

PROCESSO - A. I. Nº 218056.0004/11-2
RECORRENTE - VALDOMIRO DOS SANTOS SOBRAL FILHO DE CONCEIÇÃO DO ALMEIDA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0142-05/12
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS
INTERNET - 28.11.2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0373-12/13

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOS. Provado o erro na informação da receita e alíquota aplicada, em decorrência da consideração de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria. Revisão fiscal efetuada implicou em redução do valor do débito. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, exigindo do recorrente imposto no valor total de R\$13.094,28, acrescido da multa de 75%, previstas no art. 35, da Lei Complementar nº 123/06, art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, além dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o Sujeito Passivo em 21/12/2011 decorre de 4 infrações, todas concernentes ao mesmo tipo infracional, diferenças verificadas apenas em razão do período, como segue:

Infrações 1, 2, 3 e 4 – 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, conforme relatório de Análise ICMS do Simples Nacional a Reclamar e cópia da DASN 2007 (ANEXO - 01), valor histórico de R\$1.089,33; DASN 2008 (ANEXO - 02), valor histórico de R\$2.870,18; DASN 2009 (ANEXO - 03), valor histórico de R\$3.593,55; e DASN 2010 (ANEXO - 04), valor histórico de R\$5.541,22 – todas com a Multa de 75% - 17.04.01.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 4ª JF, decidiu, por unanimidade e com base no voto do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, que é totalmente procedente a autuação:

VOTO

Trata-se de Auto de Infração no qual está sendo exigido ICMS de empresa inscrita no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Micromepresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, em decorrência da constatação de que o sujeito passivo considerou receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado.

(...)

Outrossim, constato que o Auto de Infração foi lavrado com obediência aos ditames do art. 39 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), e rejeito a preliminar de nulidade arguida sob o argumento de que o Auto de Infração não denota clareza ou está desprovido de informações úteis e indispensáveis para o esclarecimento da ação fiscal, além do que está acompanhado dos demonstrativos elaborados pelo autuante, dos quais o sujeito passivo recebeu cópia, e que fazem parte integrante do lançamento, como também as cópias dos termos lavrados na ação fiscal estão anexas no PAF.

Verifica-se que a contrário do pensamento manifestado pelo defendente, há uma correspondência exata, perfeita e divisível de elementos financeiros em relação à dualidade fática, posto que os relatórios de Análise ICMS do Simples Nacional a Reclamar e as cópias da DASN estão anexos, e os dados da autuação foram extraídos de

documentos declaratórios do contribuinte. Portanto as demonstrações vinculam os fatos, traz a base de cálculo de forma clara, objetiva.

A opção pelo Simples Nacional por parte do contribuinte implica na aceitação de um Regime Especial Unificado de Arrecadação, conforme previsto nos artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 123/06, cuja forma de arrecadação é a prevista no seu art. 18 e §§, cujo pressuposto básico é a “receita bruta”, quer para determinação da alíquota aplicável, como para a determinação da base de cálculo. Assim sendo, o valor do imposto calculado pelo Simples Nacional não perquire cada saída específica, mas um montante que servirá para o cálculo dos diversos tributos e contribuições envolvidos.

Os dados coletados pelo autuante foram retirados das Declarações Anual do Simples Nacional (DASN), que se encontram anexas ao PAF, e a diferença de ICMS que está sendo exigido decorreu de valores que não foram levados pela empresa à tributação, de forma espontânea, por ter sido considerado que seriam mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Detectada a falha da escrituração, o autuante considerou estes valores, agregou-os ao faturamento mensal do estabelecimento, e calculou o imposto. Outrossim, por meio da receita bruta calculou o percentual devido e aplicou a alíquota correspondente.

Ademais, pode ser constatado que o autuado não comercializa apenas produtos da substituição, conforme declarou à Receita Federal, e que o critério utilizado para apuração dos débitos a recolher foi o mesmo utilizado pelo contribuinte, que sempre recolheu ICMS Simples Nacional, conforme consta do INC (sistema SEFAZ).

Desta forma, agiu corretamente o autuante, pois, embora as receitas relativas às operações sujeitas à substituição tributária e sujeitas à antecipação tributária com encerramento de tributação, Art. 3º, § 4º da Res. CGSN 51/08), devam ser segregadas para tributação apartada, restou comprovado que, na realidade houve receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação que erroneamente não foram incluídos para a tributação do Simples Nacional. Portanto, não há reparos a serem feitos nos levantamentos relativos às infrações, ficam mantidas na íntegra.

Ademais, o sujeito passivo não contestou os valores ora exigidos, nem apontou qualquer erro na aplicação dos cálculos, efetuados pelo autuante.

Quanto à multa aplicada, esta encontra-se tipificada no art. 35 da Lei Complementar 123/06, e no art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, de 27/12/1966, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/2007, e não há razão para contestar a sua ilegalidade.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Devidamente intimado, o Autuado interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, colacionadas às fls. 93 a 101, além de extratos do Simples Nacional.

Em sua peça recursal, inconformada com o desfecho dado pelo julgamento de 1ª Instância, em sede de preliminar, argui a nulidade do Auto de Infração por insegurança na determinação do valor da infração – erro formal -, aduzindo que há divergências entre os valores consignados no Auto de Infração e os valores constantes dos levantamentos integrantes do lançamento, o que lhe impede de exercer, com plenitude, o seu direito à ampla defesa.

Com o propósito de demonstrar o que alega, monta diversos quadros apontando os erros supostamente perpetrados pelo fiscal autante, com indicação, ocorrência a ocorrência, dos valores da base de cálculo equivocada, dando conta de que tais valores não correspondem aos valores de sua receita informada e constante dos extratos do Simples Nacional. Cita e transcreve o art. 142 do CTN.

Reiterando a sua tese da nulidade do Auto de Infração, discursa a respeito da plena defesa e da necessária clareza do lançamento fiscal, afirmando que a falta de liquidez e certeza de um lançamento devem restar provados, sob pena de nulidade.

Alternativamente à nulidade que suscita, requer que o feito seja convertido em diligência com o fim de sejam apurados os valores efetivamente devidos.

Pelo que assevera, entende que o seu Recurso Voluntário deve ser provido para que seja julgada nula a exigência tributária.

Referindo-se aos fatos, diz que os documentos que fundamentaram a autuação fiscal são os DASN dos exercícios de 2007 a 2010.

Afirma que é cumpridora das suas obrigações, sobretudo fiscais, e que no caso em tela as acusações fiscais contêm erros que as tornam nulas. Destaca que passou por varias fiscalizações ao longo dos anos, sem jamais ter sido autuada.

Afirma que “o que ocorreu foi um lapso na interpretação entre matéria pertinente a Substituição Tributária e ao enquadramento da empresa no Simples, onde a interpretação do Contabilista foi de encontro às normas legais contidas no RICMS”. Nesse sentido, diz que não se opõe à autuação, “exceto quanto ao excesso de valor imposto historicamente à base de cálculo, onde se demonstra uma incoerência entre o efetivamente declarado como receita e o efetivamente considerado pelo fisco em suas apurações”.

Por derradeiro, pugna pelo provimento do seu Recurso Voluntário para tornar nula a autuação, devendo ser realizado novo procedimento fiscal, nos termos do inciso II, do artigo 173, do CTN. Alternativamente, pede que seja autorizada a concessão do benefício da redução ou cancelamento da multa, nos termos do art. 46, I, § 4º, do COTEB.

Protesta por todos os meios probantes aceitos e possíveis em Direito pela juntada posterior de documentos.

Anexos ao Recurso Voluntário, foram trazidos aos autos extratos do Simples Nacional com o fim de escorar a tese de suposta falta de segurança na determinação do valor da infração.

Levado a julgamento em 17/12/2012, decidiram os membros da 2ª CJF, por unanimidade, converter o feito em diligência à INFAZ DE ORIGEM, fl. 115, para que a Autuante examinasse os documentos trazidos aos autos pelo recorrente, manifestando-se sobre as apontadas divergências entre as informações que prestou quanto a “revenda de mercadorias, exceto para o exterior, com substituição tributária/tributação monofásica/antecipação com encerramento de tributação” e os dados colhidos pela fiscal autuante conforme cópias das DASN.

Em atendimento à diligência requerida, a autuante presta informação fiscal á fl. 118, dizendo:

1. Com relação ao 1º erro material - infração 01; o recorrente considera que a base de cálculo do mês de setembro de 2007 está a maior do lançado na DASN. Constatei que neste mês houve uma omissão de receita, como está lança da no livro de saídas do próprio contribuinte e demonstrado nas folhas 08 e 09 no Análise ICMS do Simples Nacional a Reclamar. Portanto, a nova base de cálculo lançada no auto está correta.

3. Do 2º ao 7º erro material- infração 04; o recorrente aponta divergências nos meses de fevereiro a julho de 2010, verifiquei que refere-se a um erro no lançamento da alíquota e da Base de cálculo no demonstrativo do auto. Erro tal que não modifica o valor do débito conforme está demonstrado na folha 35 e 36 no Análise ICMS do Simples Nacional a Reclamar. Sendo este erro sanável, conforme artigo 18 parágrafo 1º do RPAF.

Monta quadro para a infração 4 onde indica as correções que efetuou, alterando os valores das bases de cálculo e alíquota das ocorrências datadas de 28/02, 31/03, 30/04, 31/05, 30/06 e 31/07 de 2010, frisando que os campos alterados não interferiram no valor do débito.

A Dra. Maria Helena Mendonça Cruz, Procuradora da PGE/PROFIS, firma Parecer às fls. 122/124, no qual opina pelo não acolhimento das preliminares de nulidade aduzindo que eventual erro material não induz nulidade do lançamento, mas sim matéria de mérito que foi devidamente apreciada. Quanto aos erros materiais, entende que apreciados, foram rechaçados pela fiscal autuante que realizou a diligência requerida pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Quanto às multas, destaca que são em razão de descumprimento de obrigações principais e que estão previstas na legislação, lembrando que a redução ou dispensa das referidas multas é de competência privativa da Câmara Superior, á luz do art. 159 do RPAF/Ba.

Ao cabo, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de nulidade)

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 5ª

Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

O recorrente, em sede de preliminar, argui a nulidade da autuação alegando erro formal em razão de insegurança na determinação do valor da infração. Aduz que os valores constantes dos levantamentos integrantes do lançamento divergem dos valores constantes do Auto de Infração.

Pois bem, tratando das preliminares suscitadas, vejo que as razões recursais se sustentam em bases fáticas. Em verdade, em que pese estarem presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração – art. 39 do RPAF/99 -, observo que há nos autos elementos que apontam para a falta de segurança na determinação da base de cálculo do imposto a ser exigida

Mais especificamente, com base nos elementos trazidos aos autos pelo Recurso Voluntário, o recorrente entende que deve ser decretada a nulidade do Auto de Infração em razão de divergência entre as informações que prestou quanto a *“revenda de mercadorias, exceto para o exterior, com substituição tributária/tributação monofásica/antecipação com encerramento de tributação”* e os dados colhidos pela fiscal autuante conforme cópias das DASN. Vê-se dos quadros montados pelo recorrente que tais divergências são observadas nas ocorrências datadas de 30/09/2007, 28/02/2010, 30/03/2010, 31/04/2010, 31/05/2010, 30/06/2010 e 31/07/2010 (infrações 1 e 4).

Da análise do quanto veio aos autos, sobretudo as DASN trazidas pela autuante, pude cotejar os valores das bases de cálculo das ocorrências discriminadas no Auto de Infração e os valores encontrados nas ditas DASN anexas à peça vestibular. Do mencionado cotejo, constata-se claramente que as alegações recursais são absolutamente pertinentes. Há, de fato, divergências de valores na quase totalidade das ocorrências, em todas as infrações, algumas de pequena monta (centavos), outras de valores mais significativos.

A considerar o quanto observado nos autos, que indicam que o somatório das diferenças é de valor relativamente pequeno em relação ao valor da autuação, depreende-se que as razões recursais têm substância e, efetivamente, podem dificultar o exercício da ampla defesa por parte do Sujeito Passivo, o que inquina de nulidade o lançamento em razão da sua insegurança.

No particular, há que se registrar que as autuações que envolvem contribuintes que operam sob o regime do SIMPLES nacional carregam grande dose de complexidade que, em muitos casos, como no presente, impedem o perfeito entendimento da acusação fiscal por parte do Contribuinte autuado. Não raro são os casos em que os números simplesmente são incongruentes e inconsistentes à primeira vista, implicando na necessidade de diligência ou mesmo de perícia técnica para tornar clara a base de cálculo do imposto que se pretende exigir.

Ante ao exposto, com fulcro no art. 18, IV, do RPAF/99, VOTO no sentido de acolher a preliminar de nulidade suscitada no apelo recursal, para julgar NULO o Auto de Infração por insegurança na determinação da base de cálculo.

Superada a questão preliminar por maioria de votos dos conselheiros desta 2ª CJF, avanço sobre a análise do mérito, para decidir.

Aduz o recorrente que há erros no lançamento que no seu entender, superados, restaria elidida a acusação fiscal. As alegações recursais tiveram o condão de provocar a conversão do feito em diligência à Infaz de Origem com a finalidade de que fossem examinados os documentos juntados aos autos pelo recorrente, também analisando as eventuais divergências entre as informações prestadas pelo Sujeito Passivo quanto a *“revenda de mercadorias, exceto para o exterior, com substituição tributária/tributação monofásica/antecipação com encerramento de tributação”* e os dados colhidos pela fiscal autuante conforme cópias das DASN.

Pelo que se depreende dos escritos da Fiscal diligente, as razões recursais não merecem acolhida, porquanto tem fulcro em erros de ordem material, restando demonstrado que para o mês de setembro de 2007 houve omissão de receita, conforme lançado no livro de saídas do contribuinte

e demonstrado no levantamento fiscal. Para os meses de fevereiro a julho de 2010, a autuante aponta erro no lançamento da alíquota e da Base de cálculo no demonstrativo, entretanto sem que tal erro, corrigido, possa modificar o valor do débito.

Pois bem, da análise da Informação Fiscal, percebe-se que a fiscal diligente introduziu correções no lançamento originário que, definitivamente não podem ser acatadas. Vê-se da demonstração elaborada pela fiscal diligente que houve modificação da base de cálculo em algumas ocorrências, bem como das alíquotas de imposto correspondente, de maneira a que o valor passível de exigência pós diligência é idêntico ao lançado originalmente.

Ante a flagrante impossibilidade de acatamento do resultado da diligência em relação à infração 4, e considerando que a suscitada nulidade foi afastada por maioria de votos, há que se proceder à correção devida, conforme quadro abaixo:

INFRAÇÃO 4 – Demonstrativo de débitos			
Ocorrência	Base de Cálculo	Percentual	ICMS DEVIDO
01/2010	R\$ 24.463,67	2,56%	R\$ 626,27
02/2010	R\$ 10.771,31	2,56%	R\$ 275,75
03/2010	R\$ 17.088,41	2,56%	R\$ 437,46
04/2010	R\$ 13.950,42	2,56%	R\$ 357,13
05/2010	R\$ 22.296,48	2,56%	R\$ 570,79
06/2010	R\$ 12.135,57	2,56%	R\$ 310,67
07/2010	R\$ 18.201,78	2,56%	R\$ 465,97
08/2010	R\$ 23.015,00	2,82%	R\$ 649,02
09/2010	R\$ 14.895,00	2,82%	R\$ 420,04
10/2010	R\$ 20.667,00	2,82%	R\$ 582,81
11/2010	R\$ 15.952,00	2,82%	R\$ 449,85
12/2010	R\$ 13.350,00	2,82%	R\$ 376,47
Total			R\$ 5.522,22

Isto posto, considerando as correções acima demonstradas, a exigência da infração 4, passa de R\$5.541,22 para R\$5.522,22.

Quanto à possibilidade de redução ou exclusão da multa aplicada, a rigor do que determina o RPAF/Ba, apenas a Câmara Superior tem competência para decidir, pelo que deixo de apreciar o pedido formulado.

Isto posto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, reduzindo a valor da infração 4.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de nulidade)

Peço vênha para divergir do i.relator quanto ao seu entendimento de atribuir nulidade ao presente lançamento de ofício. A rigor, o recorrente repete os mesmos argumentos de nulidade já suscitados anteriormente e que foram corretamente analisados e afastados pela instância *a quo*, que, de maneira objetiva não acolheu a tese defendida pelo recorrente, razão pela qual entendo desnecessário repeti-las.

As divergências mencionadas pelo i.relator, por ele próprio consideradas de pequena monta, inclusive representadas por centavos, em nada dificultaram o exercício da plena defesa, tanto que, o processo foi convertido em diligência para o fim específico de *"que a Autuante examinasse os documentos trazidos aos autos pela recorrente, manifestando-se sobre as apontadas divergências entre as informações que prestou quanto a "revenda de mercadorias, exceto para o exterior, com substituição tributária/tributação monofásica/antecipação com encerramento de tributação" e os dados colhidos pela fiscal autuante conforme cópias das DASN"*, verificação esta levada a efeito na forma solicitada, sendo mantido pela autuante o valor da autuação. Aliás, entendo que, no momento em que o processo foi convertido em diligência, para o fim aqui mencionado, já havia sido superada a questão da nulidade arguida, senão não haveria necessidade do encaminhamento da diligência.

Diante disto, não acolho a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente. Já em relação ao mérito, acompanho o voto do i.relator pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria em relação à preliminar de nulidade, com voto de qualidade do presidente e, por unanimidade quanto ao mérito, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 218056.0004/11-2, lavrado contra **VALDOMIRO DOS SANTOS SOBRAL FILHO DE CONCEIÇÃO DO ALMEIDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.075,28**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35, da LC nº 123/06, art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente pagos.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de nulidade) – Conselheiros(as): Denise Mara Barbosa Andrade, Mônica Maria Roters e Carlos Fábio Cabral Ferreira

VOTO VENCIDO (Preliminar de nulidade) – Conselheiros: José Antonio Marques Ribeiro, Rodrigo Lauande Pimentel e Valnei Sousa Freire.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de novembro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR
(Preliminar de nulidade)

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Preliminar de nulidade)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS