

A. I. N° - 233085.3009/16-5  
AUTUADO - MATÉRIA PRIMA COMERCIAL DE ALIMENTAÇÃO LTDA. - ME  
AUTUANTE - PAULO SÉRGIO NEVES DA ROCHA  
ORIGEM - INFRAZ VAREJO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 18.12.2017

**4º JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0236-04/17**

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS, APURADA MEDIANTE O LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS EM VALORES INFERIORES AO LANÇADOS NO PGDAS. Após saneamento, houve a diminuição do valor do ICMS originalmente exigido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 31/10/2016, exige ICMS pela seguinte irregularidade cometida pelo sujeito passivo tributário:

*Deixou de recolher ICMS SN decorrente de omissão de saídas tributáveis, apuradas mediante lançamentos em notas fiscais de saídas, lançados valores a menor no PGDAS, extrapolando o limite permitido para o simples nacional, sendo, portanto, recomendada a exclusão a partir do mês de julho de 2012, passando, portanto, para a condição de empresa normal.*

Período: janeiro a julho de 2012. ICMS: R\$60.013,71.

Impugnando o lançamento fiscal (fls. 62/68) a empresa reconhece parcialmente a infração. Abordando, de forma preliminar, o seu direito ao contraditório e ampla defesa, afirma que por erro meramente administrativo, de fato, não foram escrituradas todas as notas fiscais de saída de mercadorias emitidas eletronicamente. Em assim sendo, refez toda a sua escrita fiscal do período auditado, conforme cópias dos livros que diz ter apensado aos autos.

Neste refazimento, verificou que houve divergência de valores declarados no PGDAS e o total das notas fiscais efetivamente emitidas, conforme demonstra:

. Valores declarados no PGDAS	R\$ 1.022.453,80
. Notas fiscais emitidas	R\$ 3.634.437,32
. (-) Notas fiscais canceladas	R\$ 791.707,01
. Valores reais do período	R\$ 2.842.729,61

E, como o fiscal autuante não considerou as notas fiscais canceladas, no próprio levantamento realizado pelo autuante as incluiu em coluna apartada.

Em assim sendo, reconhece como devido o valor de R\$27.347,50 e observa que diante desta constatação não extrapolou o limite de faturamento do Simples Nacional, cujo valor total atingiu R\$3.206,915,13, não havendo, portanto, fundamentação para a exclusão do Simples Nacional, conforme recomendado no Auto de Infração.

Passa a impugnar a multa aplicada, a entendendo confiscatória e em afronta direta às garantias constitucionais. Neste seu discurso, diz que atualmente já é reconhecida a ilegitimidade de multas absurdamente elevadas e que é facultado ao julgador o poder, diante do fato concreto, de reduzir a multa excessiva aplicada pelo fisco (STF, RE 82.150). Apresenta decisão do STF (RE nº 91.707) e lições dos juristas Rui Barbosa Nogueira, Heron Arzua e Dirceu Galdino, para demonstrar a vedação constitucional do não confisco pelo Poder Público.

Advoga, ainda, que a multa aplicada é para punir o contribuinte pela irregularidade cometida, que além de nada ter a ver com a perda do Erário, não pode gerar a incapacidade do contribuinte de agir economicamente.

Requer “*seja o auto de infração declarando parcialmente procedente, ou, em caso de entendimento diverso, seja julgado improcedente, vez que inexiste irregularidade fiscal a respaldar a imputação, com a imprescindível declaração de inexistência da pretensa relação obrigacional tributária*”.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, requerendo, desde já juntada posterior de documentos, inclusive notas fiscais, lançamentos contábeis e outros elementos probantes, em qualquer fase do processo.

O autuante prestou sua informação (fls. 121/122). Após discordar do impugnante quanto às supostas irregularidades do lançamento fiscal e ressaltar o reconhecimento do imposto exigido pela empresa, no valor de R\$27.347,50, observar que ela (empresa) não apensou aos autos “*demonstrativo onde faz prova do montante de R\$27.347,50. Portanto, em atenção ao princípio do contraditório e da ampla defesa, requer que seja INTIMADO O CONTESTANTE PARA QUE JUNTE DEMONSTRATIVO DO NOVO VALOR ALEGADO*”.

Quanto à alegação da multa de caráter confiscatório, diz que obedeceu nas regras constitucionais e legais.

Por fim, requereu, novamente, que o autuado seja intimado para juntar o demonstrativo de débito com o valor reconhecido.

A empresa (fl. 128) manifesta-se, ressaltando de que na sua defesa inicial havia apresentando planilha, planilha esta elaborado pelo próprio fisco, onde incluiu uma coluna com os valores das notas fiscais canceladas que foi da ordem de R\$791.707,01. Apresenta, novamente, esta planilha (fls. 130/131).

Manifestando-se, o autuante (fl. 134) informa que a empresa somente comprovou a devolução de algumas notas fiscais. Em assim sendo, requereu nova diligência para que ele apensasse aos autos todos os comprovantes dos alegados cancelamentos.

O autuado apesentou cinco Declarações de devolução de mercadorias constantes de diversas notas fiscais emitidas à Prefeitura Municipal de Salvador (fls. 148/153).

O autuante (fls. 155/155 verso), após análise da documentação apresentada, informa que refez todo o levantamento fiscal. Neste refazimento, constatou que o imposto a ser exigido não era de R\$27.347,50 conforme apresentou o autuado, mas sim de R\$25.114,95. Apresenta à fl. 157 o novo demonstrativo de débito.

Enfatiza, em seguida, que o fisco poderá, em nova fiscalização, exigir o imposto referente aos meses de agosto a outubro de 2012, “*quando a empresa seria desenquadrada do simples nacional, tendo em vista a redução de sua Rena Bruta Acumulada*”.

Os autos foram encaminhados a este CONSEF.

## VOTO

A acusação do presente Auto de Infração é a falta de recolhimento do ICMS, por empresa optante do Simples Nacional, decorrente da omissão de saídas tributáveis, apurada mediante lançamentos de notas fiscais de saídas em valores a menor no PGDAS.

Encontra-se o Auto de Infração lavrado com indicação dos seus elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os arts 39 do RPAF/BA. O método de fiscalização está perfeitamente descrito no Auto de Infração e nos papéis de trabalho que o autuado recebeu.

A empresa plenamente se defendeu, sendo obedecidos os princípios do contraditório e da ampla defesa, inclusive, tendo o fiscal autuante, por duas vezes, solicitado que ela apresentasse toda a comprovação do fato que alega, ou seja, a não consideração de notas fiscais canceladas na apuração do imposto devido.

Com tais comprovações, o autuante, após análise, procedeu ao refazimento da auditoria aplicada, constatando que o imposto devido era menor do que aquele reconhecido. Precisamente: o ICMS a ser exigido não seria de R\$27.347,50, conforme reconheceu o autuado, que se baseou na planilha anteriormente apresentada pelo fisco, mas sim de R\$25.114,95.

Diante deste fato, somente posso, neste momento, alinhar-me com o valor do ICMS apresentado pelo fiscal autuante.

Em relação à discussão sobre o desenquadramento, ou não, da empresa no regime do Simples Nacional, este é assunto que aqui não tem pertinência se discutir, posto que assunto alheio ao presente Auto de Infração.

No mais, quanto à insubordinação do autuado a respeito da multa aplicada, sobre tal tema, não cabe a este foro administrativo a discussão, nos termos do art. 167 do RPAF/BA, além do que ela obedece ao quanto disposto na legislação tributária, mas especificamente na Lei Complementar nº 123/06.

Ante o acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$25.114,95, conforme demonstrativo de fl.157 apresentado pelo fiscal autuante.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 233085.3009/16-5, lavrado contra **MATÉRIA PRIMA COMERCIAL DE ALIMENTAÇÃO LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$25.114,95**, acrescido da multa de 75 % prevista no art. 38, da Lei Complementar nº 123/2006 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA