

A. I. Nº - 196900.0005/19-3
AUTUADO - J. DIAS MATERIAIS ELETRICOS LTDA.
AUTUANTE - JOSE MARIA MATOS MONTALVAN ESTEVES
ORIGEM - INFAC CENTRO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/08/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0102-04/20-Vd

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS REFERENTES AO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. **a)** CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS 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. Valor ajustado pelo autuante após consideração dos empréstimos devidamente comprovados. Infração parcialmente subsistente. Redução da multa de 150% para 75% por não ficar provado haver dolo, fraude ou conluio. **b)** ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA. Declarada nula a infração tendo em vista que, no levantamento fiscal, foi aplicada metodologia em desacordo com a Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, gerando insegurança na determinação da infração e dos valores eventualmente devidos, além da ocorrência de cerceamento ao direito de defesa do contribuinte. Infração Nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2019, exige ICMS no valor de R\$35.194,91, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

Infração 01 - 17.03.07- Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS em razão de saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais, presumidas pela constatação de saldo credor de caixa - com dolo, no valor total de R\$33.040,59, acrescido da multa de 150%.

Infração 02 - 17.04.01 - Deixou de recolher ICMS em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado, no valor de R\$2.152,32, acrescido da multa de 75%.

O autuado apresentou defesa (fls.59 a 61) e após transcrever o teor das infrações solicita a revisão das mesmas consignando que a pesar da evidente qualidade do trabalho desenvolvido, a autoridade fiscal incorreu em equívocos que precisam ser corrigidos em obediência ao princípio da verdade material, como a seguir será demonstrado.

Assevera em relação à infração 01 que o fiscal autuante deixou de considerar empréstimos realizados pela empresa, tendo sido cobrado, em virtude disso, ICMS além do devido, conforme atestam os documentos que informa estar anexando, referentes às seguintes ocorrências:

Data	Valor em R\$
23/03/2015	26.000,00
13/05/2016	13.000,00

11/10/2016	7.300,00
17/03/2017	13.200,00
25/04/2017	10.000,00
20/11/2017	7.000,00
15/12/2017	5.800,00
28/05/2018	8.000,00
27/06/2018	6.000,00
25/08/2018	16.000,00
	27.231,20
15/09/2018	19.196,54
	20.000,00
17/12/2018	20.000,00
TOTAL	198.727,74

Em relação à infração 02 diz que por via de consequência, pelos mesmos motivos relatados acima, entende estar a mesma também prejudicada, devendo ser revista.

Conclui afirmando que diante dos fatos apresentados, resta evidenciada a necessidade de REVISÃO do presente Auto de Infração, por fiscal estranho ao feito, de modo que seja cobrado o ICMS efetivamente devido, e pede a realização de novo levantamento e pede a produção de provas por todos os meios admitidos em direito.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal às fls. 79/81 diz em relação à infração 01 que, de fato, por não ter tido acesso aos documentos no momento do desenvolvimento da auditoria, deixou de lançar os valores relativos aos empréstimos citados pela DEFESA. Desse modo, nesse particular, razão assiste ao autuado e informa ter refeito o levantamento fiscal, conforme atestam os Demonstrativos constantes em mídia anexada a esta Informação Fiscal, tendo sido apurado ao final, nos casos em que esses empréstimos impactaram na apuração dos SALDOS CREDORES DE CAIXA, no Demonstrativo C1, o valor remanescente de R\$29.316,72 (vinte e nove mil trezentos e dezesseis reais e setenta e dois centavos).

Quanto à infração 02, pelos mesmos motivos expostos na Infração 01, entende que razão assiste ao contribuinte. Assim, refez o levantamento, tendo apurado ao final, no **Demonstrativo C2**, o valor remanescente de R\$2.017,44 (dois mil e dezessete reais e quarenta e quatro centavos).

Conclui informando que refeitos os demonstrativos relativos ao levantamento fiscal original, ente que devam ser revistos os valores lançados no Auto de Infração, tendo em vista não ter considerado no levantamento de CAIXA os valores de empréstimos informados pela DEFESA. Desse modo, para salvaguardar o interesse público, mantendo-o dentro da legalidade, os valores devem ser REVISTOS, remanescendo, após os lançamentos dos empréstimos informados pela DEFESA, em relação à **Infração 01**, o valor de R\$29.316,72 (*vinte e nove mil trezentos e dezesseis reais e setenta e dois centavos*) e, em relação à **Infração 02**, o valor de R\$2.017,44 (dois mil e dezessete reais e quarenta e quatro centavos)

Opina pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

O contribuinte ao ser cientificado acerca da Informação Fiscal apresentou manifestação às fls. 97 a 119, informa concordar com os novos números apurados pelo fiscal autuante, após o lançamento dos valores de empréstimos não considerados no levantamento original, conforme havia sido solicitado em anteriormente, tanto que providenciou o parcelamento do débito remanescente, conforme atestam os documentos apensados a essa nova impugnação, resultando nos seguintes valores: a) **Infração 01**: R\$29.316,72; b) **Infração 02**: R\$2.017,44, perfazendo o valor TOTAL de ICMS original de **R\$31.334,16** (trinta e um mil trezentos e trinta e quatro reais e dezesseis centavos).

Em seguida diz que em que pese o acatamento de suas alegações defensivas, por parte da autoridade fiscal autuante, conforme consta em sua informação fiscal, momento em que corrigiu o levantamento original para incluir os valores de empréstimos obtidos pela empresa, fato que reduziu o valor do ICMS apurado por presunção, afirma que outras situações precisam ser revistas

por esse CONSEF e que dizem respeito ao percentual de MULTA aplicada, bem como não ter sido permitida a REDUÇÃO das mesmas, quando do pedido de parcelamento do valor do ICMS remanescente por ela reconhecido.

Pede para serem analisados os novos fatos que serão relatados, assim como a legislação de referência, de modo que se atendam aos princípios da LEGALIDADE, TIPICIDADE, CERTEZA e SEGURANÇA JURÍDICA, bem como, os princípios da IGUALDADE e da EQUIDADE, como a seguir será demonstrado:

Em relação à infração 01 informa que nos contatos preliminares mantidos com o fiscal autuante, foi informado que teria direito à redução do valor das MULTAS aplicadas, caso pagasse o ICMS apurado dentro do prazo de **60 (sessenta) dias** da data de ciência da lavratura do auto de infração.

Assim, antes de completados **30 (trinta) dias** da ciência da lavratura do auto de infração, se dirigiu ao Posto da SEFAZ, no SAC de Jequié, para parcelar os valores que reconhecia como devidos. Para se espanto, foi informado que só teria direito à REDUÇÃO da MULTA caso fosse reconhecido integralmente o débito apurado, motivo pelo qual adiou a data para regularização do parcelamento.

Depois de muitas idas e vindas, finalmente consegui parcelar o débito diretamente na sede da SEFAZ, em Jequié, porém, naquele momento, novamente foi informado que não teria direito a qualquer REDUÇÃO no valor das MULTAS aplicadas, tendo em vista que o fiscal autuante havia tipificado a infração objetiva concomitante com a prática de DOLO, tendo aplicado, por isso, também a infração subjetiva.

Ressalta que apesar do levantamento fiscal, do ponto de vista técnico, não merecer reparos, o fato real é que não cometeu as infrações apuradas por presunção. Acatou a imposição fiscal por não ter formalizado os empréstimos pessoais que o proprietário realizou para a empresa com valores oriundos de outras atividades externas ao empreendimento comercial, além de outros empréstimos obtidos junto a particulares.

Dessa forma, se diz surpreendido de ter sido enquadrado na condição de sonegador que agiu com a intenção de fraudar a Fazenda Pública, ou seja, com concorrência de DOLO. Quanto a isso não pode concordar, visto que tal enquadramento contraria os fatos, bem como, não se coaduna com as provas apensadas ao processo, contrariando, também, o que prega a doutrina.

Inicialmente, deve ser levado em conta que os valores de ICMS lançados foram apurados por presunção através da reconstituição da conta CAIXA, momento em que foram detectados saldos credores de caixa.

Obviamente que por questão legal o fato presuntivo (saldo credor de caixa) permite, por indução, que se infira a ocorrência de vendas de mercadorias sem emissão de notas fiscais, o fato presumido. Essa é uma verdade construída pelo direito, cabendo a prova em contrário, por ser a presunção do tipo relativa ou *iuris tantum*.

No caso presente, os valores remanescentes de saldos credores podem ser explicados a partir de empréstimos pessoais realizados pelo proprietário e por terceiros, valores esses obtidos de transações que não envolveram a compra e venda de mercadorias no estabelecimento autuado. Contudo, por não terem sido devidamente formalizados, torna-se difícil, diante da desinformação, negligência e desorganização de nosso contador anterior, comprovar que tais transações ocorreram, o que elidiria o que foi apurado pelo Fisco e, por consequência, tanto a infração objetiva de 75% (setenta e cinco por cento), quanto a infração subjetiva de mais 75% (setenta e cinco por cento), por ter considerado que o contribuinte agiu com DOLO, totalizando 150% (cento e cinquenta por cento) da MULTA aplicada no presente auto de infração,

Manifesta a sua convicção de que os valores de empréstimos pessoais supriram o caixa da empresa, e que poderia solicitar que o auto de infração fosse considerado IMPROCEDENTE, porém informa que não irá avançar a esse ponto, por não dispor de elementos de prova, a exemplo de

contratos de mútuo registrado em cartório, para fazer face ao que foi apurado pelo Fisco, daí o seu conformismo e aceitação dos valores apurados no presente auto de infração, tanto que providenciou o devido parcelamento do débito.

De outro modo, considerando válidos os valores remanescentes de ICMS apurados por presunção, somente isso não permite inferir, a partir das provas e do que foi apurado na presente ação fiscal que o contribuinte agiu com DOLO ou má-fé.

Transcreve doutrinas que se opõem ao entendimento do fiscal autuante, a exemplo de **Paulo de Barros Carvalho**.

Desse modo, para que pudesse prevalecer a sua tese, deveria o fiscal autuante ter carreado para os autos as provas da ocorrência do DOLO, ou seja, as provas que caracterizassem a intenção do agir fraudulento do contribuinte, a exemplo de adulteração do equipamento emissor de cupons fiscais, reutilização de nota fiscal, entre outros, para, só depois, aplicar a MULTA dobrada (75%+75%), por ocorrência do DOLO, o que não ocorreu no presente caso, tampouco ocorreu no mundo fenomênico sequer a omissão de receitas, tendo em vista que os saldos credores apurados pelo fisco se deveram à não formalização dos suprimentos de caixa realizados através de empréstimos de terceiros, além dos pessoais realizados pelo proprietário da empresa, a partir de valores oriundos de outras atividades por ele realizadas.

Por outro lado, os próprios valores de ICMS recolhidos espontaneamente pelo autuado depõem contra a tese de tipificar a empresa como sonegadora ou mesmo que tenha agido de maneira fraudulenta ou dolosa, pois, no período objeto do levantamento fiscal, de 01/01/2014 a 31/12/2018, somente considerando os recolhimentos da antecipação tributária total e parcial, recolheu de ICMS **R\$130.758,85** (cento e trinta mil setecentos e cinquenta e oito reais e oitenta e cinco centavos). Tanto que o próprio fiscal autuante informou ao sócio-gerente da empresa que teria havido pagamento de ICMS a maior que o devido. Diante de tal fato, informa que já está sendo realizada auditoria pelo novo contador, de modo que seja solicitada a RESTITUIÇÃO do INDÉBITO. Tudo demonstrando à sua boa-fé.

Acrescenta que deve ser considerado, também, tratar-se de microempresa que tem enfrentado grandes dificuldades para se manter no mercado, diante da endêmica crise econômica que assola o país há vários anos, devendo ser aplicado ao caso a EQUIDADE.

Diante de tais fatos, caso seja o auto de infração considerado procedente, solicita que seja revista a MULTA aplicada de 150%, reduzindo-a para 75%, conforme determinado pelo artigo 44, inciso I, da Lei 9.430/96, devendo ser desprezada a imposição estabelecida no seu § 1º, tendo em vista a não ocorrência do DOLO, portanto devendo ser afastada as hipóteses de sonegação, fraude e conluio, atendendo, dessa forma, os princípios da LEGALIDADE e da TIPICIDADE, mantendo a ação fiscal de acordo com o preconizado pela legislação, cujo teor transcreve, corrigindo os dispositivos citados no corpo do auto de infração.

Informa que em relação à infração 02 também entende ser cabível os mesmos argumentos, acima expendidos, devendo ser concedida a REDUÇÃO da MULTA aplicada.

Por sua vez, analisado o levantamento fiscal, corrigido após a manifestação da defesa, observa que houve pagamentos a maior do ICMS do Simples Nacional, conforme planilha que apresenta, a partir de dados extraídos do Demonstrativo C2, elaborado pelo fiscal autuante, restando uma diferença a seu favor de R\$2.754,71.

Como evidenciado, caso seja feita a compensação de valores, nada restará a pagar ao Erário Estadual, relativo a essa infração, em contrapartida, o contribuinte ainda terá direito à RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO, no valor de **R\$737,27** (setecentos e trinta e sete reais e vinte e sete centavos).

Não pensando dessa maneira, ou seja, na impossibilidade de se fazer a COMPENSAÇÃO de valores que reduziria o valor a ser pago no presente auto de infração, solicita, diante de prova tão

irrefutável, que se manifestem reconhecendo o direito do contribuinte e, ao mesmo tempo, autorizando o setor competente da SEFAZ a restituir os valores de ICMS do Simples Nacional recolhidos a maior

Conclui dizendo que diversos princípios foram violados, como a exemplo do NÃO CONFISCO, da CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, da RAZOABILIDADE, da PROPORCIONALIDADE, da IGUALDADE, da CIENTIFICAÇÃO, da MORALIDADE e os princípios da ISONOMIA e da EQUIDADE.

Pede a aplicação da MULTA de **75% (setenta e cinco por cento)**, por ausência de DOLO, assim como, determinar que se aplique a redução do percentual da MULTA citada, fazendo com que incida a REDUÇÃO de **70% (setenta por cento)** sobre a MULTA de **75% (setenta e cinco por cento)**, resultando em percentual final de MULTA de **22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento)**, além da adoção do prazo de **60 (sessenta) dias** para que as empresas desse Regime de Apuração regularizem suas pendências com o erário baiano, adotando a determinação inserta no Artigo 45, inciso I, da Lei 7.014/96, combinado com a determinação contida no Artigo 123, do RPAF, aprovado pelo Decreto N° 7.629/1999.

Alternativamente, tendo em vista que o contribuinte não foi adequadamente informado, visto não constar no corpo do auto de infração a citação do dispositivo legal que prevê redução da multa, previsto no inciso II, do artigo 6º da Lei 8.218/1991, solicita a adoção da REDUÇÃO **de 40% (quarenta por cento)** da MULTA aplicada, no caso devidamente revista por esse CONSEF para **75% (setenta e cinco por cento)**, tendo em vista a não ocorrência de DOLO que caracterizaria a sonegação, fraude ou conluio, de modo a reduzir a penalidade final para **45% (quarenta e cinco por cento)**, considerando a data da efetivação do PARCELAMENTO situada dentro do prazo legal para concessão do benefício, atendendo ao princípio da CIENTIFICAÇÃO, tendo em vista não ter o fiscal autuante citado no auto de infração o dispositivo de REDUÇÃO da MULTA previsto no inciso II, artigo 6º da Lei nº 8.218/1991.

Quanto à infração 02 – 17.04.01, solicita que sejam compensados os valores, pagos a maior, reduzindo o valor a pagar no presente auto de infração ou que, ao menos, se manifeste reconhecendo o direito à RESTITUIÇÃO do INDÉBITO, autorizando o setor competente da SEFAZ a restituir os valores de ICMS do Simples Nacional pagos a maior

O autuante se manifesta às fls.124 a 129 fazendo um resumo dos argumentos defensivos e em seguida externando o seu entendimento como a seguir transcrito:

A) Quanto ao prazo para realizar o pagamento com redução da MULTA:

Autuado: “*Nos contatos preliminares mantidos com o fiscal autuante, fomos informados que teríamos direito à redução do valor das MULTAS aplicadas, caso pagássemos o ICMS apurado dentro do prazo de 60 (sessenta) dias da data de ciência da lavratura do auto de infração*”.

Autuante: De fato informei ao contribuinte o prazo de **60 (sessenta) dias** para que pudesse efetivar o pagamento ou parcelamento do Auto de Infração com direito à redução do valor da multa. Dei essa informação em virtude de haver previsão desse prazo no RPAF, nos seus artigos 39º, inciso VII, e 123º, para apresentação da impugnação, prazo que deverá ser informado no corpo do Auto de Infração, juntamente com a indicação do percentual de redução da multa. Se há erro no meu entendimento, cabe a esse CONSEF definir a correta interpretação a ser dada e estabelecer qual a legislação deverá ser aplicada ao caso, se a estadual ou a federal, visto que os dispositivos que constam no Auto de Infração foram lançados automaticamente pelo sistema SLCT (Sistema de Lançamento do Crédito Tributário) da SEFAZ-BA, concedendo prazo de 30 (trinta) dias, fato que não havia percebido. Assim, na minha modesta opinião, esse conflito entre a legislação estadual e a federal que regem a matéria justifica eventual equívoco cometido na informação prestada ao contribuinte.

B) Quanto à aplicação da MULTA dobrada a 150%:

Autuado: “(...) fomos informados que não teríamos direito a qualquer REDUÇÃO no valor das MULTAS aplicadas, tendo em vista que o fiscal autuante havia tipificado a infração objetiva concomitante com a prática de DOLO, tendo aplicado, por isso, também a infração subjetiva.”

“Dito isso, causou-nos grande surpresa termos sido enquadrados na condição de sonegador que agiu com a intenção de fraudar a Fazenda Pública, ou seja, com concorrência de DOLO. Quanto a isso não podemos concordar, visto que tal enquadramento contraria os fatos, bem como, não se coaduna com as provas apensadas ao processo, contrariando, também, o que prega a doutrina.”

“Desse modo, para que pudesse prevalecer a sua tese, deveria o fiscal autuante ter carreado para os autos as provas da ocorrência do DOLO, ou seja, as provas que caracterizassem a intenção do agir fraudulento do contribuinte, a exemplo de adulteração do equipamento emissor de cupons fiscais, reutilização de nota fiscal, entre outros, para, só depois, aplicar a MULTA dobrada (75%+75%), por ocorrência do DOLO, o que não ocorreu no presente caso (...).”

Autuante: Reconheço que não há elementos que justifiquem a aplicação da multa qualificada de 75%. Contudo, apesar de entender que não houve DOLO comprovado em relação à conduta do autuado, o sistema SLCT (Sistema de Lançamento do Crédito Tributário) da SEFAZ-BA não dispõe de código de infração que permita lançar exclusivamente a multa objetiva de 75%. Diante de tal fato, deverão os dignos Conselheiros desse CONSEF inquirir os gestores desse sistema informatizado de lançamento do crédito tributário sobre o motivo de não haver código de infração específico para contemplar esse tipo de ocorrência, ainda mais porque em relação a outros tipos de apuração do ICMS do SIMPLES NACIONAL que utilizam o instituto da presunção há previsão de inserção no sistema SLCT de 02 (dois) tipos diferentes de infração contemplando as hipóteses de atuação do contribuinte COM DOLO e SEM DOLO.

Diante do exposto, sou de opinião que deva ser revista a multa dobrada de 150% (75%+75%), aplicada no presente Auto de Infração, reduzindo-a para 75% (multa objetiva), por concordar que não foi comprovado a ocorrência do DOLO que justificasse a aplicação da multa qualificada de + 75%.

A) Quanto à não redução da MULTA dobrada de 150%:

Autuado: “Delineada a questão da descaracterização da multa qualificada aplicada, por sua vez, outro fator que causou estupefação foi não ter sido permitida qualquer REDUÇÃO nas MULTAS aplicadas, mesmo tendo se dirigido à Repartição Fiscal, no caso o Posto da SEFAZ, no SAC de Jequié, dentro do prazo de 30 (trinta) dias da ciência da autuação, quando tentou parcelar o PAF, naquilo que reconhecia como devido, ou mesmo no momento em que finalmente conseguiu concretizar o parcelamento, que se deu sem qualquer REDUÇÃO das MULTAS aplicadas (...).”

“Isso se deveu a gravíssima falha perpetrada pelo fiscal autuante que não informou no corpo do auto de infração os incisos II e IV, do artigo 6º, da Lei nº 8.218/1991, acima transcritos, que tratam do PARCELAMENTO DO DÉBITO, conforme constatado pela simples leitura do que consta descrito à folha 04 (quatro) do presente processo. Isso denota grave falha do lançamento, por não informar adequadamente o autuado sobre seus direitos, induzindo a erro, tanto ao autuado, quanto aos demais funcionários do Fisco encarregados da cobrança do ICMS lançado.

“Diante disso, sequer pode ser ventilada a hipótese de perda do prazo de 30 (trinta) dias para PARCELAMENTO do débito, para fruir o direito à REDUÇÃO do percentual da MULTA, devendo prevalecer o entendimento de que se deva conceder a REDUÇÃO de 40% da MULTA, prevista no inciso II, do artigo 6º da Lei 8.218/91, acima citada, considerando a data da efetivação do PARCELAMENTO do débito realizado pelo contribuinte situada dentro do prazo legal para auferir o benefício da REDUÇÃO, tendo em vista orientação feita pelo próprio fiscal autuante, em obediência aos princípios da CIENTIFICAÇÃO e da MORALIDADE.”

No presente caso, pela simples leitura dos dispositivos, acima transcritos, vê-se que não lhe foi oportunizada sequer a redução de 20% (vinte por cento) do valor das MULTAS aplicadas, direito

que teria caso providenciasse o PARCELAMENTO após a ciência da decisão desse nobre CONSEF. Como se vê, um absurdo!"

"Assim, considerando: a) que o lançamento encontra-se incompleto, tendo em vista não terem sido citados no corpo do auto de infração os dispositivos que tratam da REDUÇÃO das MULTAS, em caso de PARCELAMENTO do débito, não se pode alegar perda do prazo, visto a evidente afronta ao princípio da CIENTIFICAÇÃO; b) que o contribuinte agiu de boa-fé, tendo parcelado o valor que reconheceu como devido (ver documentos apensados a essa nova manifestação); c) que o contribuinte se dirigiu à Repartição Pública, no caso o Posto da SEFAZ, no SAC de Jequié, dentro do prazo de 30 (trinta) dias da notificação, portanto ainda com direito à REDUÇÃO da MULTA, conforme estabelecido no artigo 6º, incisos I ou II, da Lei nº 8.218/1991, acima transcritos, solicita a interferência desse justo CONSEF de modo a autorizar que se faça a devida REDUÇÃO das MULTAS aplicadas, permitindo a sua REDUÇÃO em 40% (quarenta por cento)."

Autuante: Em relação às omissões e incorreções constantes no corpo do Auto de Infração, citadas pela defesa, especialmente a não citação do integral teor do texto da Lei nº 8.218/1991, esclareço que não tive nenhuma participação no feito. Essas informações são preenchidas automaticamente pelo sistema de emissão de Auto de Infração/Notificação Fiscal da SEFAZ-BA, no caso o SLCT (Sistema de Lançamento do Crédito Tributário), no momento em que é inserido o código da infração, de modo que esse CONSEF deve inquirir os gestores desse sistema para que esclareçam a questão. Desse modo, não pode ser reputado a esse autuante qualquer responsabilidade em decorrência de eventuais equívocos.

B) Quanto ao percentual de redução mais favorecido a ser aplicado sobre a MULTA:

Autuado: *"A partir desse ponto é preciso abrir um parêntesis, pois até aqui tratamos da situação considerando a aplicação da legislação federal, conforme estabelecido na Lei Complementar 123/2006. Ocorre, porém, que isso resultou em tratamento mais oneroso para os optantes pelo SIMPLES NACIONAL, conforme adiante restará demonstrado (...)" contrariando o seguinte dispositivo constitucional:*

"Por essa ótica, vê-se que a legislação baiana prescreve tratamento mais benéfico para as empresas que apuram o ICMS pelo Regime do Conta-Corrente, quando comparada à aplicada às empresas optantes pelo Regime do SIMPLES NACIONAL, pois além de não prever percentual de MULTA DOBRADO, no caso de DOLO comprovado, aplica REDUÇÃO de MULTA de 70% (setenta por cento), no caso de parcelamento, sendo que no caso de pagamento integral concede REDUÇÃO de 90% (noventa por cento) da MULTA aplicada. Além disso, concede o prazo de 60 (sessenta) dias para o pedido de parcelamento ou pagamento integral do valor do ICMS apurado por presunção.

"Por essa seara, obviamente que adotado o princípio da IGUALDADE deve ser dado o mesmo tratamento aos optantes pelo SIMPLES NACIONAL, ou melhor tratamento, seguindo a orientação da Constituição Federal, visto poder ser aplicado tratamento diferenciado e mais favorecido".

"Calcado nessas premissas, solicitamos que seja concedida a REDUÇÃO de 70% (setenta por cento) do valor da MULTA de 75% (setenta e cinco por cento), considerando o prazo de 60 (sessenta) dias para o pedido de parcelamento. Por esse caminho, o valor final da MULTA aplicada será de 22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento), consentâneo com as determinações constitucionais, visto que não discrepa muito do valor final de MULTA aplicada, em relação às empresas do Regime do Conta-Corrente, nas mesmas condições de lançamento do ICMS, que têm o seu percentual reduzido a 30% (trinta por cento)".

Autuante: Em relação a essas considerações do contribuinte, deixo de manifestar qualquer opinião, cabendo a esse CONSEF estabelecer o entendimento que deva ser aplicado ao caso.

C) Quanto ao pagamento a maior do ICMS do SIMPLES NACIONAL:

Autuado: “Por sua vez, analisado o levantamento fiscal, corrigido após a manifestação da defesa, observa-se que houve pagamentos a maior do ICMS do Simples Nacional, conforme abaixo informado, a partir de dados extraídos do Demonstrativo C2, elaborado pelo fiscal autuante (...)"

“Como evidenciado, caso seja feita a compensação de valores, nada restará a pagar ao erário estadual, relativo a essa infração, em contrapartida, o contribuinte ainda terá direito à RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO, no valor de R\$737,27 (setecentos e trinta e sete reais e vinte e sete centavos).”

“Não pensando dessa maneira, ou seja, na impossibilidade de se fazer a COMPENSAÇÃO de valores que reduziria o valor a ser pago no presente auto de infração, solicitamos dos nobres Conselheiros, diante de prova tão irrefutável, que se manifestem reconhecendo o direito do contribuinte e, ao mesmo tempo, autorizando o setor competente da SEFAZ a restituir os valores de ICMS do Simples Nacional recolhidos a maior, como evidenciado, por questão de JUSTIÇA”.

Autuante: De fato, ao aplicar no **Demonstrativo C2** o ÍNDICE DE PROPORCIONALIDADE obtido a partir das aquisições de mercadorias (**Demonstrativo 3C**), ocorreu divergência entre os valores apurados no meu levantamento em relação aos valores constantes no sistema PGDASD, fato que determinou, em alguns meses, pagamentos a maior, conforme indicado pela defesa do contribuinte, de modo que deixo ao talante desse CONSEF estabelecer como deverá ser feita a conciliação desses valores.

Conclui solicitando procedência parcial do presente Auto de Infração, devendo ser revisto para o valor total de R\$ 31.334,16 (trinta e um mil, trezentos e trinta e quatro reais e dezesseis centavos), em favor da Fazenda Pública Estadual.

Quanto aos fatos trazidos a conhecimento nessa nova manifestação, apesar de ser favorável à revisão dos percentuais de multas aplicadas no Auto de Infração e de sua redução, tendo em vista o parcelamento dos valores apurados corrigidos, cabe a esse imparcial CONSEF, estabelecer a jurisprudência a ser adotada, à vista das limitações atuais do sistema SLCT (Sistema de Lançamento do Crédito Tributário) da SEFAZ-BA.

Em relação ao pagamento a maior, em alguns meses, do valor do ICMS do SIMPLES NACIONAL, também cabe a esse CONSEF estabelecer o procedimento de conciliação a ser aplicado sobre esses valores, caso entenda pertinente.

Às fls. 132 a 138 foram anexados extratos emitidos pelo sistema SIGAT referente ao parcelamento 1658719-7 no valor histórico de R\$31.334,16.

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, não ter recolhido o ICMS em decorrência da presunção de omissão de saídas tributadas constatada através de saldo credor de caixa - com dolo (infração 01) e ter considerado receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado (infração 02).

Em relação a diligência requerida entendo ser a mesma desnecessária tendo em vista que o autuante ao prestar a Informação Fiscal atendeu a todas solicitações do deficiente, inclusive elaborando novos demonstrativos nos termos solicitados, tanto que os valores apurados pela fiscalização foram reconhecidos pelo autuado e de acordo com suas informações foram objeto de parcelamento.

Como dito anteriormente a infração 01 trata de presunção de omissões de saídas tributadas apuradas através de saldo credor de caixa.

Na apresentação da defesa o sujeito passivo alega equívocos por parte do autuante, ao não considerar os valores de empréstimos realizados pela empresa durante o período fiscalizado.

Como prova de sua alegação anexou extratos bancários do Banco Bradesco e Caixa Econômica Federal, com o intuito de comprovar a entrada dos créditos em sua conta corrente.

Na Informação Fiscal o autuante reconhece os equívocos apontados afirmando que de fato os valores questionados não foram lançados em seus demonstrativos pois no momento da realização da auditoria os mesmos não foram apresentados. Elabora novas planilhas alterando o valor devido para R\$29.316,72.

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, a conta 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 a prova da improcedência da presunção, conforme determina o artigo 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96.

Da análise dos demonstrativos elaborados pela fiscalização, fls. 34/46 verifico que efetivamente não foram considerados os valores referentes aos empréstimos contrariados pela defendant, que de acordo com o autuante foram devidamente comprovados. Tal falha foi sanada no momento da Informação Fiscal onde foi refeita a Movimentação Mensal de Caixa, anexadas na mídia eletrônica de fl. 80, considerando as entradas dos referidos recursos no caixa da empresa, alterando o valor do débito de R\$33.040,59 para R\$29.316,72.

As omissões apuradas foram adicionadas aos valores das receitas brutas declaradas extraídos das DASN (Declaração Anual do Simples Nacional), dos Extratos do Simples Nacional declaradas à Receita Federal, anexados em meio magnético às fls. 55.

Também observo que foram demonstrados os percentuais utilizados na segregação das receitas normais e aquelas outras do regime de substituição tributária, que foram obtidos a partir das compras efetuadas pelo contribuinte, nos exercícios fiscalizados, conforme demonstrativos acostados às folhas 6/9. Com base em tais demonstrativos, as receitas omitidas correspondentes percentualmente às operações sujeitas à substituição tributária foram segregadas para fim da exigência da infração do Simples Nacional (art. 18, IV da LC 123/06).

Considerando que o próprio fiscal atesta a veracidade dos empréstimos contraídos pela empresa autuada acato os valores apurados no DEMONSTRATIVO CI anexado às fls. 82 a 83, reduzindo o valor do débito de R\$33.040,59 para R\$29.316,72.

Infração parcialmente subsistente.

No que diz respeito à multa aplicada de 150% entendo assistir razão ao autuado pois no caso sob análise não ficou provada 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, razão pela qual retifico a multa exigida de 150% para 75%, prevista no art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96.

Em relação à infração 02 a mesma está assim posta: *“Deixou de recolher o ICMS em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado.”*

Neste caso não se trata de presunção de omissão de saídas e sim constatação de que o autuado emitiu notas fiscais acobertando saídas de mercadorias tributáveis e as informou no PGDAs como sujeitas à substituição tributária e por esta razão não as tributou.

Ocorre que a fiscalização se valeu da mesma metodologia adotada na infração 01, no que diz respeito à aplicação da proporcionalidade, para se encontrar a base de cálculo do imposto ora exigido, conforme se observa nos demonstrativos de fls. 84 a 85. Porém, a mencionada proporcionalidade, prevista na Instrução Normativa nº 57/06 diz respeito exclusivamente às

presunções de omissão de receitas e no caso presente trata-se de operações acobertadas com documentos fiscais, devendo o imposto ser exigido sobre os totais mensais das operações tributadas normalmente, informadas nos documentos fiscais.

Aliado a este fato deveria ter sido elaborado demonstrativo analítico indicando os números dos documentos fiscais e respectivos valores das mercadorias tributadas normalmente em que foi dado o tratamento de mercadorias sujeitas à substituição tributária, o que não ocorreu.

Em face das irregularidades apontadas, conluso que se encontra claramente configurada a insegurança na determinação da infração e dos valores eventualmente devidos, por desconformidade entre os fatos apurados, bem como a ocorrência de cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

Do exposto, decreto, de ofício, a NULIDADE da infração 02.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendando a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, obedecendo ao prazo decadencial.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$29.316,72 devendo ser homologado os valores objeto de parcelamento devendo o autuado ser cientificado desta decisão e serem homologados os valores pagos através do parcelamento nº 2241019-8.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 196900.0005/19-3, lavrado contra **J. DIAS MATERIAIS ELÉTRICOS LTDA.**, no valor total de **R\$29.316,72**, 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, devendo o autuado ser cientificado desta decisão e serem homologados os valores pagos através do parcelamento nº 1658719-7.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR