

A.I. Nº - 232339.0023/18-2
AUTUADO - JOÃO MIRANDA GALINDO - EPP
AUTUANTE - JOSÉ ERINALDO FRAGA SOARES
ORIGEM - INFRAZ PAULO AFONSO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/07/2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0070-04/19

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. RECOLHIMENTO A MENOS. Provado erro na informação da receita e alíquota aplicada a menor. Exigência subsistente. Rejeitado o pedido de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/06/2018, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$19.073,52, em decorrência do recolhimento a menor do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor referentes aos meses de janeiro/2014 a dezembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$93.915,74, acrescido da multa de 75%, da constatação de omissão.

O autuado através de advogado legalmente habilitado apresentou defesa (fls. 53 a 60) dizendo que a mesma se refere aos Autos de Infração nºs 2323390028/18-4 e 232339.0023/18-2. Fala sobre a tempestividade da sua apresentação e após argui a nulidade do Auto de Infração por entender que não foi obedecido o disposto no ordenamento jurídico, pois o demonstrativo elaborado pelo Sr. Fiscal deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida.

Assevera que de acordo com a legislação tributária, deverá o auto de infração deve identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitar a penalidade, devendo, portanto observar os seguintes requisitos:

- a. Nome e qualificação do autuado;
- b. O local, a data e a hora da lavratura;
- c. A descrição clara e precisa do fato;
- d. A descrição da disposição legal infringida, bem como a legislação utilizada para a aplicação de juros e correção monetária;
- e. A exigência a ser cumprida;
- f. A intimação para cumprir a exigência ou impugná-la dentro do prazo legal;
- g. A assinatura do atuante e do autuado, quando possível;
- h. A indicação da repartição aonde correrá o processo.

Diz que o cumprimento dos requisitos mencionados tem como única e exclusiva finalidade assegurar ao atuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa, pois, somente com preenchimento de todos os requisitos, permitirá a obtenção de informações seguras ao autuado, estas importantes para a elaboração de sua defesa.

Acrescenta que além dos erros apontados, também no tocante aos valores apurados, verifica-se que o Fiscal não observou a existência do pagamento do ICMS antecipado. O ICMS das notas foram devidamente recolhidos, não podendo ter sido incursão no levantamento efetuado, gerando

mais uma causa de nulidade, corroborando as alegações de iliquidez e incerteza do auto de infração.

Conclui que a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro do Sr. Fiscal. Tal fato por si só eiva de nulidade os autos de infração lavrados, pois desobedecem ao Art. 142 do CTN, cujo teor transcreve.

Diz que a igualdade constitucional que previsiona a PLENA DEFESA, faz ver que os lançamentos devem contar com a devida CLAREZA, restando NULAS as notificações aqui objeto, dado que deixa de informar as notas fiscais, emitentes e valores corretos que geraram a emissão da notificação, cerceando a plena defesa. Para respaldar o seu entendimento transcreve doutrinas sobre o tema.

Pede a nulidade dos autos de infração e consequente inexigibilidade das multas aplicadas para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais. Se assim não entendido requerer a realização de diligências para a constatação dos reais valores devidos, evitando assim detimento aos seus direitos em benefício do locupletamento desmotivado do Estado.

No mérito diz que os autos de infração trazem como fatos geradores as seguintes descrições:

“Auto de infração nº 2323390021/18-8: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária na condição e empresa optante do regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pela.”

“Auto de Infração nº 2323390023/18-2: Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas.”

Acrescenta que a notificada, é empresa constituída no Estado do Bahia há vários anos e sempre procurou, apesar das várias dificuldades que assomam aos empresários de nosso País, cumprir corretamente com suas obrigações fiscais ou legais. Destaca que durante vários anos, e em várias revisões fiscais já ocorridas, em nenhum momento foi alvo de autos de infração, pois sempre primou pela observância das exigências legais de seu ramo de atividade, sendo tal fato demonstrativo de suas qualidades empresariais.

Entende que as notificações não têm esteio tributário e ainda, que as multas exponenciadas significam um enriquecimento ilícito do Estado, em ofensiva à igualdade das partes, sendo tal igualdade garantida pela Constituição Federal Brasileira. Assevera que a exigibilidade do tributo enfocado pela notificação restará suspenso visto o disciplinado, quer pela legislação Estadual, quer pelo art. 151 do CTN.

Fala sobre as dificuldades sofridas pelas empresas nacionais devido à pesada carga tributária a elas imposta, e das leis confusas e obscuras, asseverando que ao proceder a importação de produtos, a empresa é obrigada a recolher a alíquota de ICMS sobre o valor da mercadoria, para depois creditar-se deste valor em seus livros fiscais. Ou seja, a Receita Estadual neste caso pode ser comparada as grandes instituições financeiras, que “trabalham” com o dinheiro dos correntistas, pois o ICMS sobre a importação é cobrado da empresa antecipadamente, ou seja, na entrada do produto no país, momento no qual a Receita utiliza-se do montante arrecado. Posteriormente, a mesma Receita Estadual repassa este valor na forma de crédito a ser debitado nos livros fiscais, causando burocracia desnecessária e comumente usada em nosso país com a única finalidade de atravancar todo o sistema.

No caso em tela diz que apesar de não ter recolhido o ICMS antecipado, não se creditou dos valores devidos ao referido imposto. Não recolhendo, e também não se creditando dos valores de ICMS, inexiste obrigação tributária, comprometendo assim a validade dos autos de infração objetos da defesa. Esta confusão tributária torna-se mais grave ainda no presente caso, visto a preliminar acima arguida, e aos valores que incidiram sobre a obrigação principal.

Fala que o valor alocado pelas notificações e as multas impostas, são reveladores da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal, enfatizando a prática, vedada pela Constituição Federal, de ofensa aos direitos dos contribuintes e ainda, de defesa do consumidor.

Após transcrever o disposto no Art 150 da Constituição diz que as multas exponenciadas por ambas as notificações, acrescidas aos supostos valores principais da obrigação, sofreram a incidência dos juros moratórios, criando assim uma capitalização indevida e um à onerosidade ilícita e que as multas, conforme legislação atualmente em vigor, somente poderiam ser de 2% (dois por cento) sobre o valor corrigido, e não no percentual que restou imposto a notificada, o qual não consta nos autos de infração.

Transcreve doutrinas sobre o tema e pede a redução das multas e juros, ao suportável pela capacidade contributiva, caso sejam mantidos.

Finaliza pedindo a nulidade das notificações, e se assim não for entendido solicita a realização de diligência a fim de apurar as informações prestadas no tocante aos valores auferidos pelo Fiscal nos meses relacionados, comprovando as alegações de erro na apuração.

Pede o recálculo do real valor devido, expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos ilícitos, intimando-se a notificada de todo o andamento do processo administrativo para o regular exercício da ampla defesa.

O autuante presta a informação fiscal às fls. 62/67, esclarecendo que:

"Em atendimento à Ordem de Serviço nº 501.202/18 realizamos a fiscalização na empresa supramencionada referente ao período de 01/01/2014 à 31/12/2015, com objetivo de executar os roteiros elencados na referida Ordem de Serviço, em especial, verificar a Receita Bruta Mensal apurada e a regularidade do recolhimento do ICMS na qualidade de Empresa Optante pelo Regime de Apuração Simplificado – Simples Nacional.

Para cumprir os roteiros de fiscalização, constantes na supracitada Ordem de Serviço, diz que tivemos como base o Livro Registro de Entradas, Livro Registro de Saídas apresentados pelo autuado, bem como, as Notas Fiscais Eletrônicas, Declarações PGDAs e demais registros baixados do Sistema SEFAZ e da Receita Federal, por esse Preposto Fiscal.

Dianete de toda documentação, após analisar tudo de forma cuidadosa, detectamos as seguintes irregularidades:

- a) Primeiramente, informo que o autuado foi regularmente intimado, através do DTE – Domicílio Tributário Eletrônico (fls. 06 e 07), sendo que o mesmo não apresentou os Documentos de Caixa e nem o Livro Registro do Caixa, conforme declaração (fls. 08);
- b) Segundo, ao confrontar as Receitas de Vendas (Declaradas nas PGDAs) x Notas Fiscais Eletrônicas de Aquisições de Mercadorias (Livro Registro de Entradas, fls. 50 a 227) no período fiscalizado, o autuado apresentou a seguinte movimentação:

Movimentação Financeira

Período: 01/01/2014 a 31/12/2015

Ano	Despesas/NFe Compras	Receitas/PGDAs	Diferença
2014	3.067.245,68	868.420,71	2.198.824,97
2015	3.195.133,36	931.291,27	2.263.842,09
Total	6.262.379,07	1.799.711,98	4.462.667,06

Dianete dos indícios de Omissão de Receitas verificados na tabela acima, apuramos detalhadamente em planilhas de cálculos as Compras e as Vendas, tendo como base as Notas Fiscais Eletrônicas de Aquisições de Mercadorias e as Notas Fiscais de Vendas/Declarações das PGDAs (fls. 18/Mídia).

Sequenciando o trabalho, elaboramos a Reconstituição do Caixa de janeiro/2014 a dezembro/2015. Para esse pleito, foram utilizadas as notas fiscais eletrônicas de aquisições de mercadorias, ora, elencadas e apuradas mensalmente em planilhas e as respectivas duplicatas a pagar aos fornecedores, bem como, foram lançadas mensalmente as receitas de vendas declaradas nas supracitadas PGDAs, além disso, os pagamentos com tributos efetuados pelo autuado no período fiscalizado, conforme extrato do sistema SIGAT (fls. 18/Mídia).

Concluída a Reconstituição do Movimento Mensal do Caixa foi revelado Saldo Credor de Caixa, ficando comprovado que a empresa efetuou pagamentos sem comprovação da origem do numerário.”

Após informa que foi lavrado o presente Auto de Infração e o de nº 232339.0028/18-4 respaldado na LC nº 123/06 e Lei nº 7.014/96, vigentes à época dos fatos geradores.

No que diz respeito às nulidades arguidas afirma que todas as notas fiscais estão elencadas em planilhas e gravadas em mídia (fls. 18), portanto, as referidas notas foram basilares para elaboração dos demonstrativos e apuração dos créditos tributários, ora em questão.

Acrescenta que durante os trabalhos de fiscalização, mesmo antes da lavratura do presente auto, foi fornecida a empresa as planilhas e demonstrativos para análise, conforme recibo de entrega (fls.09), dando-lhe a ampla defesa. Desse modo, as alegações do autuado em afirmar que o Sr. Fiscal não relacionou as notas fiscais, uma a uma, e que fez cálculos aleatórios, não procedem.

Quanto a alegada falta de clareza informa que todas estão dentro das formalidades legais como se pode observar no presente Auto de Infração (fl. 01).

No que diz respeito às formalidades esclarece que o enquadramento legal dos dispositivos infringidos e a Multa Aplicada, encontram-se as (fl. 02), bem como, a exigência a ser cumprida está apurada nos demonstrativos (fls. 01, 02, 04 e 05) de forma clara, precisa e legal.

Afirma que a empresa foi intimada regularmente tanto no início dos trabalhos (fls. 06 e 07), durante os trabalhos (fl. 09), como também, no momento do encerramento dos trabalhos, cientificando-o do resultado da fiscalização (fl. 50) e colocando a sua disposição, cópia do presente Auto e todos os demonstrativos aritméticos produzidos por esse preposto fiscal, gravados em mídia (fl. 18). Com relação à assinatura do Autuante, essa, está assentada no presente auto de infração (fl. 02 e 05), bem como, em todos os documentos e papéis anexados. Acrescenta que o autuado foi intimado e cientificado, via DTE, (fls. 06 e 50) para comparecer na repartição fiscal de sua circunscrição, como o autuado está sediado na cidade de Paulo Afonso, desse modo, não tem sentido sua alegação, a sua repartição fiscal onde correrá o processo é a INFRAZ Paulo Afonso.

Reforça que o autuado foi intimado regularmente (fl. 06), bem como, durante os trabalhos de fiscalização e antes da lavratura do referido auto, foram entregues para a empresa planilhas de cálculos (fl. 09) com as irregularidades encontradas para sua análise. Feito isto, após a lavratura do presente auto a empresa foi científica, via DTE, (fl. 50) e colocada toda documentação a sua disposição. Sendo assim, não houve momento algum cerceamento de defesa.

Conclui que tudo foi feito na estrita legalidade, clareza, segurança e precisão e pede a Procedência do Auto de Infração, considerando que o autuado, na qualidade de empresa optante pelo Simples Nacional, no período fiscalizado, 2014 a 2015, efetuou pagamentos sem a devida Comprovação da Origem do Numerário (Saldo Credor de Caixa), por consequência, Omissão de Receitas e Recolhimento a menor do ICMS Simples Nacional.

O processo foi encaminhado ao Sr. Julgador Valtercio Serpa Junior que através de despacho à fl. 69 sugeriu que o mesmo fosse redistribuído a esta Relatora, tendo em vista que o outro Auto de Infração de nº 232339.0028/18-4, decorrente da mesma ação fiscal, se encontrava sob sua análise, inclusive tendo sido o mesmo convertido em diligência.

À fl.70 consta despacho autorizando o pedido sugerido.

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. Inicialmente constato que a defesa se reporta conjuntamente as exigências referentes a este Auto de Infração e o de nº 2323390028/18-4, entretanto, somente abordarei os argumentos relativos ao presente lançamento, o que faço a seguir.

Preliminarmente, argui o sujeito passivo a nulidade da autuação, alegando cerceamento de defesa, considerando que o demonstrativo elaborado pela fiscalização encontra-se incompleto pois não foram indicadas todas as notas fiscais e respectivos valores, que deram origem ao lançamento.

Este argumento não pode ser acatado, pois neste Auto de Infração foi exigido o imposto sobre valores das receitas brutas declaradas nas DASN (Declaração Anual do Simples Nacional), portanto, trata-se de valores de pleno conhecimento do autuado.

O imposto foi apurado através da aplicação de novas alíquotas, após a agregação das receitas omitidas, apuradas através da constatação da presunção de omissão de saídas de mercadorias constatadas através de saldos credores de caixa, após a reconstituição “do Livro caixa” da empresa. Tal irregularidade foi decorrente da mesma ação fiscal, e objeto de exigência através do Auto de Infração nº 232339.0029/18-4.

Dito isto, inexiste o alegado cerceamento do direito de defesa, pois os valores das notas fiscais consideradas no outro Auto de Infração, além dos demais demonstrativos que embasaram ambos foram disponibilizados ao sujeito passivo, conforme comprova o recibo de fl. 18, assinado pelo seu preposto.

Dessa forma, rejoito às preliminares de nulidade apresentadas nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

No que concerne ao mérito, observo que o sujeito passivo apenas nega o cometimento da infração. Por outro lado como esclarecido nas preliminares a infração foi embasada nos levantamentos fiscais acostados aos autos, às fls.10/17 e mídia anexada à fl.18, tendo o sujeito passivo recebido todos os demonstrativos sintéticos e analíticos elaborados na auditoria, tendo o prazo de 60 dias para apresentar sua impugnação, que lhe é assegurado pelo o art. 123, do RPAF/99, porém, não houve questionamento objetivo de qualquer cálculo constante da autuação.

Ressalto que no presente lançamento foi exigido o imposto sobre as operações acobertadas por documentos fiscais de vendas emitidos pelo próprio contribuinte e declaradas nas DASN, após a aplicação das alíquotas constantes no Anexo I da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, correspondentes à Receita bruta acumulada auferida em 12 meses, incluindo as Receitas omitidas, que foram objeto de exigência no Auto de Infração nº 232339.0028/18-4.

Registro que em sessão de julgamento realizada no dia 28/05/2018, o referido Auto de Infração, o qual foi Relatora foi julgado por esta mesma 4ª Junta de Julgamento Fiscal totalmente Procedente. Portanto, restou caracterizada a presunção de omissão de saídas, sendo perfeitamente cabível adicionar às receitas declaradas pelo contribuinte nas PGDAs, as receitas omitidas oriundas no Auto de Infração nº 232339.0028/18-4, para a apuração das alíquotas informadas no Anexo I da referida Lei Complementar.

Destaco ainda que os valores recolhidos pelo contribuinte a título de “Simples Nacional” foram abatidos do ICMS apurado pela fiscalização, conforme se observa na planilha de fl. 17.

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 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** o Auto de Infração nº 232339.0023/18-2, lavrado contra **JOÃO MIRANDA GALINDO - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$19.073,52**, acrescido da multa de 75 % nos artigos 35 da Lei Complementar nº 123/06, art.44, I da Lei Federal nº 9.430/96 de 27/12/96 e Lei nº 11.488 de 15/06/07 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de maio de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR