

A. I. Nº - 233099.1818/16-6  
AUTUADO - TN ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES – EIRELI - EPP  
AUTUANTE - MARCOS VINICIUS BORGES DE BARROS  
ORIGEM - INFAZ VAREJO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 18.12.2017

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0227-04/17

**EMENTA:** ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR DO IMPOSTO RECOLHIDO E O ESCRITURADO NO LIVRO FISCAL. Sujeito passivo não apresenta razões de mérito de forma a elidir a acusação fiscal. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 06/12/2016, para exigência de ICMS recolhido a menor no valor de R\$171.425,62, acrescido da multa de 60%, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

O autuado em sua defesa às fls. 126 a 143, após descrever a infração diz que sempre buscou honrar com seus compromissos, principalmente e especialmente os de natureza tributária, razão pela qual descabem os argumentos perpetrados. Assim a Empresa demonstra que sua única intenção é manter sua regularidade fiscal e cumprir com seus deveres, tudo na melhor forma da lei. Entretanto, cumpre salientar que, o débito de valor histórico não deve e não pode prosperar, tendo em vista que os fatos apontados pelo fiscal autuante para levar a efeito a lavratura do auto de infração não podem prosperar, porque inexistentes.

Assevera que houve um equívoco por parte do autuante, já que a empresa atuou de maneira correta, não existindo motivo para ser cobrado o referido imposto, muito menos acrescido da multa exorbitante prevista no art. 42, II, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Ressalta que no Direito Tributário as presunções só devem ser aplicadas como *ultima ratio*, quando não houver outra forma de apurar o imposto supostamente devido, uma vez que a presunção pode afetar a legalidade da obrigação principal, de maneira que a presunção está no campo da possibilidade, e não da certeza. Foi o que ocorreu no caso em tela, já que a autoridade autuante simplesmente baseou-se em meras presunções para apontar suposto crédito tributário, quando afirma ter apurado, supostamente, recolhimento a menor de ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS.

Transcreve julgados onde se verifica que a infração supostamente cometida cai por terra, visto que as mesmas devem ser devidamente comprovadas.

Ressalta que a empresa efetuou o recolhimento do ICMS com base na legislação do Simples Nacional posto que estava enquadrada no citado regime especial de tributação e fora excluída de maneira arbitrária, desrespeitando o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Informa que diante da arbitrariedade cometida pelo fisco a empresa autuada socorreu-se do amparo do Poder Judiciário buscando, em sede da Ação Ordinária n. 30595-88.2012.4.01.3300, distribuída para a 8ª Vara Federal da seção Judiciária do Estado da Bahia, ser reincluída no Simples Nacional, entretanto, de forma equivocada, o MM. Juízo da 8ª Vara Federal declarou-se incompetente para o julgamento do feito, embora a ação ordinária também tenha sido ajuizada

contra a União, o que deu ensejo à interposição do Agravo de Instrumento n. 0056459-03.2013.4.01.0000, conforme documentos em anexo.

Salienta que a Fazenda Estadual procedeu de forma equivocada e até certo ponto com entendimento temerário ao desconsiderar a existência de ação judicial na qual a contribuinte autuada busca a sua imediata reinclusão da ora Ré no regime do SIMPLES.

Assevera que a empresa autuada faz jus, como fazia à época do período autuado, ao recolhimento do ICMS pelo regime SIMPLES, não havendo que se falar em recolhimento a menor do referido imposto, como colocado pelo fiscal autuante ao efetuar a lavratura do auto de infração impugnado, uma vez que há processo judicial em curso para análise da reinclusão da empresa autuada no SIMPLES NACIONAL.

Traz entendimento de que o Direito Tributário não pode se basear em meros indícios ou suposições para se chegar a eventual valor a ser recolhido aos cofres públicos, pois contraria o princípio da tipicidade fechada e da segurança jurídica. Isso porque os valores foram efetivamente recolhidos pelo SIMPLES e correspondem a movimentação financeira da atividade empresarial da Ré.

Aduz que efetuou corretamente o recolhimento das exações fiscais, uma vez que formulou judicialmente pedido de reinclusão no SIMPLES, devendo ser julgado improcedente qualquer autuação que divirja deste entendimento como ocorre na presente autuação, conforme tem se manifestado o próprio Egrégio Conselho de Fazenda do Estado da Bahia em diversos acórdãos cujas ementas transcreve.

Requer a realização de diligência contábil/fiscal, através da ASTEC, a fim de demonstrar a inexistência de débito, corroborando a todos os argumentos esposados.

Após fala sobre o princípio tributário geral da proibição de utilização do tributo com efeito de confisco asseverando que tal verdade não foi observada pela ação fiscalizadora, que utilizou-se da multa com efeito confiscatório. Isso porque, a autoridade fazendária aplicou a multa de 60% sobre o valor do suposto tributo devido, o que caracteriza, inequivocamente, o efeito confiscatório.

Cita posicionamento da corte Superior sobre o caso apresentando resumo de decisão do Relator Ministro Ilmar Galvão e doutrinas do mestre Sacha Calmon Navarro Coelho, em seu Manual de Direito Tributário, 2ª edição, ed. Forense e de Bernardo Ribeiro de Moraes, no seu Compêndio de Direito Tributário.

Transcreve também jurisprudências em relação às multas confiscatórias.

Arremata que ordenamento jurídico não suporta a aplicação de multas como a utilizada no caso em tela, multa confiscatória com o claro intuito de absorver integralmente todo o patrimônio da empresa autuada, rompendo, por conseguinte, com os princípios norteadores do Direito Tributário e da Administração Pública.

Registra também que a multa de 60%, mais os juros são suficientes para desestabilizar qualquer grande empresa, principalmente as empresas de pequeno e médio porte, ferindo assim o princípio constitucional da livre iniciativa, cânone constitucional que garante o livre desempenho das atividades, contribuindo para o crescimento e fortalecimento da economia.

Reprisa que a empresa 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 nº23/06. Também o Regulamento do ICMS neste Estado reconhece a autoridade e competência do Comitê Gestor na disciplinação do ato de exclusão do

Simples Nacional. Neste sentido dispõe o art.326 do RICMS, Decreto nº6287/97, cujo teor transcreve.

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 nº15/2007, o ato de exclusão do Simples Nacional de “processo”.

Acrescenta que A ciência do início daquele processo de exclusão de ofício, diz ainda a referida Resolução nº15/07, no §3º do artigo 4º, que se dará segundo disposição da legislação do ente federado responsável pela aquela exclusão. Diz a referida resolução.

Explica que 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 nº23/06 e §5º, do artigo 4º da Resolução nº15/07 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. Transcre o disposto nos dispositivos citados.

Informa que 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 transcreve, que a intimação do contribuinte quanto a qualquer ato, fato ou exigência fiscal deva ser feita pessoalmente.

Externa o entendimento de 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.

Acrescenta 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, prestar esclarecimentos, 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.

Conclui que desse modo não poderia ser aplicado o artigo 393F do RICMS para comunicação da exclusão do simples nacional à Autuada, porquanto havendo a Lei Complementar 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.

Informa que o 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, transcrevendo decisões daquele Tribunal sobre o tema.

Finaliza solicitando a nulidade do Auto de Infração e caso não seja este o entendimento solicita a determinação a suspensão do presente Processo Administrativo Fiscal até o julgamento final da ação judicial, e retirando a empresa da situação de INAPTA, principalmente ao se considerar que várias empresas tiveram decisão judicial favorável em processos judiciais exatamente iguais ao pela Requerente instaurado, conforme cópia de decisões que anexa.

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 e requer 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 ASTEC – Assessoria Técnica do CONSEF.

O autuante em sua informação fiscal às fls.172 informa que:

*“ O contribuinte, devidamente intimado a apresentar os livros e documentos fiscais, assim o fez. Diante dos livros fiscais apresentados pelo mesmo, foi constatado o não recolhimento ou o recolhimento à menor do ICMS normal, conforme ficou comprovado através dos livros fiscais de apuração de ICMS, referente aos exercícios de 2013 a 2016. A empresa está Inapta desde 2012 e foi excluída do Simples Nacional em 2010.”*

Ratifica por inteiro o Auto de Infração, pois o contribuinte não apresenta nenhum documento em sua defesa que prove o contrário do trabalho de verificação fiscal realizado.

## VOTO

O sujeito Passivo requer a nulidade do lançamento de ofício ao argumento de que teria sido intimado irregularmente de sua exclusão do Simples Nacional por edital, portanto, em desacordo com as regras contidas na Lei Complementar nº 123/06, que determina expressamente a aplicação do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal ao contencioso advindo daquela exclusão. Acrescenta que o Regulamento deste Estado – Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1998 é claro ao dispor no art. 108 que a intimação do contribuinte quanto a qualquer ato, fato ou exigência fiscal deva ser feita pessoalmente e desse modo não poderia ser aplicado o artigo 393 F do RICMS para comunicação da exclusão do Simples Nacional.

Não acolho tal argumento pois o contribuinte foi notificado da exclusão do Simples Nacional em conformidade com a legislação vigente:

A Resolução CGSN nº 94/11 que contém normas específicas para o desenquadramento de ofício de contribuintes inscritos no Simples Nacional (artigos 75 e 76) assim determina:

*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).*

Assim é que os artigos 326 e 327 do RICMS/12 estabeleceu rito procedimental para a exclusão de ofício de empresa do Simples Nacional, como a seguir demonstrado:

*Art. 326. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação da microempresa ou da empresa de pequeno porte, na forma determinada em resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional.*

*Art. 327. Na hipótese de exclusão de ofício, será expedido termo de exclusão e o contribuinte será comunicado da exclusão nos termos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999.*

Portanto, foi cumprido o procedimento previsto na legislação inserido no artigo 327 do RICMS/12 anteriormente transcrito, não tendo este órgão competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual.

Quanto às decisões judiciais anexadas às fls.148 a 167 nenhuma delas tem relação com o julgamento, porquanto referem-se a decisões de terceiros e não da defendente.

No que diz respeito às arguições de ilegalidade da apuração, através do regime normal, visto que o cálculo do tributo deveria ter sido feito adotando-se o regime do Simples Nacional observe em consulta no sistema de Informação do Contribuinte- INC, desta Secretaria que desde o momento em que a empresa foi excluída do referido regime ela própria 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, anexada às fls. 12 a 16 do PAF.

Ademais, não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação das infrações, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Assim, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, não estando presentes no processo qualquer hipótese motivadora de nulidade elencadas nos incisos I a IV do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Desse modo, não acolho as nulidades suscitadas.

Quanto ao pedido de realização de diligência formulado pelo impugnante este fica indeferido, com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide.

No mérito, observe que o presente Auto de Infração diz respeito ao recolhimento a menos do ICMS em decorrência de desconcontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado nos livros fiscais.

O defendente não questiona os valores apontados alega apenas que o imposto supostamente devido foi apurado através de presunções.

Não é o que verifico pois conforme planilhas que embasaram a acusação fiscal o valor exigido diz respeito a diferença entre os valores apurados pelo próprio contribuinte em seu livro Registro de Apuração do ICMS, cópias às fls. 19 a 118 e o efetivamente recolhido sob o código 759- ICMS Normal- comércio, informado na Relação de arrecadação por receita emitida pelo Sistema INC desta secretaria, anexada às fls. 12 a 16.

Assim, como não foram apresentadas quaisquer provas capazes de desconstituir os lançamentos atinentes à infração sob análise, esta é subsistente, tendo em vista que os demonstrativos acostados ao processo comprovam a ocorrência de pagamento a menos do imposto.

No que diz respeito a alegação de que a multa aplicada de 60% é abusiva e confiscatória, observe 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 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **233099.1818/16-6**, 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\$171.425,62**, acrescido das multas 60% prevista no art. 42, inciso II, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

MÔNICA MARIA ROTERS -JULGADORA