

A. I. Nº - 210621.0013/19-9
AUTUADO - SCM COMÉRCIO VAREJISTA DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES LTDA.
AUTUANTE - VALDECLIDES DE ASSIS FERREIRA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 25/08/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0144-03/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. MICROEMPRESA. a) RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS; b) OMISSÃO DE RECEITA. Infrações comprovadas, de acordo com o demonstrativo elaborado pela autuante; c) SUPRIMENTO DE CAIXA SEM COMPROVAÇÃO DA ORIGEM. Quando se apura suprimento de caixa de origem não comprovada, há presunção legal de que o sujeito passivo efetuou operações de saídas de mercadorias sem o pagamento do imposto. Infrações subsistentes. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 12/09/2019, refere-se à exigência de R\$ 265.829,30 de ICMS, acrescidos da multa de 75%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 17.02.01: Recolhimento efetuado a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do imposto, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, nos meses de dezembro de 2017; janeiro a dezembro de 2018. Valor do débito: R\$ 4.266,42.

Infração 02 – 17.03.12: Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal, sem dolo, nos meses de janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2018. Valor do débito: R\$ 259.093,48.

Infração 03 – 17.03.20: Omissão de receita comprovada pela existência de suprimento de caixa sem a comprovação da origem do numerário, sem dolo, mês de dezembro de 2017. Valor do débito: R\$ 2.469,40.

O autuado apresentou impugnação às fls. 89 a 92 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e diz que não foi intimado para apresentação de quaisquer livros, documentos fiscais ou informações, inexistindo embasamento jurídico para manutenção do *quantum debeatur*, sendo inverídico e insustentável frente à ordem e direito expostos nas razões de defesa.

Ressalta que o lançamento fiscal é ato administrativo e, por decorrência da sua natureza jurídica, deve, necessariamente, conter motivo, forma prescrita em lei, finalidade pública, sujeito competente e objeto. Inexistindo qualquer desses elementos, resta nulificado o ato.

Acrescenta que o art. 142 do Código Tributário Nacional confere natureza plenamente vinculada aos atos de lançamento, como exemplo o auto em comento. Sobre esta categoria de atos, a doutrina não vacila em afirmar que estes traduzem hipóteses nas quais já existe um tipo legal específico anterior ao ato, que representa a única conduta possível da administração pública, diante de fatos igualmente previstos na legislação.

Afirma que, inexistindo qualquer fundamento fático ou legal que comprove a quebra dos requisitos exigidos para a correta aferição da base de cálculo, a conclusão inelutável é que a

constituição do crédito tributário não possui relação de pertinência lógica entre a realidade e o ato praticado pelo autuante.

Diz que em situações específicas, o motivo do ato não poderá ser dispositivo genérico de lei, mas o resultado da subsunção da norma ao fato, à luz do caso concreto. Todavia, afirma que não obteve quaisquer informações da ação fiscal, visto que suas atividades se encontram paralisadas e com a inscrição estadual inapta, e o Fisco sequer apontou de quais os documentos fiscais ou contábeis retirou as conclusões que expôs de forma tão sucinta do Lançamento. Portanto o Auto de Infração é carecedor de aspecto fundamental, a informar a origem do suposto débito.

Também alega que, se não bastasse a mácula quanto à validade do auto de infração, a ausência do motivo determinador da suposta infração produz efeitos ainda mais perversos sobre o seu direito de defesa e ao contraditório, e diante da indeterminação do que lhe foi imputado se vê prejudicado quanto à busca da verdade dos fatos, como relatou a autuante.

Frisa que o Princípio do Contraditório albergado em nível constitucional e expressamente acolhido pela legislação do ICMS pretende assegurar às partes envolvidas a ciência dos fatos, de dados, documentos e argumentos, cujo teor a parte a acusada tenha interesse em reagir. No caso concreto, a imprecisão reside justamente no aspecto nuclear da imputação, impedindo o exercício pleno do direito da defesa.

Quanto ao mérito, alega que inobstante a incerteza jurídica contida no lançamento ora impugnado, face às razões acima expostas, sobretudo pela ausência da localização das supostas discrepâncias encontradas, é possível, ao analisar e numa evidente interpretação autêntica das normas fiscais e de direito, que o auto de Infração deve ser decretado nulo de pleno direito, face a descrição dos fatos constantes na defesa.

Afirma que não foi intimado, não deu a ciência, ou seja, de nada foi comunicado, o que fere o art. 26 do RPAF, Decreto 7629/99, o que desde já tornar-se nulo o Auto de Infração. Também alega que a SEFAZ não agiu com a coerência do art. 39, inciso X do RPAF, Decreto 7629/99, ratificando-se a nulidade do AI. Reproduz o art. 18 do mencionado Regulamento.

Requer, preliminarmente, o recebimento da impugnação e, por decorrência, a determinação dos efeitos do art. 151, III, do Código Tributário Nacional, com a consequente suspensão da exigibilidade do crédito tributário, objeto da autuação ora impugnada, e seus regulares efeitos, especialmente pela impossibilidade de inclusão do nome impugnante e de seus associados em cadastro de devedores ou similar.

Reitera o pedido de nulidade do Auto de Infração, alegando ausência de pressupostos objetivos essenciais do ato administrativo.

A autuante presta informação fiscal às fls. 96 a 98 dos autos. Diz que o autuado se encontra na situação de Inapto. Em visita ao local, foi constatado que a empresa estava fechada no endereço cadastrado no sistema da Sefaz. Verificando a base de dados do sistema da SEFAZ, observou que a empresa adquiriu em 2018 o equivalente a R\$ 2.142.625,66 de mercadorias.

Entende que o pleito do defendente não pode prosperar porque o presente Auto de Infração em nada fere ao princípio da fundamentação legal. Foi confeccionado obedecendo as normas legislativas instituídas e regulamentares da exigência do tributo no Estado da Bahia.

Informa que conforme a folha 02, a infração 01, está embasada no artigo 21, I da Lei Complementar 123/06 e multa aplicada conforme art. 35 da Lei Complementar 123/06; art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96; de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07. A Infração 2 embasada no art. 319 do RICMS aprovado pelo Decreto 13.780/12 c/c arts. 18, 21, 25 e 26 da Lei Complementar 123/06 c/c a Resolução CGSN nº 94/11 e multa aplicada conforme arts. 34 e 35 da Lei Complementar 123/06; Inciso I do art. 44 da Lei Federal 9.430/96 com redação dada pela Lei Federal 11.488/07. E a Infração 3, conforme art. 34 e parágrafos da Lei Complementar 123/06; art. 4º, parágrafo 4º, I e II da Lei 7014 de 04/12/96 e multa aplicada em conformidade com o art. 35 da Lei

Complementar 123/06; art.44, I da Lei Federal nº 9.430/96 de 27/12/96 com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/2007.

Assegura que todos os procedimentos Fiscais realizados no presente PAF estão fielmente amparados pelo Regulamento Administrativo Fiscal – RPAF, Decreto 7.629/9. O autuado cadastrado no Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e), foi intimado no dia 31/07/2019 com ciência de ofício em 16/08/2019, fl. 6, conforme preceitua o artigo 26 do RPAF, Decreto 7.629/99 e novamente Intimado, por “AR”- aviso de recebimento, em 29/08/2019, visto à fl. 7 e não sendo localizado foi intimado por Edital publicado em Diário Oficial datado de 20/08/2019, fl. 8.

Para ciência do Lançamento Fiscal foi Intimado via AR- Aviso de Recebimento, em 25/09/2019, fls. 58 e 60, onde não foi localizado. Assim, nos dias 07/10 e 23/10/2019, fls. 62 e 66 foram intimados os sócios pelos endereços cadastrados nos sistemas da SEFAZ e após, o autuado foi intimado para quitar o débito ou apresentar defesa, por meio de publicação de Edital no Diário Oficial no dia 12/12/2019, conforme fls. 69 e 75.

Menciona o art. 108 do RPAF/BA e diz que numa tentativa de continuar a descaracterizar a autuação, argui o autuado em seu pleito, que não exerceu o seu livre direito ao contraditório e ampla defesa. Não se aplica tal invalidade do lançamento do crédito, uma vez que o fato não ocorreu, visto que o Autuado o exerceu plenamente (folhas 89 a 94) ao impugnar o presente Auto de Infração.

Diante do exposto, a Autuante roga pela procedência total do Auto de Infração impugnado.

VOTO

Preliminarmente, o autuado alegou que não foi intimado para apresentação de quaisquer livros, documentos fiscais ou informações, inexistindo embasamento jurídico para manutenção da autuação fiscal. Disse que não obteve quaisquer informações da ação fiscal, visto que suas atividades se encontram paralisadas e com a inscrição estadual inapta, e o Fisco sequer apontou de quais os documentos fiscais ou contábeis retirou as conclusões que expôs de forma tão sucinta do Lançamento.

Também alegou cerceamento ao direito de defesa, afirmando que, diante da indeterminação do que lhe foi imputado, se vê prejudicado quanto à busca da verdade dos fatos. Disse que a SEFAZ não agiu com a coerência do art. 39, inciso X do RPAF, Decreto 7629/99, ratificando-se a nulidade do AI.

A autuante informou que o autuado, cadastrado no Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e), foi intimado no dia 31/07/2019 com ciência de ofício em 16/08/2019, fl. 6, conforme preceitua o artigo 26 do RPAF, Decreto 7.629/99 e novamente Intimado, por “AR”- Aviso de Recebimento, em 29/08/2019, à fl. 7, e não sendo localizado, foi intimado por Edital publicado em Diário Oficial datado de 20/08/2019, fls. 8.

Observe que de acordo com o art. 26 do RPAF-BA/99, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento; da lavratura do Termo de Início de Fiscalização; da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável para prestar esclarecimentos ou exibir documentos solicitados pela fiscalização, e a forma de intimação encontra-se prevista no art. 108 do mencionado Regulamento.

RPAF-BA/99

Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

§ 1º A intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal.

§ 2º A comunicação por meio eletrônico somente será realizada para contribuinte credenciado pela SEFAZ para acessar o portal de serviços denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, no endereço eletrônico www.sefaz.ba.gov.br.

No caso em exame, apesar de não constar o Termo de Início de Fiscalização, o autuado foi intimado para apresentar livros e documentos, conforme intimação por edital à de fl. 08 do PAF. Por isso, está suprida a ausência do Termo de Início de Fiscalização, haja vista que não houve qualquer cerceamento ao direito de defesa, e foi possibilitado ao contribuinte tomar conhecimento do início da ação fiscal, mediante a “Edital de Intimação”.

A autuante também informou que em relação à ciência do Lançamento Fiscal, o Contribuinte foi intimado via AR- Aviso de Recebimento, em 25/09/2019, fls. 58 e 60, e não foi localizado. Assim, nos dias 07/10 e 23/10/2019, fls. 62 e 66, foram intimados os sócios pelos endereços cadastrados nos sistemas da SEFAZ e após, o autuado foi intimado para quitar o débito ou apresentar defesa, por meio de publicação de Edital no Diário Oficial no dia 12/12/2019, conforme fls. 69 e 75.

Dessa forma, não houve qualquer cerceamento ao direito de defesa, foi dado conhecimento ao defendente quanto ao início da ação fiscal, mediante a “Edital de Intimação” para apresentação de livros e documentos e também quanto à lavratura do Auto de Infração.

Constato que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, 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, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração, ficando rejeitada a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa.

Quanto ao mérito, o presente Auto de Infração trata da exigência de ICMS, sendo apuradas três infrações à legislação tributária.

Conforme descrição dos fatos, o autuado deixou de recolher valores referentes ao ICMS do Simples Nacional, em razão da alíquota aplicada a menor, sendo constatado que a empresa omitiu receitas, apurado mediante o confronto dos valores das receitas informadas pelo contribuinte no PGDAS/DASN, com os valores dos documentos fiscais emitidos, e o autuado também omitiu receita, comprovada pela existência de suprimento de caixa sem comprovação da origem do numerário.

O defendente alegou que inobstante a incerteza jurídica contida no lançamento ora impugnado, face às razões expostas, sobretudo pela ausência da localização das supostas discrepâncias encontradas, é possível, ao analisar e numa evidente interpretação autêntica das normas fiscais e de direito, que o auto de Infração deve ser decretado nulo de pleno direito, face a descrição dos fatos constante na defesa.

Infração 01: Recolhimento efetuado a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do imposto, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, nos meses de dezembro de 2017; janeiro a dezembro de 2018.

Infração 02 – 17.03.12: Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal, sem dolo, nos meses de janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2018.

A autuante ressaltou que a infração 01, está embasada no artigo 21, I da Lei Complementar 123/06; e a Infração 2 embasada no art. 319 do RICMS-BA, Decreto 13.780/12 c/c arts. 18, 21, 25 e 26 da Lei Complementar 123/06 c/c a Resolução CGSN nº 94/11.

O Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar 123/2006, que estabelece um tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no

âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias.

O primeiro item do Auto de Infração está relacionado com a infração 02. Em virtude disso, os demonstrativos do item 2º são compartilhados com os do item 1º, e em tal situação os documentos utilizados na elaboração dos demonstrativos do item 2º também se referem a este item da autuação.

No levantamento fiscal, a autuante verificou as vendas declaradas e apurou os valores das omissões constatadas nos respectivos meses, encontrando a receita total. Foi verificada a segregação e apuração de receitas de mercadorias da substituição tributária, conforme estabelece o § 4º do art. 18 da Lei Complementar 123 de 14/12/2006. Com a nova receita calculada é que foram apurados os débitos constantes nas infrações 01 e 02 deste Auto de Infração, sendo observadas as alíquotas constantes no Anexo 1 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, considerando que o regime de apuração do imposto estabelecido no Simples Nacional, leva em consideração no cálculo do valor devido mensalmente, a receita bruta auferida no mês, incidindo sobre esta receita bruta a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º do art. 18 da mencionada Lei Complementar.

Entendo que cabia ao defendente apresentar as provas do não cometimento das infrações, nos termos do art. 123 do RPAF-BA/99, mesmo que os elementos já tivessem sido apresentados anteriormente, e não cabe a este órgão julgador buscar outras provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento.

Concluo que estão caracterizadas as infrações 01 e 02, sendo devido o imposto apurado nos demonstrativos elaborados pela autuante, tendo sido calculado o débito, considerando a condição do autuado como optante pelo Simples Nacional. Mantidas as exigências fiscais destes itens do presente lançamento.

Infração 03 – 17.03.20: Omissão de receita comprovada pela existência de suprimento de caixa sem a comprovação da origem do numerário, sem dolo, mês de dezembro de 2017.

Observe que o levantamento fiscal foi realizado para recompor o fluxo caixa da empresa autuada, mediante demonstrativo referente ao “Movimento de Caixa”, o que significa dizer que o referido demonstrativo não é uma cópia do livro Caixa.

A irregularidade apontada na acusação fiscal, diz respeito ao suprimento de caixa, o que é apurado verificando-se a regularidade dos lançamentos efetuados na conta “caixa” através da análise da documentação correspondente. São analisados os ingressos de valores e a respectiva documentação regular.

Vale salientar que de acordo com o art. 9º da Resolução CGSN nº 30, de 07/02/2008, aplicam-se aos optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional.

Por outro lado, quando se apura suprimento de caixa de origem não comprovada, há presunção legal de que o sujeito passivo efetuou operações de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do ICMS, conforme § 4º, II do art. 4º da Lei nº 7.014/96:

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

I - saldo credor de caixa;

II - suprimento a caixa de origem não comprovada;

Observe que as empresas optantes pelo Regime Simplificado do Simples Nacional, devem prestar declarações de suas receitas à Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos do art. 25 da Lei Complementar nº 123/06, e considerando que o enquadramento de uma empresa no Simples Nacional, não a exclui de ser submetida a todos os procedimentos de fiscalização determinados

na norma de regência para efeitos de verificação, controle ou mesmo homologação, dos lançamentos efetuados, podendo o Fisco estadual realizar auditoria neste sentido e aplicar as presunções legais, conforme expressamente determina o art. 34, da LC nº 123/06:

Lei Complementar 123/2006:

Art. 34. Aplicam-se à microempresa e às empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.

No caso em exame, o enquadramento legal da infração, foi realizado conforme o art. 4º, § 4º, inciso II, da Lei nº 7014/96, ante a presunção da ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, em razão da apuração de suprimento a caixa sem comprovação da origem dos recursos; e no levantamento fiscal foi realizado o fluxo de caixa do contribuinte, levando em conta tão-somente, os pagamentos das compras sem comprovação da entrada de numerário, o que denota que as mencionadas compras foram pagas com recursos oriundos de vendas não declaradas e, portanto, sem tributação.

Também se constata que na apuração do valor devido foram consideradas apenas as despesas desembolsadas com a compra de mercadorias em razão da inexistência de elementos fiscais-contábeis necessários para computar as demais despesas.

Assim, entendo que está comprovada a irregularidade na forma apurada no levantamento fiscal e indicada no presente lançamento, concluindo pela subsistência da infração 03.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210621.0013/19-9**, lavrado contra **SCM COMÉRCIO VAREJISTA DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 265.829,30**, acrescido da multa de 75%, prevista nos arts. 34 e 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, 04 de agosto de 2023

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA