

A. I. Nº - 210372.0007/18-8
AUTUADO - WFL DISTRIBUIÇÃO E COMÉRCIO EIRELI
AUTUANTE - GENILDO VIANA SOARES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 07/06/2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0059-04/19

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS. Provado erro na informação da receita e alíquota aplicada a menor. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Comprovada a omissão da receita, cujo imposto foi exigido mediante o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições – SIMPLES NACIONAL. **c)** CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES DE SAIDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Tal constatação, indica que o sujeito passivo efetuou o pagamento com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Fatos demonstrados nos autos. Redução da multa do segundo lançamento, de 150% para 75%, por não ficar provado haver dolo, fraude ou conluio. Auto de Infração **PROCEDENTE**, com redução da Multa na Infração 02. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/05/2018, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$60.748,98, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

Infração 01 - 17.02.01- Recolheu a menos o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.614,50, acrescido da multa de 75%.

Infração 02 - 17.03.08- Omissão de receita comprovada pela existência de suprimento de caixa sem a comprovação do numerário- com dolo, demonstrado pela existência de saldo credor na conta caixa, no valor de R\$2.584,34, acrescido da multa de 150%.

Infração 03 – Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal sem dolo, no valor de R\$55.550,14.

O autuado, através do seu representante legalmente habilitado, apresenta impugnação, fl. 86 a 90, inicialmente falando sobre a tempestividade da apresentação da mesma.

Após transcrever o teor das infrações imputadas diz que se trata de empresa constituída no Estado da Bahia há vários anos na área de distribuição de mercadorias para órgãos públicos através de licitação, ressaltando que as mercadorias só podem ser entregues com a respectiva Nota Fiscal.

Diz que sempre procurou, apesar das várias dificuldades que acometem aos empresários do País, cumprir corretamente com suas obrigações fiscais.

Entende que a presente notificação não tem esteio tributário e ainda, que as multas aplicadas significam um enriquecimento ilícito do Estado, em ofensiva à igualdade das partes, sendo tal igualdade garantida pela Constituição Federal Brasileira.

Pede a nulidade da Infração 02, por não haver omissão de receita, pois todo valor recebido através de Notas Fiscais emitidas anteriormente ao ano de 2017, período em que a empresa apurava o tributo ICMS pelo regime de competência e era enquadrada no regime de lucro presumido conforme notas que relaciona e informa estar anexando na presente defesa.

Assegura que os recolhimentos desses DAEs estão em parcelamento junto ao órgão competente.

NOTA FISCAL Nº	VALOR	ANO
9347	4.973,00	2016
9395	1.300,00	2016
9396	886,00	2016
9399	10.200,00	2016
9426	6.290,00	2016
9433	1.543,20	2016
9439	1.325,00	2016
9463	1.700,00	2016
9465	16.291,00	2016
9466	7.405,00	2016
9483	53.907,00	2016
9490	14.960,00	2016
9493	59.570,00	2016
9502	25.900,00	2016
9511	11.900,00	2016

Quanto a Infração 03 pede também a nulidade, pois não há omissão de receita em razão de que, os valores apurados no auto de infração são das notas emitidas pela empresa, porém, não recebidas. Acrescenta que a empresa ao optar pelo regime do Simples Nacional se enquadrou na apuração das suas receitas pelo regime de CAIXA conforme disposto na Lei Complementar 123/06.

Explica que desde janeiro de 2009 a Micro e Pequena Empresa optante pelo Simples Nacional está autorizada a adoção do Regime de Caixa para efeitos de cálculo do imposto devido, isto é, está autorizada a calcular e recolher o seu tributo com base no que efetivamente recebeu pelas vendas efetuadas ou serviços prestados, invés de considerar o valor dos documentos fiscais emitidos.

Esta hipótese, regulamentada pelo Comitê Gestor do Simples Nacional nos art. 16 a 19, 70 e 71 da Resolução 94/2011, é importante para os contribuintes que precisam lidar com altos índices de inadimplência e ou com vendas a prazo, representando um importante incremento no seu Fluxo de Caixa.

Informa estar acostando a presente defesa os extratos mensais emitidos pelo site do Simples Nacional e o recibo de opção pelo regime de Caixa. Com isso, entende a necessidade da reavaliação do auto em análise para contabilização destas notas e sendo assim, no conhecimento da mesma, o débito nominal não seria mais de R\$ 60.746,98 e sim de R\$2.614,50.

Assevera que a exigibilidade do tributo enfocado pela notificação restará suspenso visto o disciplinado, quer pela legislação Estadual, quer pelo art. 151 do CTN, este ainda em vigor, cujo teor transcreve.

Acrescenta que estando suspensa a exigibilidade do tributo e face a interposição da presente defesa, as multas aplicadas pelos autos de infração devem necessariamente permanecer com a exigibilidade suspensa, sendo vedada sua inscrição em dívida ativa. Os juros de mora, por sua vez, atingem o valor corrigido da obrigação tributária acrescida da multa, restando visível que foram praticados em excesso, dado que os juros convencionais das penalidades brasileiras, conforme é disposto pelo Código Tributário Nacional, é de 1% (um por cento) ao mês.

Não sendo permitida a capitalização na execução fiscal, também não é permitida nos autos de infração, que posteriormente poderão ser inscritos em dívida ativa e fundamentar procedimento executório fiscal.

Assim, a penalidade da multa, se mantida, o que, vistas as provas anexadas, entende não ser viável, precisa e deve ser reduzida aos parâmetros legais e convencionais. Caso sejam mantidos, deverão ser reduzidos ao suportável pela capacidade contributiva.

Em caso de entendimento contrário, mister se faz a elaboração de nova planilha contábil, expurgando-se a capitalização, reduzindo as multas e os juros incidentes sobre o valor principal aos índices preconizados em lei, primando pela observância dos dispositivos legais e conferindo a mais perfeita JUSTIÇA.

Finaliza formulando os seguintes pedidos:

- 1- Seja regularmente distribuída e conhecida a presente defesa escrita, sendo processada pelo órgão competente;
- 2- Sejam anuladas as Infrações 02 e 03 pelos fundamentos ora apresentados.
- 3- Sejam acatadas as provas acostadas a essa defesa a abatido do auto.
- 4- No mérito, constatando-se incidência de multas e juros superiores aos previstos legalmente, pede os recálculos do real valor devido, expurgando-se a capitalização e os demais acréscimos ilícitos.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal, fls. 136 a 138 faz um resumo dos argumentos defensivos dizendo que a empresa reconhece a infração 01, pede a nulidade das infrações 02 e 03, e fala que as multas exponenciadas significam um enriquecimento ilícito do Estado.

Em relação à preliminar de nulidade, diz ser totalmente descabida, e passa a se pronunciar quanto ao mérito, afirmando que a fiscalização realizada, que originou a lavratura do presente auto de infração, foi respaldada dentro das normas tributárias pertinentes, estando assim, acobertada dentro da mais absoluta legalidade, prevista no ordenamento jurídico, inclusive, a Constituição Federal, CTN, RICMS/BA e Legislação do Regime Simplificado Nacional - SIMPLES NACIONAL.

Externa o entendimento de que as alegações defensivas são frágeis, e que a autuada não trouxe aos autos as provas necessárias e suficientes capazes de sustentá-las, não apontando de forma concreta, específica e objetiva quaisquer erros, falhas e/ou inconsistências em valores e/ou cálculos do levantamento fiscal, que resultou na apuração dos ICMS exigidos no auto de infração.

Informa que a autuada foi intimada regularmente para apresentar a documentação e não o fez. Basta verificar no campo de observação da declaração prestada pela mesma, documento de folhas nº 081, que diz o seguinte: *“Declaramos também quando da intimação datada de 14/05/2018, deixamos de apresentar o Livro Registro de Entrada, Livro Registro de Saída, Livro Registro de Inventário que não estavam escriturados e o Livro Caixa do ano de 2017”*. Mesmo assim o trabalho de fiscalização foi realizado de forma harmônica entre autuante e autuada.

Esclarece que de acordo com os roteiros estabelecidos na OS nº 502458/18, optou entre outros, pela presunção de Omissão de Saída Saldo Credor de Caixa ou Falta de Escrituração Fiscal. Portanto, para fazer este roteiro seria necessário que a autuada fornecesse um Relatório dos Pagamentos Diversos, bem como os Pagamentos dos Fornecedores, e prontamente a autuada enviou todas estas informações. Entretanto, hoje com o sistema informatizado toda a informação do contribuinte consta nos sistemas da SEFAZ tipo: Notas Fiscais de Entrada, Notas Fiscais de Saída, ICMS recolhido, além das declarações dos PGDAs fornecidas pelo sistema da Receita Federal.

Acrescenta que em seguida inseriu os dados no sistema AUDIG. Assim, o fato do trabalho ser realizado de forma harmônica com a autuada, foi informado de que existiam vendas de mercadorias que ainda não teria ocorrido o pagamento. Antes de o sistema AUDIG fazer o processamento, teve ainda o cuidado de retirar as Notas Fiscais Emitidas pela autuada com o CFOP 5949 - outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificada e CFOP 5117- venda de mercadoria adquirida, ou recebida de terceiros, originária de encomenda para entrega futura. Mesmo a autuada tendo conhecimento do ocorrido, diz estar anexando um demonstrativo das Notas Fiscais emitidas não consideradas, (fls. 139).

Quanto as Notas Fiscais nºs 9347, 9395, 9396, 9399, 9426, 9433, 9439, 9463, 9465, 9466, 9483, 9490, 9493, 9502, 9511, constante das folhas 88, diz não ter nenhuma procedência, visto que se trata de Notas Fiscais do ano de 2016, e a fiscalização da autuada ocorreu apenas no exercício de 2017.

Por outro lado, diz que a autuada desconhece o RICMS, bem como a Legislação do Regime Simplificado Nacional - SIMPLES NACIONAL, quando pede anulação e diz que as multas exponenciadas significam um enriquecimento ilícito do Estado. A autuada também esquece que ao longo do tempo vem praticando irregularidades tributárias, naturalmente para fugir do recolhimento do ICMS.

Na assentada de julgamento do dia 12 de dezembro de 2018 os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal constataram que a empresa autuada é optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional desde 01/07/2007, conforme extrato emitido pelo sistema INC desta secretaria.

Considerando que o período fiscalizado compreendido entre 01/01/2017 a 31/12/2017 é posterior ao início de atividade da empresa e no demonstrativo elaborado pelo autuante, fl. 05 a 34, referente ao “Livro Caixa Apurado” pela fiscalização, foi informado como Saldo Inicial de Caixa “Zero”, sem que tenha sido anexado qualquer documento comprobatório.

Considerando que na apresentação da defesa o contribuinte alega que desde janeiro de 2009 optou pela adoção do Regime de Caixa para efeitos de cálculo do imposto devido e este fato não foi considerado pela fiscalização na infração 03 e o autuante na informação fiscal se manteve silente sobre esta argumentação.

Esta Junta de Julgamento converteu o processo em diligência para que o autuante intimasse o autuado a apresentar e comprovar o saldo final de caixa do exercício de 2016. Sendo comprovada a existência de saldo devedor de caixa foi solicitada a elaboração de novos demonstrativos, considerando como saldo inicial tal valor e fossem confeccionados novos demonstrativos referentes às infrações 01 e 02 considerando as omissões, caso existentes.

Também foi solicitado que o autuante se manifestasse sobre a alegação defensiva de que no cálculo da infração 03 não foi considerada opção do contribuinte, pelo regime de Caixa.

O autuante ao cumprir a diligencia, fl. 157-A inicialmente ressalta que a empresa é optante do regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional desde 01/01/2007 e não 01/07/2017.

Após informa que foi considerado o saldo inicial de caixa “zero” por constar no documento comprobatório “Programa Gerador de Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório” no campo 2.2 Receitas Brutas Anteriores, no mês de dezembro de 2016, anexado à fl. 57.

Quanto à alegação do contribuinte no que diz respeito à opção pelo regime de caixa observa que as declarações “Programa Gerador de Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório” informam que a autuada apurava pelo regime de competência, fls. 57 a 80.

Acrescenta que a autuada foi intimada em 14/05/2018 a apresentar a documentação e em 16/05/2018, ou seja, dois dias depois, fez alteração de dados nas mencionadas declarações, conforme se observa no item 03- Informações de recepção de declaração, motivo pelo qual anexou ao processo às devidas comprovações, fls. 58 a 80 verso.

Observa que na declaração prestada pela empresa, fl. 81 foi informado que: “*Declaramos também quando da Intimação datada de 14/05/2018, deixamos de apresentar o livro Registro de Entrada, livro Registro de saída, livro registro de Inventário que não estavam escriturados e o livro Caixa do ano de 2017*”.

Afirma que não sendo este o entendimento o processo deverá ser enviado à ASTEC, órgão vinculado ao CONSEF.

Finaliza pedindo a procedência do Auto de Infração.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, ter recolhido a menor o ICMS em decorrência de erro na informação da receita e/ou aplicação de alíquota a menor (infração 01), omissões de receita comprovada pela existência de suprimento de caixa sem a comprovação da origem do numerário- com dolo (infração 02), e omissão de receita apurada através de levantamento fiscal – Sem dolo (Infração 03).

De início, cumpre esclarecer que o contribuinte não se insurgiu em relação à exigência da infração 01, razão pela qual julgo-a procedente.

Em sua defesa, o autuado argui a nulidade das demais infrações sob o argumento de que: Na infração 02, os valores considerados como omissão de receita, dizem respeito a recebimentos de Notas fiscais emitidas anteriormente ao ano de 2017, período em que a empresa apurava o tributo pelo regime de competência. Na infração 03, diz o autuado que os valores apurados são os das notas emitidas, porém, não recebidas, uma vez que a empresa passou a optar pelo regime de Caixa, para efeitos de cálculo do imposto devido, portanto, o recolhimento do tributo passou a ser com base na data efetiva do recebimento dos serviços e não pela data de emissão dos documentos fiscais.

De pronto, esclareço que na verdade, as questões suscitadas dizem respeito ao mérito, ao qual passo a me pronunciar.

Na infração 02, de acordo com os papéis de trabalho 05 a 34, foram constatados saldos credores de caixa, após a reconstituição “do Livro caixa” da empresa, conforme se verifica às fls. 05 a 34.

No presente caso, a fiscalização computou a débito, as entradas de recursos oriundos das vendas realizadas no exercício de 2017 e a crédito às saídas de recursos naquele exercício, a exemplo de pagamento de duplicatas, despesas financeiras, impostos, alimentação, etc. Portanto, não procede ao argumento defensivo de que foram considerados recebimentos de Notas fiscais emitidas anteriormente ao exercício fiscalizado. Até porque se tal procedimento fosse adotado, provavelmente, se apuraria saldos credores inferiores, ou inexistentes, já que haveria lançamentos a débito em valores superiores ao considerado pela fiscalização.

Ressalto que apesar de não ter sido contestado pelo defendente, no “Livro Caixa” reconstituído pela fiscalização, referente ao exercício de 2017, foi informado como Saldo Inicial de Caixa “Zero”, apesar do contribuinte já se encontrar em atividade, desde 25/04/2000, conforme informação constante no Relatório de Informações do Contribuinte - INC, emitido por esta secretaria, fl. 55.

Por esta razão, o processo foi convertido em diligência para que o autuante intimasse o sujeito passivo a apresentar e comprovar o saldo final de caixa do exercício de 2016. Sendo comprovada a existência de saldo devedor de caixa, foi solicitada a elaboração de novos demonstrativos, considerando como saldo inicial o valor devidamente comprovado.

Em atendimento à diligência, o autuante externa o entendimento de que seria desnecessária proceder a intimação ao contribuinte, conforme solicitado por este órgão julgador, pois o mesmo, à época da fiscalização se recusou a apresentar o livro Caixa, conforme declaração por ele prestada, anexada à fl. 81.

Tendo em vista tal informação, acato os demonstrativos elaborados pela fiscalização, uma vez que a defesa não apontou diferenças porventura encontradas, importando em veracidade dos levantamentos fiscais na forma do Art. 142, do RPAF/BA:

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Esclareço que o saldo credor de caixa ocorre quando são contabilizados pagamentos sem a existência de suporte financeiro, resultando no conhecido “estouro de caixa”. Como se sabe, o livro Caixa deve normalmente ter saldo devedor. A apresentação de saldo credor surge como uma

disfunção, restando evidente que a empresa efetuou pagamentos com recursos não contabilizados. Nessa situação, a legislação do ICMS presume que tais recursos são decorrentes de operações de comercialização (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte à prova da improcedência da presunção, conforme determina o artigo 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, o que não ocorreu apesar de ter-lhe sido fornecido as cópias do levantamento fiscal, o que possibilitou fazer o confronto dos valores obtidos.

Dessa forma, a infração 02 subsiste em sua totalidade, entretanto, retifico a multa exigida de 150% para 75% pois no caso em questão não ficou provado a ocorrência de dolo, fraude ou conluio, e sim de infração simples: omissão de saídas de mercadorias presumida através da constatação de saldo credor de caixa.

Na infração 03, o imposto foi exigido sobre os documentos fiscais emitidos e não declarados nas PGDAS.

O defendente, apesar de afirmar que à época dos fatos geradores adotava o Regime de Caixa para efeitos de cálculo do imposto devido, e este fato não foi considerado pela fiscalização, entretanto, de acordo com a informação prestada pelo autuante, às declarações “Programa Gerador de Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório”, referentes ao período autuado, informam que a autuada apurava pelo regime de competência, e somente em 16/05/2018, após o início da ação fiscal, as mesmas foram retificadas, alterando a modalidade para o “regime de caixa”.

De fato, os documentos anexados às fls. 58 a 80, confirmam a assertiva do autuante, e como não foram apresentadas quaisquer provas capazes de desconstituir os lançamentos atinentes à infração 03 a mesma é subsistente, tendo em vista que os demonstrativos acostados ao processo comprovam a ocorrência de falta de pagamento devido na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional.

Quanto aos aspectos inerentes à aplicação da aplicação no cálculo do imposto devido da capitalização e demais acréscimos moratórios, cumpre observar que o Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) instituído pela Lei nº 3.956/81, expressamente prevê a aplicação da taxa SELIC, consoante o seu art. 102, II, como a seguir reproduzido, além do que, já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que referida taxa pode ser utilizada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários, fugindo à competência deste colegiado a apreciação da constitucionalidade desses dispositivos legais, a teor do disposto no art. 167, inciso I do RPAF-BA/99.

Art. 102. Os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares ficarão sujeitos aos seguintes acréscimos moratórios:

(...) § 2º Os acréscimos moratórios, incidentes a partir de 1º de janeiro de 2001, serão calculados segundo os seguintes critérios:

I - sobre os débitos denunciados espontaneamente, incidirão apenas acréscimos moratórios equivalentes 0,11% (onze décimos por cento) ao dia, limitados a 10% (dez por cento), mais a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.

II - sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, incidirão acréscimos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.

§ 3º A partir de 1º de janeiro de 2006, também incidirão acréscimos moratórios sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício decorrentes do descumprimento de obrigação tributária acessória, na forma prevista no inciso II do § 2º deste artigo.”

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** com redução da Multa na Infração 02, o Auto de Infração nº **210372.0007/18-8**, lavrado contra **WFL DISTRIBUIÇÃO E COMÉRCIO EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$60.748,98**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, c/c o art. 35 da Lei Complementar nº 123/06, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de maio de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR