

A. I. Nº - 232177.0012/18-6
AUTUADO - ADEMIR SANTOS DE OLIVEIRA DE FAZENDA GRANDE
AUTUANTE - EDILSON MEIRELES DE OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07.12.2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0185-05/18

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. IMPACTO DA PRESUNÇÃO DE SAÍDAS NÃO TRIBUTADAS NO ICMS A RECOLHER. RECOLHIMENTO A MENOS. O imposto a recolher sofre acréscimos em decorrência da inclusão, no faturamento, dos novos valores de recebimentos constados por meio da Auditoria de Caixa. Infração procedente. 2. CONTA “CAIXA”. SALDOS CREDORES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Aplicação da proporcionalidade das operações tributáveis. Infração procedente com retificação da multa para 75%, por não restar comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 20/02/2018, exige ICMS no valor de R\$48.471,50, em decorrência das seguintes irregularidades:

1 – Efetuiu recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor. Exercícios de 2016 (fevereiro a dezembro) e de 2017 (janeiro a dezembro). ICMS no valor de R\$8.078,60.

2 – Deixou de recolher ICMS em razão de saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais e escrituração na contabilidade, presumida pela constatação de suprimento de caixa sem a comprovação da origem do numerário, demonstrado pela existência de saldo credor na conta caixa. Exercício de 2016 (fevereiro a dezembro) e 2017 (janeiro a dezembro). ICMS no valor de R\$40.392,90.

O autuado ingressa com defesa, fls. 113 a 119, e discorre sobre a inaplicabilidade da Taxa SELIC, disposta no art. 13 da Lei 9.065/95, em que as entidades tributantes vêm adotando a mesma, como a taxa de juros incidente sobre os débitos tributários.

Afirma que a taxa SELIC não se presta à utilização como equivalente aos juros moratórios incidentes sobre os débitos de natureza fiscal, seja porque carente de legislação que a institua, ou porque sua natureza é de juros remuneratórios e não moratórios, contrariando uma vez mais o dispositivo da Lei Complementar (CTN), norma de hierarquia superior à que traz a SELIC como aplicável aos débitos de natureza fiscal (Lei Ordinária n. 9.065/95).

Dessa forma, conclui que não há legitimidade para a exigência da adoção da taxa SELIC, como juros moratórios dos débitos fiscais, posto que não há legislação que institua e regule a questão.

Assim, no silêncio da lei, deve-se aplicar a disposição genérica do CTN que fala na taxa de 1% ao mês, Art. 161, § 1º. Este é o entendimento manifestado no STJ, em decisão favorável à inconstitucionalidade da adoção da taxa SELIC. (Recurso Especial n. 215.881-PR).

Finaliza no sentido de que, demonstrada a ilegalidade da adoção da Taxa SELIC, deve ser substituída pelos juros estipulados pelo CTN.

Pede que seja concedido prazo para adimplir o suposto débito tributário.

O autuante presta informação fiscal, fls. 125 a 127, e salienta que a empresa foi devidamente intimada para apresentar livros e documentos fiscais. Entende que não deve ser concedido novo prazo para o adimplemento da obrigação tributária. Informa que todos os dispositivos legais citados no AI estão corretos e os acréscimos moratórios e percentuais das multas estão em conformidade com a legislação tributária do Estado da Bahia. Ressalta que em todos os prazos concedidos nas intimações para apresentar os livros e documentos fiscais, para realização completa da auditoria realizada não foram cumpridos pelo autuado. Informa que a empresa foi autuada através das notificações nº 2321770004183 e 2321770009185, por falta de apresentação dos documentos e livros fiscais.

Observa que todos os demonstrativos foram apresentados e não justifica cerceamento de defesa, concessão de novos prazos, improcedência e nulidade do Auto de Infração. Opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Constato que o Auto de Infração em lide foi lavrado com a observância, pelo autuante, do disposto no Art. 39 do RPAF/99, ou seja, contém a identificação e a qualificação do autuado, a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal, de forma clara, precisa e sucinta, demonstrativo de débito tributário, amparado em demonstrativos da Auditoria realizada, com a discriminação de datas de ocorrência, base de cálculo e alíquota, de modo que o sujeito passivo pode exercer plenamente o seu direito de defesa, com o exercício do contraditório.

Quanto à concessão de prazo para adimplir a obrigação tributária, observo que além do prazo para apresentação de defesa, de 60 (sessenta) dias após a ciência do Auto de Infração, o contribuinte pode a qualquer tempo adimplir com o pagamento do tributo ora discutido, inclusive com redução de multa, prevista na Lei nº 9.430 de 1996, conforme discriminado no corpo do Auto de Infração.

Deste modo, por estar o lançamento apto a surtir os efeitos jurídicos e legais, passo à apreciação do mérito da autuação.

Na infração 01, está sendo exigido ICMS em razão de recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, Simples Nacional, o que implicou em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor. Exercícios de 2016 e de 2017.

A infração 02, que tem estreita ligação com a infração anterior, cujos valores de receitas omitidas foram transportados para o DEMONSTRATIVO DE FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS DEVIDO SOBRE O FATURAMENTO, fl. 14, coluna “Receitas Tributadas Omitidas – Simples Nacional”, decorreu da constatação de suprimento de caixa sem a comprovação da origem do numerário, demonstrado pela existência de saldo credor na Conta Caixa. Exercícios de 2016 e de 2017.

O procedimento de fiscalização da Conta Caixa, objetiva verificar o correto recolhimento dos impostos, onde são levantadas as disponibilidades para a correta verificação das receitas e despesas de uma empresa.

Para chegar aos números constantes no DEMONSTRATIVO DA FALTA DE PAGAMENTO OU PAGAMENTO A MENOR DO ICMS DEVIDO SOBRE O FATURAMENTO, de fls. 13 a 14 do PAF, o agente fiscal autuante, previamente, reconstituiu os lançamentos na Conta Caixa relativos aos ingressos e saídas de numerários, para fazer face aos recebimentos e pagamentos efetuados mês a

mês, nos exercícios de 2016 e de 2017, com o objetivo de buscar, por meio dos Movimentos Mensais de Caixa, a ocorrência de saldos credores na Conta Caixa.

Munido dos elementos que apontaram saldos credores de caixa, o autuante transportou as receitas não declaradas, mês a mês, para o Demonstrativo relativo aos pagamentos do Simples Nacional, em virtude de o sujeito passivo ter incorrido em erro na determinação da base de cálculo e das alíquotas aplicáveis, mês a mês.

Observo que na defesa o sujeito passivo nada contestou de forma objetiva, que tivesse o condão de modificar a base de cálculo sobre a qual está sendo exigido o ICMS-Simples Nacional, recolhido a menor.

Outrossim, impugnou a aplicação da taxa SELIC como utilizada com equivalência aos juros moratórios incidentes sobre os débitos de natureza fiscal, por ter natureza de juros remuneratórios e não moratórios. Assim, concluiu pela não legitimidade para a exigência da adoção da Taxa SELIC, como juros moratórios de débitos fiscais, sob o argumento de que não há legislação que institua e regule a questão.

Ao final de sua impugnação, pede a não aplicação da Taxa SELIC, sendo substituída pelos juros estipulados pelo Código Tributário Nacional de 1% ao mês.

Na infração 02, o agente fiscal procedeu ao levantamento do caixa de forma analítica, montando os dados com base nos documentos e comprovantes de pagamentos, os quais teve acesso na ação fiscal, bem como nos recebimentos decorrentes de vendas de mercadorias, que correspondem aos valores do faturamento informados nas Declarações PGDAS, transmitidas pelo contribuinte.

De posse da documentação de pagamentos e de recebimentos, o agente confeccionou o levantamento analítico da Conta Caixa, que consta nas fls. 15 a 19, qual seja, a Reconstituição de Lançamentos objetivando evidenciar saldos credores na Conta Caixa.

Verifico que ao reconstituir a Conta Caixa, o agente levou em consideração os desembolsos com aquisições de mercadorias, bens e serviços, cujo levantamento foi realizado com base em Notas Fiscais Eletrônicas, fls. 20 a 23 e os pagamentos constantes no sistema INC da SEFAZ, relativos aos impostos estaduais, fls. 24 a 25.

Esses dados representam os que foram alcançados para a realização da Auditoria de Caixa, objetivando resultar em seu movimento de recebimentos menos pagamentos, efetuados em cada período mensal.

Ressalto que foram considerados os pagamentos nas datas em que efetivamente ocorreram, tais como aquisições de mercadorias a prazo, pagamentos de impostos parcelados, bem como foi aplicado, pelo autuante, o índice de proporcionalidade, tomando-se por base os valores de aquisição de mercadorias constantes em NF-e, como demonstrado às fls. 26 a 29 do PAF.

Pela análise dos demonstrativos elaborados pelo agente de tributos estaduais, identifico o cuidado e o acerto aplicado nos levantamentos da Conta Caixa, diante dos poucos elementos que encontrou disponíveis para realizar a Auditoria e buscar a verdade material, quanto ao faturamento da sociedade empresária, inscrita no Simples Nacional.

Ademais, o defendente não aponta que tenha havido erros na elaboração dos demonstrativos, dos quais resultaram as infrações.

Quanto ao questionamento relativo à TAXA SELIC, não obstante os abalizados argumentos trazidos pelo defendente, a aplicação dessa referida taxa está expressamente prevista na legislação tributária estadual - art. 102, §2º, inc. II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB) - não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Em relação à multa de 150% proposta para a infração 02, com base no inciso I e §1º, do art. 44 da

Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/97, constato que o agravamento do percentual de 75%, estatuído no inciso I, para 150%, determinado no §1º, somente deve ser aplicado nos casos em que restar configurado inequivocamente na apuração da irregularidade, a ação dolosa perpetrada pelo sujeito passivo. Condição essa, *sine qua non* para que seja aplicado o agravamento da sanção, consoante a nítida inferência que resulta da inteligência do teor categórico dos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64, a seguir reproduzidos, dispositivos legais indicados pelo §1º, do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96.

“Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.”

Portanto, como se evidencia nos autos que nenhuma das ações dolosas elencadas e qualificadas nos dispositivos legais acima indicados, teve seu cometimento pelo autuado, inequivocamente comprovado, a multa sugerida no Auto de Infração deve ser retificada para 75%, prevista no inciso I, do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96, eis que restou manifesto ser descabido o agravamento previsto no §1º do aludido artigo.

Assim, as infrações 01 e 02 restam caracterizadas com a retificação da multa para 75%, na infração 02.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232177.0012/18-6**, lavrado contra **ADEMIR SANTOS DE OLIVEIRA DE FAZENDA GRANDE**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$48.471,50**, acrescido da multa de 75%, prevista no inciso I, do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de outubro de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA