

PROCESSO - A. I. Nº 232109.0016/18-4
RECORRENTE - J. M. SILVA ROCHA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 0220-02/18
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25/06/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0072-11/20-VD

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. **a)** CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta Caixa indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não elidida a presunção legal. Infração caracterizada. Retificada, de ofício, a multa indicada na autuação. **b)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Comprovado nos autos que mercadorias tributáveis de fabricação do próprio sujeito passivo foram computadas como não tributáveis nas PGDAS do período autuado e os dados do levantamento fiscal não foram contestados. Rejeitada a nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 2ª JJF Nº 0220-02/18, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 17/06/2018, para exigir ICMS no valor histórico de R\$79.680,84, em razão de duas infrações distintas, todas objeto do presente recurso, descritas da forma a seguir:

Infração 01 - 17.03.07: 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. Valor: R\$ 10.520,94. Período: Janeiro, Março a Julho, Setembro a Dezembro 2014, Janeiro 2014 a Março 2016. Enquadramento legal: Artigos 18, 21 e 26, I, § 2º, da Lei Complementar 123/06; Artigo 4, § 4º, I, da lei 7.014/96. Multa: Artigo 35 da LC 123/06; ARTIGO 44, I, § 1º, DA LEI FEDERAL 9.430/96, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.488/07.

Consta da descrição que a autuada opera basicamente como indústria de produtos destinados a construção civil e no período fiscalizado (janeiro 2013 a Dezembro 2017) omitiu receitas de vendas. Tais omissões foram apuradas por presunção em ocorrência de saldo credor de caixa. A empresa foi intimada, mas não apresentou os livros Caixa do período fiscalizado e que a ação fiscal reconstruiu a movimentação com base nas informações legais disponíveis e acessíveis. A legislação pertinente ao Simples Nacional, LC 123/06, no art. 34, prevê que “Aplicam-se à microempresa e EPP optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional”.

Infração 02 - 17.05.01: Deixou de recolher ICMS em razão de considerar receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo). Valor: R\$69.159,90. Período: Junho 2013 a Dezembro 2017. Enquadramento legal: Artigo 18, da Lei Complementar 123/06. Multa: Artigo 35 da LC 123/06; Artigo 44, I, da Lei Federal 9.430/96, com redação dada pela Lei 11.488/07.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 19/12/2018 (fls. 98 a 105) e julgou Procedente, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“**VOTO**

Conforme acima relatado, o AI contém sete infrações que totalizam a exação fiscal de R\$79.680,84.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 04, 09, e 45, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e § 1º), 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 21-32 e CD de fl. 45); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise. Por consequência, não há falar em nulidade do AI.

A exação fiscal decorre de obrigação tributária liquidada por Autoridade Fiscal competente do Ente tributante, mediante regular procedimento administrativo, cujos elementos determinantes previstos no art. 142 do CTN (ocorrência do fato gerador; determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e multa proposta) constam claramente identificados nos autos.

Ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

A apuração do imposto em todas as infrações foi corretamente realizada e consta claramente demonstrada nos arquivos constantes do CD de fl. 45.

Trata a infração 1 da falta de recolhimento de ICMS em decorrência de omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido a irregularidade apurada por meio da constatação de suprimentos de caixa de origem não comprovada, demonstrada pela ocorrência de saldos credores na conta Caixa, conforme demonstrativo de fls. 24-26, 30-32 e CD de fl. 45.

Para o caso, o disposto no artigo 9º da Resolução CGSN nº 30, de 07/02/2008 reza que se aplicam aos optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional.

De acordo com o artigo 4º, § 4º, inciso I, da Lei 7.014/96, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar saldo credor de caixa, cabendo ao contribuinte o ônus de comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Visando elidir a presunção legal que embasou a exigência fiscal, sem negar a falta de escrituração das despesas levantadas no procedimento fiscal e apostas no demonstrativo de fls. 24-26 (coluna “Pagamentos efetuados” X Coluna “Receitas declaradas) ou contrastar os dados do procedimento fiscal, o autuado alega: a) inexistentes questões formais que levariam nulidade do PAF por “cerceamento ao direito de defesa”; b) duplicidade de cobrança por sobreposição de valores por falta de abatimento de saldo do período a omissão do período anterior que já teria sido penalizado, o que não se vê no demonstrativo próprio do cálculo de receitas não declaradas ou omitidas no Livro Caixa (fls. 24-26); c) cobrança com efeito de confisco por ilegitimidade de multa proposta, aspecto cuja adequação oportunamente apreciarei e, finalmente; d) divergência temporal entre a emissão de NF de saída e sua contabilização, o que, ao fim e ao cabo, de certa forma, este é o aspecto motivador da infração, uma vez que é a presunção legal de receita tributável auferida sem o indispensável documento fiscal correspondente que propiciou o suprimento de caixa cuja origem diversa não foi comprovada pelo sujeito passivo, de modo a ilidir a acusação fiscal.

Ora, compulsando os autos vejo que não há como prosperar a arguição defensiva, haja vista que a descrição da irregularidade foi feita de forma clara e objetiva. Ademais, para todas as infrações, o lançamento tributário se faz acompanhar de demonstrativos contendo a indicação dos documentos fiscais objeto de autuação e demais expressões das irregularidades constatadas, cujas cópias, como acima indicado, foram entregues ao autuado, elucidando e discriminando todos os dados necessários para o entendimento das infrações, dos valores apurados e da metodologia empregada no procedimento fiscal.

Para ambas exações, o AI consigna os dispositivos legais dados como infringidos, aduzindo as respectivas motivações, com a indicação dos fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, restando clara a finalidade e o objeto do ato de constituição do crédito tributário, permitindo a compreensão das irregularidades e esclarecendo a motivação da autuação.

Especificamente para a Infração 01, a exação fiscal tem suporte no demonstrativo de 24-26, 30-32 e CD de fl. 45, nos quais se detalha os cálculos e os dados considerados na apuração do imposto devido, que, repito, não foram contestados na Impugnação.

É que, ainda que seja absoluto direito do contribuinte autuado, para surtir os efeitos pretendidos, o direito de defesa há que ser exercido dentro de determinados parâmetros. Nesse sentido, o artigo 123 do RPAF dispõe:

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração no prazo de sessenta dias, contados da data da intimação.

§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.

...

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

Portanto, considerando que recebendo cópia dos demonstrativos e do CD de fl.31, suportes detalhados das irregularidades constatadas no procedimento fiscal, relacionando os documentos fiscais em que se apurou o valor do imposto devido por regulares roteiros de fiscalização, o sujeito passivo nada diz a respeito, tenho que o caso se enquadra nas disposições dos arts. 140, 141 e 142 do RPAF, abaixo reproduzidos:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

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.

Dessa forma, o autuado não logrou comprovar a improcedência da presunção legal que embasou a exigência fiscal tratada na infração 1. Concluo pela subsistência deste item do lançamento, tendo em vista que a ocorrência de saldo credor da conta Caixa indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

A Infração 02 se refere a falta de recolhimento de ICMS em razão de o autuado ter considerado receita tributável como não tributável. Como expresso na descrição da Infração e visto na planilha de fls.65-66, tais produtos, de fabricação própria do contribuinte autuado (tintas, vernizes, esmaltes e lacas) são mercadorias tributáveis pelo ICMS e, como exposto nas planilhas/demonstrativos suporte da exação fiscal, o procedimento apenas cuida de adequar a tributação dos valores, ainda que declarados em PGDAS – mas como não tributáveis – dentro da sistemática de cálculo do regime do Simples Nacional, evidentemente, estratificando a tributação conforme a alíquota da faixa de receita totais. Portanto, ao contrário do que alega o Impugnante, tudo atendendo ao comando da Lei Complementar 123/2006.

A Lei Complementar nº 123/2006 prevê que sobre a receita bruta auferida no mês, incidirá a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º do artigo 18, podendo o contribuinte optar que a incidência se dê sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irreatável para todo o ano-calendário.

No caso em análise a autuada é acusada de deixar de incluir na Receita Bruta do mês, valores relativos a vendas de mercadorias tributáveis de fabricação própria, as considerando sem tributação quando deveria tê-las incluído no montante a ser tributado (conforme demonstrado na relação de vendas mostrada na planilha “ST saída 2013 a 2017”, CD de fl. 45, com exemplo impresso de fls. 65-66), haja vista que a sistemática de apuração dos valores mensais a recolher exige que se considere no cômputo da receita bruta o total do produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, conforme §1º, do art. 3º da Lei nº 123/06.

Ora, o autuante demonstra os valores das receitas brutas apurados mês a mês com base nos dados obtidos das informações prestadas pelo próprio contribuinte através do PGDAS-D que tem caráter declaratório e a acusação funda-se na constatação de que o Autuado considerou na apuração mensal do ICMS a recolher, receita tributável como não tributável, incorrendo em erro na determinação da base de cálculo e na aplicação das alíquotas, o que repercutiu em falta de pagamento do ICMS devido a título do SIMPLES NACIONAL, tudo demonstrado pelo autuante nas planilhas suporte da autuação (fls. 30-32 – coluna “ICMS declarado devido A PAGAR”).

Observo que prestada a Informação Fiscal, tendo o autuante detalhadamente pontuado e rebatido as alegações defensivas, de modo as esclarecer as dúvidas de leituras dos demonstrativos da ação fiscal cujas cópias foram

entregues ao contribuinte, o Impugnante voltou a se manifestar apenas repisando as genéricas e evasivas alegações defensivas iniciais, o que denota a fragilidade para ilidir as calçadas acusações fiscais.

Assim, considerando ainda que nenhuma falta foi alegada com relação aos demonstrativos de levantamento do débito objeto da autuação ou mesmo quanto ao valor apurado pelo fisco, e que do exame do levantamento fiscal nada foi apurado que maculasse o feito empreendido pela autuação, tenho a Infração 02 como subsistente.

Quanto ao argumento de inconstitucionalidade ou ilegalidade genericamente arguido, inclusive com respeito ao entendimento de confiscatoriedade da multa pelo descumprimento da obrigação tributária principal, limito-me a afirmar que é a penalidade legalmente prevista e a citar o art. 167 do RPAF que exclui da competência dos órgãos administrativos julgadores: I - a declaração de inconstitucionalidade; II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida. III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Contudo, ainda que a Impugnação seja ineficaz para os fins que se destina, de ofício, observo que a multa de 150% indicada para a infração 1 deve ser retificada para 75%, com base no art. 35 da LC 123/06 combinado com o art. 44, I da Lei 9.430/96 e art. 16, inciso I da Resolução CGSN Nº 30 de 07/02/2008. Esses mencionados dispositivos legais estabelecem que o descumprimento de obrigação principal devida no âmbito do Simples Nacional sujeita o infrator à multa de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido (art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007).

De acordo com o § 1º do art. 44 da Lei 9.430/96 e inciso II do art. 16 da Resolução CGSN Nº 30 de 07/02/2008, aplica-se a multa de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido, nos casos previstos nos artigos 71 (sonegação), 72 (fraude) e 73 (conluio) da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964. Neste caso, a legislação estabelece que multa duplicada quando forem identificadas as hipóteses descritas nos referidos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/1964, quais sejam sonegação, fraude e conluio.

Para se aplicar o mencionado dispositivo legal de forma a duplicar a multa para 150% é necessário estar caracterizado nos autos o dolo, elemento subjetivo que não pode ser presumido, devendo ficar demonstrado e comprovado. No caso em exame, o autuante fundamentou a exigência do imposto como omissão de saídas e não apontou, sequer, qual dos três ilícitos descritos na Lei 4.502/64 que teria motivado a duplicação da multa exigida.

Considerando as definições referentes à sonegação, fraude e conluio constantes nos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502, de 30/11/1964, entendo que não houve no presente processo o registro de fatos que comprovem a existência dos referidos elementos para ensejar a aplicação da multa no percentual de 150%, devendo ser reduzida a referida multa aplicada na infração 1 para 75%.

Face ao acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, retificando, de ofício, a multa indicada na infração 1 para 75%.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 117 a 130, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Alega que a autuação é indevida e resultante de equívoco do autuante, na medida em que o presente lançamento de ofício tem como fato gerador presumido a falta de emissão e contabilização de notas fiscais de saídas, operações que, garante, estão acobertadas pela lei, não se justificando, portanto, o procedimento infracional. Reafirma que a suposta infração carece de comprovação contundente dos atos infracionais cometidos. Transcreve o art. 41 do RPAF/99, em apoio aos seus argumentos.

Preliminarmente, alega que o Auto de Infração está incorreto e termina por comprometer o todo, sem contar que o mesmo está eivado de falhas insanáveis, como por exemplo, não vir acompanhado dos “...documentos comprobatórios da natureza dos fatos em que se fundamentar...”, apresentando resultados divergentes dos apurados.

Afirma que toda e qualquer averiguação de dados inerente a empresas optantes pelo SIMPLES NACIONAL, deve estar devidamente registrada no Sistema Eletrônico Único de Fiscalização, estabelecido pela Seção II, da Resolução 140 do Comitê Gestor do simples nacional (CGSN), em seu art. 86, cujo texto transcreve. Fato este, que fulmina por completo a ação proferida pelo ente tributante, ao invocar cobrança de ICMS diverso das ações instituídas pela Lei Complementar nº 123/06, constituindo crédito tributário fora do estabelecido em legislação superior à norma

aplicada.

Destaca que a informação fiscal apresenta várias justificativas, mas não esclarece a confusão criada em seu demonstrativo de débito que já em seu primeiro item, relativo ao período de janeiro/2014, utiliza uma Base de cálculo no valor de R\$29.150,00. Explica que o ocorrido ocasionou um débito de R\$542,19, que é claramente representado por uma cobrança indevida, pois, como se observa, a planilha CÁLCULO DE RECEITAS NÃO DECLARADAS (OMITIDAS) NO LIVRO CAIXA, em sua coluna RECEITAS OMITIDAS, apresenta valor divergente que retrata um quantitativo de R\$41.127,88.

Argumenta que prova maior se faz ainda na planilha CÁLCULO DE ALÍQUOTA DE ICMS EM FUNÇÃO DE RBA ACUMULADO, onde se observa que a coluna RECEITA BRUTA MENSAL OMITIDA apresenta-se no valor de R\$29.149,93, incorrendo ainda na diferença em centavos, para erroneamente apenar o sujeito passivo. Afirma que isto também ocorreu nos meses posteriores, com a planilha CÁLCULO DE ICMS A PAGAR APURADO POR OMISSÃO DE RECEITAS. Alega que há falta de consonância entre a suposta omissão e o que está no demonstrativo de débito, furtando-se de absoluta clareza quanto às omissões cometidas, onde carece de exata indicação e conhecimento do débito integral, como assim descreve o art. 39 do RPAF, cujo texto transcreve.

Conclui que se impõe o cancelamento do Auto de Infração, reconhecendo de plano a sua insubsistência, ante às evidentes nulidades insanáveis, ocorrida em outros período, pela suposta reconstituição incorreta.

Requer, assim, que seja o presente lançamento considerado nulo de pleno direito, com o seu consequente cancelamento, pelo cerceamento do direito de defesa ocasionado, com fulcro no art. 18, inciso II do RPAF/99, cujo texto transcreve.

Argumenta que a atividade de lançamento faz parte de um grupo de atividades maiores, exercidas pela Administração Pública, qual seja, a prática de atos administrativos. Em sendo assim, verifica-se que toda e qualquer atividade administrativa deverá ser regida pelo Princípio da Legalidade. Isto é, toda e qualquer conduta realizada pela Administração Pública deverá deitar raízes na Lei, sob pena de nulidade, conforme, aliás, constata-se da leitura do art. 37 da CF/88. Transcreve a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em apoio aos seus argumentos.

Alega também que o percentual correspondente à multa pecuniária aplicada à empresa, de 75%, ultrapassa de longe o conceito indenizatório, caindo com pompa e circunstância em contornos nítidos do confisco e privação da propriedade privada, devendo, assim, ser repudiado pelo melhor direito. Afirma que este entendimento está pacificado no STF para as multas acima da alíquota predominante do imposto, ou seja, 1,86% e 2,33%, o que representaria uma violação ao princípio do confisco estabelecido pela Constituição Federal.

No mérito, afirma que outra sorte não cabe ao Auto de Infração ora contestado, a não ser o seu arquivamento por insubsistência, pois contraria a legislação em vigor e não retrata a realidade à ocasião da escrituração fiscal e contábil. De mais a mais, as incorreções estão claras ao ponto que a determinação da nulidade ampara-se no art. 18, inciso IV, alínea "a", bem como pelo art. 19, todos do RPAF cujos textos transcreve.

Alega que os fatos demonstram que a falta de consonância entre a descrição da infração e o artigo utilizado, por si só, revela a existência de um possível ato infracional cometido, furtando-se de absoluta clareza quanto às omissões cometidas, e carecendo de norma legal exata e indicativa de motivo infracional. Ou seja, questiona se a infração supostamente cometida se trata de suprimento de caixa não comprovado, quando haveria a ocorrência de ingressos no Caixa, sem comprovação, conforme determina o art. 4º, § 4º, inciso II da Lei nº 7.014/96, ou saldo credor de Caixa, com base no inciso I do mesmo parágrafo.

Defende tratar-se de questões de relevância, onde se impõe a nulidade do julgado por esta Corte, reconhecendo de plano a insubsistência do AI, ante às evidentes nulidades insanáveis.

Discorre acerca de outros institutos de direito tributário, tais como hipótese de incidência e fato gerador, recorrendo à doutrina de Hugo de Brito Machado, para amparar os seus argumentos.

Referindo-se ao Auto de Infração, explica que parte do pressuposto de que a ação fiscal reconstruiu a movimentação financeira com base nas informações disponíveis, sem considerar o saldo de Caixa do exercício anterior, que é fato imprescindível para a consequência das operações realizadas pela empresa na busca da reconstituição do saldo real de Caixa, contribuindo duplamente na preterição do direito de defesa.

Ademais, afirma que a nulidade da decisão se impõe, porquanto a omissão consubstanciada na falta do enfrentamento das mencionadas questões implica em cerceamento de defesa, vez que impossibilita ao recorrente atacar o entendimento esposado pelo sentenciante administrativo

Por fim, traz à baila o princípio da legalidade, admitindo até mesmo algum erro formal, entretanto, sem implicar na falta de pagamento de imposto. De outra banda, se houve erro formal, a pena a ser aplicada não pode ser a cobrança de percentual sobre o valor da operação, por absoluta inexistência do fato gerador. E esta conclusão é decorrente da textualização do código tributário nacional em seu artigo 112, cujo texto reproduz.

Afirma que já se encontra pacificado em julgados do Conselho Da Fazenda do Estado da Bahia que as presunções afastadas pelo contribuinte através de prova afetam a procedência de cobranças indevidas. Transcreve o conteúdo do Acórdão CJF nº 0208-12/05.

Arremata a sua peça recursal, afirmando que a existência, por si só, de saldo credor, apurado extra contabilmente pelo nobre agente tributante, não caracteriza omissão de receita, pois há divergência temporal entre a emissão de nota fiscal de saída e sua contabilização. Bem como a escrituração das despesas, obrigações e aquisições de mercadorias em geral. Sem falar na sobreposição de uma omissão a outra, visto que não é abatido do saldo do período a omissão do período anterior que já foi penalizado.

Diante de todo expostos requer: a) Seja recebido e apreciado o Recurso Voluntário; b) Seja declarado nulo de pleno direito o Auto de Infração; c) Em face dos evidentes erros insanáveis, a Recorrente, na hipótese de se ultrapassar os preliminares arguidos, solicita a declaração de procedência em parte.

Nestes termos, pede deferimento

VOTO

Preliminarmente, quanto à alegação de nulidade ao fundamento de cerceamento do direito de defesa, por ausência de documentos comprobatórios da autuação, não merece guarida, pois além de planilhas contendo os demonstrativos de apuração da base de cálculo (fls. 24-32), constam, às folhas 33-44, os extratos PGDAS, apresentados pelo Contribuinte à Receita Federal, de onde foram extraídos os valores das receitas (utilizados para elaboração dos demonstrativos citados). A relação exaustiva dos extratos se encontra no CD, à folha 45, na pasta “Extratos PGDAS”.

Já os valores relativos aos pagamentos, no período, foram extraídos das notas fiscais eletrônicas emitidas contra a empresa autuada, conforme folha 21 (relação completa se encontra no CD citado, no arquivo “Omissões de Caixa e SN”, na planilha “pagtos efetuados”.

Assim, entendo que não merece ser acolhida tal alegação.

Quanto à alegação de nulidade sob o fundamento de que o Auto de Infração deveria ser lavrado pelo Sistema Eletrônico Único de Fiscalização estabelecido pela Seção II, da Resolução 140 do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), em seu art. 86, não merece acolhida, pois embora o art. 86 tenha de fato instituído Sistema Único de Fiscalização, o art. 142 da resolução citada abriu a possibilidade de que fossem utilizados “procedimentos administrativos fiscais alternativos”, até 2019, conforme abaixo:

“Art. 142. Observado o disposto neste artigo, depois da disponibilização do Sefisc, poderão ser utilizados alternativamente os procedimentos administrativos fiscais previstos na legislação de cada ente federado: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, § 4º)

I - para fatos geradores ocorridos:

...
b) a partir de 1º de janeiro de 2015, até 31 de dezembro de 2019;
...”

Ora, como o presente lançamento se refere a fatos geradores ocorridos ao longo do exercício de 2016, era possível fazer uso do Sistema de Lançamento da Fazenda Estadual até o dia 31/12/2019, conforme alínea “b” acima, inexistindo a irregularidade citada.

Quanto à alegada confusão no demonstrativo de débito, não merece guarida, pois a base de cálculo da autuação se encontra adequadamente identificada no demonstrativo “CÁLCULO DE ALÍQUOTA DE ICMS EM FUNÇÃO DE RBA ACUMULADA”, (folhas impressas 30/32), contido no CD (folha 45), no arquivo “Omissões de Caixa e SN”, na planilha “ICMS devido”. O valor do imposto lançado está adequadamente explicitado na planilha referida.

A referência à base de cálculo distinta se encontra no demonstrativo SEAI (folhas 01-04), por força de recálculo pelo Sistema SEFAZ, para efeito de inclusão no Sistema de Arrecadação, mas sem qualquer caráter explicativo, não invalidando toda a explicitação citada.

Por fim, não merece acolhida a alegação de falta de consonância entre a descrição dos fatos e a fundamentação legal, pois a conduta infratora se encontra adequadamente enquadrada na extensa referência feita à legislação, às folhas 02 e 04 do presente PAF.

Assim, rejeito as alegações de nulidade arguídas.

Quanto ao Mérito, as condutas infradoras foram assim descritas: *“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. ...”* (Infração 01) e *“Deixou de recolher ICMS em razão de considerar receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo). ...”* (Infração 02). A primeira infração se refere à presunção de omissão de receitas, em decorrência da apuração de saldo credor de Caixa. Já a segunda decorreu da apuração de receitas tributáveis declaradas no PGDAS como não tributáveis pelo ICMS, conforme esclarece a peça inaugural do lançamento.

O Sujeito Passivo se opôs a ambas as infrações, deduzindo argumentos de forma global, o que autoriza que o julgamento trate-as igualmente de forma conjunta.

Quanto à alegação de que não foi considerado o saldo de Caixa do exercício anterior, é possível notar pelo exame do demonstrativo de débito “CÁLCULO DE ALÍQUOTA DE ICMS EM FUNÇÃO DE RBA ACUMULADA”, (folhas impressas 30/32), contido no CD (folha 45), no arquivo “Omissões de Caixa e SN”, na planilha “Receitas Omitidas”, que efetivamente o saldo inicial da conta Caixa está zerado.

Cabe destacar, contudo, que tal informação deve ser extraída do livro Caixa da empresa, que não foi apresentado à fiscalização, conforme ressalta o autuante, na peça inaugural do lançamento, à folha 01 do PAF, fato que não foi contestado pelo Contribuinte. Frise-se, ademais, que consta às folhas 11 e 12, duas intimações datadas de 04 e 28 de abril de 2018, mediante as quais foi feita a solicitação de entrega do livro Caixa, não atendida pelo Sujeito Passivo.

Assim, embora inexista efetivamente informação acerca do saldo anterior do livro Caixa, tal ônus probatório cabe à Recorrente, do qual poderia se desincumbir, simplesmente anexando a cópia de seu livro fiscal, algo de que se omitiu, mesmo se considerando a atual fase processual, já em Segunda Instância.

Assim, na ausência de prova que possa corroborar a alteração do valor do saldo anterior da Conta

Caixa, entendo que não pode ser acolhida a alegação recursal neste ponto.

Quanto à alegação de que houve apenas erro formal, não merece acolhida, pois o imposto exigido fundamenta-se na presunção de ocorrência de receitas anteriores omitidas da tributação, em nada se confundindo com erro formal.

Assim, entendo que as presentes infrações se encontram caracterizadas.

Quanto à alegação de confiscatoriedade da multa, convém destacar que tal percentual se encontra previsto em lei, sendo vedado a este colegiado apreciar arguição de inconstitucionalidade, conforme art. 167, inciso I, abaixo reproduzido:

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

...”

Caso o Sujeito Passivo venha a dispor de provas que evidenciem o desacerto da presente autuação, pode manejar o controle da legalidade junto à PGE, conforme previsão do art. 113 e seguintes do RPAF.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida, que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232109.0016/18-4**, lavrado contra **J. M. SILVA ROCHA**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$79.680,84**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da LC 123/06; art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de abril de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS