuação e, sucessivamente, considerando-a parcialmente procedentes, na forma da planilha anexada naquela oportunidade.

Em manifestação da informação fiscal, fls. 566/567, disse que analisou a manifestação defensiva. Afirma que foi feito o reconhecimento dos créditos relativos ao recolhimento do ICMS com nomenclatura 0709 recolhido através do regime do SIMPLES NACIONAL, durante o período fiscalizado de 2008 a 2012 restando o seguinte resultado:

- Exercício 2008 - Saldo (R\$28.071,65)
- Exercício 2009 - Saldo a recolher no valor de R\$26.063,06 decorrente de recolhimento a menor de ICMS 0759 pertencente ao REGIME NORMAL de apuração.
- Exercício 2010 - Saldo de (R\$17.688,61).
- Exercício 2011 - Saldo de (R\$8.479,00)
- Exercício 2012 - com diferença a recolher de R\$65.145,49. Perfazendo um total de R\$91.208,55, a ser considerado Débito do Auto de Infração em tela, conforme Demonstrativo de Débito anexos às fls. 539 e 540.

Informa que, como não se deu cumprimento as formalidades exigidas no art. 330-A, continua com a posição antes firmada. Salienta que consta à fl. 12 do processo em discussão o documento Intimação para apresentação de livros e documentos com o seguinte teor, intimado a apresentar livros e documentos referentes ao período de 01/01/2007 a 31/12/2007. Assinalado com X no quarto quadro que se refere ao livro Registro de Inventário. Assinado por JULIANO TEIXEIRA DE JESUS moto-boy responsável pela entrega de outros documentos aqui apresentados.

A 2ª JJF converte em diligência à INFAZ de origem para que: *"se apense aos autos cópia do referido Edital de Notificação de Exclusão do Simples Nacional e da regular ciência do autuado da sua exclusão de ofício do citado regime do simples nacional, ou seja, a publicação no Diário Oficial do aludido Edital ou cientificação pessoal do contribuinte"*. Em atendimento ao solicitado pela diligência, fls. 579/580.

Na fl. 587, o então relator, converte em diligência, novamente, à INFAZ de origem para que a autuante adote os seguintes procedimentos:

"1 - Anexar aos autos planilha com a devida demonstração das reduções ou acréscimos dos valores exigidos originalmente e as respectivas motivações, efetuadas pela autuante em sua primeira e segunda informação fiscal;

2 - Apresentar novo demonstrativo de débito do Auto de Infração contemplando os valores remanescentes, originários das reduções ou acréscimos do imposto cobrado originalmente;

3 - Anexar aos autos cópia do histórico do autuado no Portal do Simples Nacional, indicando a sua exclusão do simples e os efeitos retroativos da aludida exclusão."

Após cumpridas as providências solicitadas, cientificar as partes, autuado e autuante, com cópia dos documentos resultante da diligência, bem como a 2ª informação fiscal, às fls. 566/567 dos autos, devendo reabrir prazo de defesa por 30 (trinta) dias, para manifestação e informação, caso queiram, conforme o art. 127, §6º do RPAF/99.

Na conclusão da diligência solicitada, fls. 591/593, inicialmente, informa que na primeira informação fiscal foi feito o conta corrente abatendo os valores pagos em 2009 na rubrica 759 (ICMS Empresa Normal) que deixaram de ser abatidos por ocasião do levantamento inicial. A partir dos valores apurados no conta corrente, foram deduzidos os valores denunciados espontaneamente, conforme planilha constante nas fls. 327 e 328.

Na Segunda Informação Fiscal, disse que foi novamente feito o levantamento da Conta Corrente, desta feita abatendo os recolhimentos a título de Simples Nacional nos exercícios de 2008, 2010, 2011 e 2012, cujos resultados apurados em cada período foram deduzidos os denunciados espontaneamente estando os valores demonstrados nas fls. 539 e 540.

Diante das alterações procedidas na primeira e segunda informações fiscais, declara que os valores dos débitos do Auto de Infração em epígrafe passam a ser os constantes dos quadros a seguir:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO RESULTANTE DA 1ª INFORMAÇÃO FISCAL

DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 02.01.01					
Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq%	Multa %	Valor Histórico
31/01/2008	09/02/2008	27.182,41	17	50	4.621,01
29/02/2008	09/03/2008	22.581,18	17	50	3.838,80
31/03/2008	09/04/2008	27.186,12	17	50	4.621,64
30/04/2008	09/05/2008	16.680,71	17	50	2.835,72
31/05/2008	09/06/2008	50.597,53	17	50	8.601,58
30/06/2008	09/07/2008	34.414,76	17	50	5.850,51
31/07/2008	09/08/2008	17.481,47	17	50	2.971,85
31/08/2008	09/09/2008	31.906,06	17	50	5.424,03
30/09/2008	09/10/2008	25.217,18	17	50	4.286,92
31/10/2008	09/11/2008	16.370,29	17	50	2.782,95
30/11/2008	09/12/2008	43.745,29	17	50	7.436,70
31/12/2008	09/01/2009	104.738,59	17	50	17.805,56
TOTAL 2008		418.101,59			71.077,27
28/02/2009	09/03/2009	16.344,18	17	50	2.778,51
31/03/2009	09/04/2009	10.129,41	17	50	1.722,00
30/04/2009	09/05/2009	7.386,12	17	50	1.255,64
31/05/2009	09/06/2009	10.519,35	17	50	1.788,29
30/06/2009	09/07/2009	11.344,76	17	50	1.928,61
31/07/2009	09/08/2009	8.327,06	17	50	1.415,60
31/08/2009	09/09/2009	5.459,88	17	50	928,18
30/09/2009	09/10/2009	5.412,59	17	50	920,14
30/11/2009	09/12/2009	23.419,94	17	50	3.981,39
31/12/2009	09/01/2010	2.429,12	17	50	412,95
TOTAL 2009		100.772,41			17.131,31
31/01/2010	09/02/2010	3.157,12	17	50	536,71
28/02/2010	09/03/2010	20.792,47	17	50	3.534,72
31/03/2010	09/04/2010	23.977,12	17	60	4.076,11
30/04/2010	09/05/2010	25.005,71	17	60	4.250,97
31/05/2010	09/06/2010	27.139,65	17	60	4.613,74
30/06/2010	09/07/2010	28.416,82	17	60	4.830,86
31/07/2010	09/08/2010	57.383,65	17	60	9.755,22
31/08/2010	09/09/2010	31.801,29	17	60	5.406,22
30/09/2010	09/10/2009	22.864,12	17	60	3.886,90
30/11/2010	09/12/2009	10.560,35	17	60	1.795,26
31/12/2010	09/01/2011	40.103,53	17	60	6.817,60
TOTAL 2010		291.201,82			49.504,31
28/02/2011	09/03/2011	35.860,53	17	60	6.096,29
31/03/2011	09/04/2011	36.844,82	17	60	6.263,62
30/04/2011	09/05/2011	20.315,59	17	60	3.453,65
31/05/2011	09/06/2011	62.962,29	17	60	10.703,59
30/06/2011	09/07/2011	52.952,76	17	60	9.001,97
31/07/2011	09/08/2011	28.937,35	17	60	4.919,35
31/08/2011	09/09/2011	31.674,35	17	60	5.384,64
30/09/2011	09/10/2011	28.819,71	17	60	4.899,35
31/10/2011	09/11/2011	25.354,41	17	60	4.310,25
30/11/2011	09/12/2011	30.637,06	17	60	5.208,30
31/12/2011	09/01/2012	62.462,53	17	60	10.618,63
TOTAL 2011		416.821,41			70.859,64
31/01/2012	09/02/2012	24.915,59	17	60	4.235,65
29/02/2012	09/03/2012	22.024,29	17	60	3.744,13
31/03/2012	09/04/2012	16.825,94	17	60	2.860,41
30/04/2012	09/05/2012	21.838,65	17	60	3.712,57
30/06/2012	09/07/2012	3.584,82	17	60	609,42
31/07/2012	09/08/2012	128.609,35	17	60	21.863,59
31/08/2012	09/09/2012	110.638,59	17	60	18.808,56
30/09/2012	09/10/2012	66.871,88	17	60	11.368,22
31/10/2012	09/11/2012	22.600,06	17	60	3.842,01
30/11/2012	09/12/2012	23.345,41	17	60	3.968,72
31/12/2012	09/01/2013	244.710,35	17	60	41.600,76
TOTAL 2012		685.964,94			116.614,04
TOTAL DA INFRAÇÃO					325.186,57

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO RESULTANTE DA 2ª INFORMAÇÃO FISCAL

DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO - 02.01.01					
Data Ocorr	Data Vento	Base de Cálculo	Aliq. %	Multa %	Valor Histórico
28/02/2009	09/03/2009	16344,18	17	50	2.778,51
31/03/2009	09/04/2009	10129,41	17	50	1.722,00
30/04/2009	09/05/2009	7386,12	17	50	1.255,64
31/05/2009	09/06/2009	10519,35	17	50	1.788,29
30/06/2009	09/09/2009	11344,76	17	50	1.928,61
31/07/2009	09/08/2009	8327,24	17	50	1.415,63
31/08/2009	09/09/2009	5459,88	17	50	928,18
30/09/2009	09/10/2009	5412,59	17	50	920,14
30/11/2009	09/12/2009	23419,94	17	50	3.981,39
31/12/2009	09/01/2010	54968,65	17	50	9.344,67
31/07/2012	09/08/2012	128609,35	17	60	21.863,59
31/08/2012	09/09/2012	73358,76	17	60	12.470,99
30/09/2012	09/10/2012	38006,12	17	60	6.461,04
31/12/2012	09/01/2013	143234,53	17	60	24.349,87
TOTAL DA INFRAÇÃO					91.208,55

Quanto à cópia da publicação do Edital do desenquadramento do Simples Nacional, diz constar na fl. 580 dos autos.

Na fl. 597, consta petição de novo representante do autuado.

Em nova defesa apresentada pelo representante do autuado, fls. 601/619, inicialmente, relata em relação à autuação e suscita preliminar de nulidade.

Nesta preliminar, chama atenção ao desencontro da autuação, vênua concessa, inequivocamente parece que supostamente haveria presença de elementos aptos a formar a convicção dos componentes daquele R. Órgão Julgador o pedido de realização de perícia contábil formulado pelo contribuinte ainda permanece válido.

Esclarece que no caso de controvérsias em relação ao quanto efetivamente seja devido, é mister a apuração do valor mediante perícia pela ASTEC, em consonância com o princípio da verdade material que norteia o Processo Administrativo em análise. Desse modo, sob pena de nulidade dos atos administrativos por violação do procedimento legal, que compromete o regular prosseguimento do feito, a realização de perícia contábil.

Nesse diapasão é imprescindível apontar ensinamento da ilustre Administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 217-218*).

Assim, 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. Ultrapassada a preliminar, o que verdadeiramente seria absurdo, deve considerar que as razões defensivas apresentadas devam ser devidamente consideradas no julgamento da infeliz autuação fiscal, a qual se mostra distante da melhor e mais correta aplicação da lei, o que dispõe o RPAF (Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999 - arts. 145 e 146).

Sustenta está claro 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.

Defende que da acusação que lhe é imputada, requereu a improcedência da autuação com fulcro nos princípios norteadores da administração pública, bem como do ordenamento jurídico brasileiro, protestando ainda pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a juntada de documentos em prova e contra prova.

No mérito, transcreve a imputação e afirma que não merece prosperar a sua fundamentação, 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.

Alega, novamente, que a empresa autuada 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 as pressas pela autuada para atender ao ilegal descredenciamento do Simples Nacional, não corresponde à realidade dos fatos, eis que a apuração foi feita de forma totalmente equivocada.

Diz que, de fato, restou evidente que ao proceder a lavratura do Auto de Infração o fiscal autuante aplicou todo o rigor e frieza da lei, sem considerar que a lei deve ser interpretada de forma a não causar desnecessário agravo ao contribuinte. Ademais, esclarece que com a lavratura do auto de infração, ocorreu uma excessiva oneração ao contribuinte autuado, em total desrespeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Além disso, pontua que não levou em conta o fiscal autuante que a empresa autuada possui todos os livros fiscais e contábeis escriturados, desrespeitando, assim, o princípio da equidade.

Ademais, ainda, destaca que 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, 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.

Assevera 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% (sessenta por cento).

Quanto à nulidade da autuação por nulidade do processo de exclusão do simples nacional que deu causa a lavratura do Auto de Infração devido à intimação. Explica 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 cerceado seu lícito direito de defesa.

Salienta que, 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, cita o artigo 28 da LC nº 23/06 e o art. 326 do RICMS - Decreto nº 6.287/97, no qual o Regulamento do ICMS neste Estado reconhece a autoridade e competência do Comitê Gestor na disciplinação do ato de exclusão do Simples Nacional.

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 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”. Transcreve o art. 4º, §1º e reproduz o §4º do mesmo artigo, o qual dispõe sobre a ciência do início daquele processo de exclusão de ofício, diz ainda a referida Resolução nº 15/07, que se dará segundo disposição da legislação do ente federado responsável pela aquela exclusão.

Entende por legislação, 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.

Deduziu que, por óbvio, 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, 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.

Afirma 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, pontua que 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, e não poderia ser diferente.

Com efeito, o chamamento de qualquer réu, acusado, suspeito ou indiciado para responder, esclarece que, se defender em qualquer processo ou procedimento, administrativo ou judicial, deve ser, inicialmente, pela forma pessoal e direta, pois é princípio basilar de qualquer ordenamento jurídico o direito do acusado saber pessoalmente do que lhe acusam.

Desse modo, afirma que não poderia ser aplicado o artigo 393F 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.

Por essa razão, o egrégio 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. Junta jurisprudência (Apelação Cível Nº 1.0024.11.113374-0/001 - COMARCA DE Belo Horizonte - Apelante(s): FAZENDA PÚBLICA MUNICÍPIO BELO HORIZONTE - Apelado(a)(s): SEGUNDA GERAÇÃO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA).

Assevera que a eminente Des. Relatora Heloisa Combat que *“Decorre do princípio da legalidade que o Decreto, enquanto ato administrativo, não se presta a criar ou limitar direitos, tendo mera finalidade regulamentadora, sem ia possibilidade de inovar no ordenamento jurídico. Com relação à exclusão do contribuinte do programa de tratamento tributário diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, devem ser observadas as normas gerais da Lei Complementar 123/06, sendo de todo modo asseguradas as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, aplicáveis aos processos administrativos.”* Por fim cita ainda entendimento precedente daquela corte mineira (Apelação Cível 1.0024.11.062506-8/001, Rel. Des.(a) Alberto Vilas Boas, 1ª CÂMARA CÍVEL, julg. em 14/02/2012, pub. em 02/03/2012) e na mesma linha de pensamento, precedentes daquele Tribunal (TJMG - Apelação Cível 1.0024.12.028794-1/001, Relator(a): Des.(a) Audebert Delage, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/12/0014, publicação da súmula em 23/01/2015).

Forte nessas razões, diz ter 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.

Alega quanto à multa confiscatória, que há de se reconsiderar a insistente aplicação de multa no importe de 60% (sessenta por cento), sendo um dos pontos basilares do Estado Democrático de Direito é a não utilização de tributo com efeito confiscatório, sendo entendimento pacífico entre

os tribunais que tal vedação aplica-se, inteiramente, às multas.

Diz que alega a administração, não ser competente para apreciar matéria de cunho constitucional. Indaga: *"em que são pautadas as leis, decretos, normas, hierarquicamente inferiores à Constituição? Tal argumento é, notadamente uma prova de que a Administração pública caminha na contra mão da lei, o que só vem a fortalecer a tese apontada preliminarmente"*.

Junta ao conhecimento deste D. Conselho que as decisões administrativas de outros estados já estão se adequando às normas constitucionais do País, passando a obedecê-las no que lhes é imperativo (PRIMEIRA CÂMARA DE RECURSOS FISCAIS - ACÓRDÃO Nº 200910434 - AUTO DE INFRAÇÃO N.º 200900639 RECURSO VOLUNTÁRIO). Embora seja obrigatório para a Administração a observância dos princípios norteadores, sejam eles da administração pública, sejam princípios constitucionais tributários, ressalta que no caso em objeto a ação fiscalizadora desrespeitou o princípio constante no art. 150, IV, da Constituição Federal, além dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Diz que não adianta argumentar que a Constituição Federal impede apenas a instituição de tributo com efeito confiscatório, não a multa confiscatória, que é apenas uma sanção pecuniária a um ato ilícito, pois mesmo que plausível fosse a hipótese da Constituição Federal apenas proibir a instituição de tributos com efeitos confiscatórios, ainda assim deveria a Administração resguardar a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois não é razoável uma multa de 100% (cem por cento) incidente sobre o valor do suposto imposto devido.

Assinala que a doutrina, conhecedora da importância dos princípios, traça inúmeros e pertinentes comentários sobre este tema. Cita ensinamento do mestre Sacha Calmon Navarro Coelho (Manual de Direito Tributário, 2ª edição, Ed. Forense), no qual constitucionalmente é vedada a instituição de tributo com efeito confiscatório, a multa tributária confiscatória é ilegal e inconstitucional, e 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. Reproduz, ainda, sobre o princípio da proporcionalidade, manifestação de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 15ª edição, Ed. Malheiros).

Em rigor, afirma que o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade. Destaca que, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surgir e entremostrear-se sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento. Posto que se trata de um aspecto específico do princípio da razoabilidade, compreende-se que sua matriz constitucional seja a mesma. Isto é, assiste nos próprios dispositivos, que consagram a submissão da Administração ao cânone da legalidade. O conteúdo substancial desta, como visto, não predica a mera coincidência da conduta administrativa com a letra da lei. Assim, o respaldo do princípio da proporcionalidade não é outro senão o art. 37 da Lei Magna, conjuntamente com os artigos 5º, II, e 84, IV.

E, com ênfase, não é proporcional nem razoável uma multa como a do auto de infração ora impugnado, que lapida o patrimônio do contribuinte, constituindo, assim, verdadeiro confisco, atentatório à idéia de justiça, de Estado Democrático de Direito, o que torna, por conseguinte, inconstitucional a multa de 100% imposta pelo acórdão. Junta jurisprudência pátria, em relação às multas confiscatórias (ADIN 551 MC / RJ – RIO DE JANEIRO. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Rel. Min. ILMAR GALVÃO. TRIBUNAL PLENO).

Com isso, sustenta que demonstrado está que o atual ordenamento jurídico não suporta a aplicação de multas como as utilizadas no caso *sub judice*: multas confiscatórias, com o claro intuito de absorver integralmente todo o patrimônio do contribuinte, rompendo, por conseguinte, com os princípios norteadores do Direito Tributário e da Administração Pública.

Desta forma, requer a total procedência da presente defesa e, conseqüentemente, julgue nulo o presente Auto de Infração de ICMS ou se, assim não entender, que o julgue totalmente improcedente, tudo consoante os argumentos colocados nesta peça de defesa, por ser mister de Justiça. Apenas por amor ao debate, se, na remota e eventual hipótese de ser julgado procedente o presente Auto, que os Nobres Julgadores se dignem de reduzir a multa com efeito confiscatório aplicada, reduzindo-a para 30%, conforme vem sendo aplicado pelos Tribunais Superiores.

Protesta, ainda, pela produção de todos os meios de provas no direito admitidas, e em especial, requer a juntada posterior de toda a documentação apta a provar eficazmente o quanto aduzido, de modo a demonstrar o equívoco da autoridade autuante. Requer também, a realização de diligência contábil/fiscal, através da DOUTA ASTEC – Assessoria Técnica do CONSEF, tudo na melhor forma do Direito e da Justiça.

Na terceira informação fiscal, fls. 622/624, inicialmente, resume a nova peça defensiva interposta pelo novo representante do autuado, no qual se verifica inconformismo do digno advogado quanto ao valor remanescente do Auto de Infração, uma vez que se baseou em registros feitos às pressas pela autuada de forma totalmente equivocada, para atender ao ilegal descredenciamento do Simples Nacional. Diz que a fiscalização não levou em conta que o autuado possui todos os livros fiscais e contábeis escriturados, desrespeitado, assim, o princípio da equidade. Por fim, alega nulidade da autuação em relação a causa da lavratura do Auto de Infração e da Intimação.

Diante dos repetidos argumentos, afirmar o Auto de Infração foi lavrado com base nos Livros de Registro de Entradas e Livro de Registro de Saídas apresentados pelo contribuinte, fls. 329 a 522, sendo deduzido dos valores mensais apurados no levantamento do Conta Corrente os valores declarados através de denúncia espontânea, processo 6000000950125 de 10/07/2012, que tem como infração 02.01.01 (Falta de recolhimento do ICMS empresa normal), referente ao período de Junho/2007 a Junho/2012, exceto o exercício de 2009 cuja apuração se deu como empresa Normal. Foram cobrados os valores declarados a menor.

Na apuração do Conta Corrente, sustenta que foram deduzidos os valores cabíveis, pagos a título de Antecipação Parcial e Simples Nacional, e ICMS Normal referente ao exercício de 2009, conforme observamos nos demonstrativos fls. 322 a 328 e 539 a 565, respectivamente.

Pontua que o contribuinte foi notificado da exclusão do Simples Nacional através do Edital 06/2012, publicado no Diário Oficial da Bahia de 03/05/2012, fl. 580, em conformidade com a legislação vigente:

Resolução 94/2011 do CGSN

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 2º Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º -A a 1º -D; art. 29, §§ 3º e 6º)

RICMS/BA

Art. 327. Na hipótese de exclusão de ofício, será expedido termo de exclusão e o contribuinte será comunicado da exclusão por meio de edital publicado no Diário Oficial do Estado, identificando-se o contribuinte e o motivo da exclusão.

Diante do exposto, mantém o auto de infração com os valores constantes da 2ª informação fiscal prestadas.

Em nova manifestação, fls. 630/662, o representante junta a mesma petição defensiva já esposada anteriormente, com os mesmos argumentos repetidos, juntamente, com a informação fiscal prestada pela autuante, que no caso, também se repete.

Na fl. 665, consta intimação para a autuante dos autos, no qual a Coordenadora informa que a fiscal se aposentou e encaminha-designa os autos a auditor fiscal estranho ao feito para proferir nova informação fiscal.

A auditora designada, em sua informação fiscal, fl. 666, destaca que a manifestação do contribuinte não apresentou nenhum fato que não tenha sido respondido nas informações fiscais anteriores.

Na fl. 671, a 5ª JJF converte os autos em diligência à INFAZ de origem devido à falta de detalhamento necessário para identificar os valores excluídos e acrescentados nas planilhas relativas à apuração do imposto que resultou no demonstrativo de fl. 623. Assim, pede que sejam adotados os seguintes procedimentos:

1. Elaborar uma planilha analítica, indicando os valores, originalmente exigidos, conforme consta, à fl. 211, com especificação dos débitos e dos créditos, indicando, no rodapé da planilha, às folhas que se encontram as fontes de onde foram extraídas, consequentemente, elaborar nova planilha explicativa de como se chegou aos valores constantes nos demonstrativo de débito à fl. 623 dos autos, apontando discriminadamente, em todos os períodos, os créditos e débitos considerados, bem como, no rodapé da planilha, as folhas onde se encontram as fontes que serviram para inclusão dos respectivos dados.
2. Verificar se existem outros ajustes a serem realizados no que tange ao cálculo ou valores não contemplados e apresentar um novo demonstrativo de débito do Auto de Infração contemplando os valores remanescentes.
3. Intimar e cientificar do resultado da diligência e ceder prazo de defesa de 30 (trinta) dias para se manifestar nos autos.
4. Havendo manifestação do autuado, cientificar ao autuante para que elabore nova informação fiscal, com base no art. 127, §6º do RPAF/99.

Na fl. 675, o autuante disse que em atendimento à diligência solicitada, anexa planilhas indicando as fontes no rodapé e informa que o Processo da Denúncia Espontânea de nº 6000000950125, encontra-se inscrito em Dívida Ativa. Anexa ainda o demonstrativo de débito resultante desta informação fiscal.

Nas fls. 676/679, constam os demonstrativos de débito de cada exercício apurado para os exercícios de 2008, 2010 e 2011 o valor fica zerado, no entanto, para o exercício de 2009 o valor de R\$172.890,03 passa para R\$26.063,06 e no ano de 2012 o valor de R\$110.371,49 passa para R\$65.145,49, totalizando em R\$91.208,55.

Na fl. 683, consta intimação ao contribuinte e seus representantes, no qual junta cópia, fls. 688/693, de requerimento de intervenção para controle da legalidade em relação aos Processos nºs 060624.0013/13-9, 060624.0014/13-5, 800000.0561/12-0, 850000.4262/15-3, 850000.5929/13-5 (CNPJ 08.400.158/0001-60) e 299662.0018/14-4 (CNPJ 08.400.158/0003-22) em razão de o débito ser inscrito em dívida ativa e ajuizadas nas seguintes Execuções Fiscais de nºs 0522457-63/2014.805.0001, 0528651-79/2014.805.0001, 0529455-47/2014.805.0001 e 0503788-88/2016.805.0001, alegando o mesmo que foi apurado o valor real do crédito tributário e pago através de parcelamento de dívida ativa. Em questões de direito, salienta quanto ao princípio da economia processual, reproduz o art. 15 do CPC.

Na fl. 707, consta despacho PGE/PROFIS dizendo que foram extraídas cópias das fls. 688/693, para instrução do Débito Declarado nº 800000.0561/12-0 (PGE nº 2014.284917-0), no qual será apreciado no pedido de controle da legalidade. Assim, devolveram os autos ao CONSEF para prosseguimento processual e de julgamento.

VOTO

Trata-se do Auto de Infração cuja acusação ao sujeito passivo é de não recolher o ICMS, nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual.

Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa e esclarecimentos e demonstrações da sistemática de cálculo, a origem dos dados constantes das planilhas (Livros de Registro de Entradas e Livro de Registro de Saídas apresentados pelo contribuinte, fls. 329 a 522), natureza das operações, bem como as razões de não acolhimento das suas arguições, através informação fiscal e de 03 diligências solicitadas por esse órgão julgador, onde foi oferecida ao sujeito passivo a oportunidade de se manifestar e a exercer plenamente seu direito de ampla defesa, inclusive após o autuante legitimamente anexar novos demonstrativos e a fonte de onde se originou as informações, obtendo o autuado, com as arguições e provas trazidas aos autos, redução do crédito tributário originalmente exigido, além de ter todos os esclarecimentos necessários, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de novas diligências e perícias, pois as 03 diligências solicitadas e respondidas, com as respectivas manifestações do impugnante, foram suficientes para afastar as dúvidas e corrigir os equívocos existentes. Assim, os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, para a elaboração de perícia, inclusive contábil, além de não serem necessárias outras provas.

Cabe preliminarmente alinhar, para efeito inclusive das arguições de decadência relativas ao exercício de 2008, que consta, às fls. 676/679, demonstrativos de débito acolhidos por esse relator, de cada exercício onde os ajustes efetuados no demonstrativo de apuração do imposto devido, resultantes das diligências e informação fiscal, reduziram o crédito tributário exigido, de tal forma que em relação aos exercícios de 2008, 2010 e 2011 não remanesceu qualquer valor a ser reclamado. Assim, perde o objeto a arguição de decadência que foi dirigida aos valores reclamados no exercício de 2008.

Quanto às arguições de ilegalidade da apuração, através do regime normal, visto que era optante do SIMPLES NACIONAL, bem como foi indevidamente desenquadrado do aludido regime, questionando a legalidade da ciência do aludido ato, cabe alinhar que o contribuinte foi notificado da exclusão do Simples Nacional através do Edital 06/2012, publicado no Diário Oficial da Bahia de 03/05/2012, fl. 580, em conformidade com a legislação vigente:

Resolução 94/2011 do CGSN

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º).

§ 2º Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º -A a 1º -D; art. 29, §§ 3º e 6º).

RICMS/BA

Art. 327. Na hipótese de exclusão de ofício, será expedido termo de exclusão e o contribuinte será comunicado da exclusão por meio de edital publicado no Diário Oficial do Estado, identificando-se o contribuinte e o motivo da exclusão.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente

oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7ª edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Não há, por conseguinte, o que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, além de serem, no presente caso, corolários do princípio do não confisco, já analisado, não encontram amparo fático, na medida em que a multa aplicada é adequadamente modulada para o desestímulo ao descumprimento das obrigações tributárias ora apuradas.

É importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA, bem como as decisões dos Tribunais apontados pelo autuando não vinculam os atos administrativos dessa unidade federativa, além de não caber competência a essa unidade fracionária do CONSEF, para cancelamento ou redução de multa ao apelo da equidade.

Verifico que, acolhendo as arguições defensivas, foram deduzidos dos valores mensais apurados no levantamento da Conta Corrente os valores declarados através de denúncia espontânea, processo 6000000950125 de 10/07/2012 e foram deduzidos os valores cabíveis, pagos a título de Antecipação Parcial e Simples Nacional, e ICMS Normal, conforme se observa nos demonstrativos, às fls. 322 a 328 e 539 a 565 dos autos, respectivamente, cabendo consignar que para os exercícios de 2008 a 2012, exceto 2009, foi exigida a falta de pagamento do imposto através do regime normal de apuração, bem como o exercício de 2009, foi exigido o recolhimento a menos do imposto devido através do regime normal de apuração.

Já em relação ao direito aos créditos fiscais de estoque, não foram acolhidos, tendo em vista que o sujeito passivo não atende aos pré-requisitos exigidos no art. 330-A do RICMS/97/BA, para que sejam apropriados os arguidos valores, conforme segue:

Art. 330-A. O contribuinte também escriturará livro Registro de Inventário, na forma prevista no artigo anterior, referente às mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem, produtos manufaturados e produtos em fabricação existentes em estoque:

...

III - no último dia útil do mês anterior ao mês em que produzir efeitos a exclusão de contribuinte do Simples Nacional, passando a apurar o imposto pelo regime normal, devendo especificar:

- a) as mercadorias cujas operações subsequentes sejam isentas ou não-tributadas;***
- b) as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos dos incisos II e IV do art. 353;***
- c) as demais mercadorias sujeitas ao ICMS, que não as referidas no inciso anterior, para fins de utilização do crédito fiscal a elas correspondente, a ser calculado mediante a aplicação da alíquota vigente no momento da aquisição, sobre o preço mais recente da mercadoria.***

§ 1º A escrituração de que cuida o “caput” deste artigo deverá ser realizada:

I - na hipótese do inciso I, até o momento da apresentação do pedido de baixa de inscrição;

II - nas situações previstas nos incisos II e III, no prazo de 60 dias, contado do primeiro dia do mês em que o reenquadramento começar a produzir efeitos.

§ 2º A utilização do crédito a que se refere a alínea “c” do inciso III deverá ser seguida de comunicação escrita dirigida à Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte.

§ 3º O estoque apurado na forma deste artigo deverá ser lançado no Registro de Inventário, no prazo de 60 dias.

Quanto à alegação de que não foram deduzidas das saídas as devoluções e transferências internas de mercadorias, majorando indevidamente o imposto devido, cabe ao sujeito passivo o ônus da prova, trazendo aos autos os elementos probatórios de tais alegações, que uma vez trazidas, caberiam o acolhimento.

Assim, após duas diligências anteriores, a terceira e última, realizada por diligente estranho ao feito, em relação à qual esse relator acompanha os ajustes realizados, foi solicitada a especificação dos débitos e dos créditos, com elaboração de nova planilha explicativa de como se chegou aos valores constantes nos demonstrativo de débito à fl. 623 dos autos, apontando discriminadamente, em todos os períodos, os créditos e débitos considerados, além de, no rodapé da planilha, as folhas onde se encontram as fontes utilizadas.

Assim, foi elaborado demonstrativos constantes, às fls. 676/679, que resultou na redução do valor exigido de tal forma que em relação aos exercícios de 2008, 2010 e 2011 não remanesceu qualquer valor a ser reclamado, no entanto, para o exercício de 2009 o valor reclamado que originalmente era de R\$172.890,03 passou para R\$26.063,06 e no ano de 2012 o valor de R\$110.371,49 passou para R\$65.145,49. Observo que, conforme visto, diferente do alegado, não houve aumento do valor exigido em 2012 e sim substancial redução.

O Auto de Infração que, originalmente exige o valor histórico de R\$478.176,81, passa a totalizar **R\$91.208,55**, ou seja, valor inferior ao que previu o sujeito passivo em suas planilhas, quando afirma que, “*após realizados os ajustes acima citados, a Impugnante seria devedora de R\$171.736,55.*”

Diante do exposto, voto pela PROCEDENCIA EM PARTE do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **060624.0013/13-9**, lavrado contra **TN DE ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES - EIRELI - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$91.208,55**, acrescido das multas 50% sobre R\$26.063,06 e 60% sobre R\$65.145,49, previstas no art. 42, incisos I, "a" e II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de setembro de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR