

A. I. Nº - 210763.0004/12-3
AUTUADO - R. MOURA DOS SANTOS
AUTUANTE - HELVIA BRIGLIA CANUTO
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET 18.01.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0008-04/13

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. ERRO NA DETERMINAÇÃO DAS RECEITAS MENSAIS E DAS ALÍQUOTAS APLICÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A receita de venda de mercadoria isenta integra a base de cálculo tributável no regime simplificado do Simples Nacional. A receita apurada através dos documentos fiscais emitidos indica recolhimento a menos que o imposto devido no período fiscalizado. Rejeitada preliminar de nulidade e indeferido pedido de diligência. Infração caracterizada e integralmente mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 03/09/2012, reclama ICMS no valor de R\$15.238,18, através da seguinte infração: *“Efetuiu recolhimento a menos de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, implicando, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menos, tendo apuração realizada confrontando notas fiscais D1, Única e Redução Z apresentada e o sistema AUDIG”* - Multa de 75%.

O autuado apresenta defesa às fls. 146/150. Suscita preliminar de nulidade em face à inexistência de intimações para esclarecimento de modo que justificasse as falhas de recolhimento do imposto antes de autuar, tendo em vista o princípio do contraditório assegurado pela CF, mesmo na fase que precede à lavratura do Auto de Infração, porque depois de lavrada a peça básica que será julgada pelo próprio Fisco, qualquer tentativa de descaracterizar a falta de recolhimento, será inútil.

Afirma que nenhuma intimação foi feita nesse sentido, antes de ser lavrado o Auto de Infração, não se entendendo o motivo que orientou a autuante a não fazer a necessária intimação. Também alega que a autuante não percebeu a existência de cupons fiscais emitidos, com uma via anexa às notas fiscais de saídas série única, e que, por isso, há soma em duplicidade e glosa de mercadorias isentas.

No mérito, arguiu quanto à verdade dos fatos, que esta imputação foi devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menos, tendo erros na soma e omissão de valores por parte da autuante.

Com relação aos exercícios de 2008 e 2009, esclarece que, conforme o art. 238 do RICMS, o contribuinte é obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para emitir o Cupom Fiscal a ser anexada à via fixa do documento fiscal emitido, sendo exatamente o que foi ocorreu, pois todas notas fiscais série única emitidas, também tiveram Cupom Fiscal correspondente, sendo anexada uma via do Cupom Fiscal à via fixa da nota fiscal série única. Esta pratica foi ignorada pela autuante que, além de glosar os valores das saídas constantes do Cupom Fiscal, também glosou os mesmos valores de saídas constantes das notas fiscais série

única, não observando que existia uma via do Cupom Fiscal, anexada a via da nota fiscal de saída série única. Equivocando-se neste procedimento, a fiscal encontrou valores das saídas de mercadorias superiores ao informado no PGDAS. Aduz que as provas ora juntadas (Documentos 01 e 02, planilha e cópias das notas fiscais série única e as vias do Cupom Fiscal anexa a cada nota), elide a suposta infração, não caracterizando nenhuma infração ou omissão, sendo, portanto, insubsistente a infração.

Repete o mesmo argumento para o exercício 2010, acrescentando que foi cometido outro equívoco ao glosar as saídas de mercadorias isentas como tributadas. Informa que exerce atividade de comércio varejista de mercadorias em geral (mercado), revendendo todo tipo de produtos, tributados, não tributados e isentos, não sendo observados pela Autuante os valores que estavam segregados em cada Cupom Fiscal, os quais não podem participar da base de cálculo do ICMS quando do preenchimento do PGDAS, conforme planilha (Documento 04). Foram elaborados demonstrativos das saídas mensais, onde estão segregadas os valores tributados e isentos, tudo de acordo com os Cupons Fiscais (ECF) emitidos, onde na redução “Z” de cada cupom fiscal, em seus totalizadores de tributos, separando as vendas tributadas e isentas. Os ECF’s, foram entregues e devolvidos pela Fiscal e encontram-se a disposição do CONSEF, para um possível confronto com os valores lançados. Anexa fotocópias e requer diligência para apuração dos fatos e comprovação das alegações apresentadas.

Declara anexar (Documento 05) livro de registro de saídas de mercadorias exercício de 2010, onde demonstra os valores das saídas tributas e isentas que foram lançadas conforme os Cupons Fiscais. Portanto, não houve recolhimento a menos de ICMS, com o que a suposta infração está elidida, não caracterizando nenhuma infração ou omissão.

Pede a improcedência do Auto de Infração.

A autuante presta informação fiscal às fls. 439/446. Quanto à preliminar de nulidade relacionada à “intimação para esclarecimentos”, diz que o art. 1º do RPAF/BA ampara o início dos procedimentos fiscais e que iniciou a ação fiscal determinada pela O.S. nº 505255/12, conforme o art. 26, III, do RPAF/BA, efetuando a intimação de fl. 32, tudo em consonância com os artigos 108 e 109, I do RPAF.

Pontua que o procedimento fiscal atendeu todas as formalidades legais e que apurada a infração lavrou o Auto de Infração, conforme o artigo 28, II do RPAF.

Declara que os atos praticados estão de acordo com o art. 142, Parágrafo Único do CTN e que desconhece ser necessário antes de autuar “intimar para prestar esclarecimentos”. Assim, tal pedido não procede em razão de não existir na legislação do ICMS previsão para intimar no sentido pretendido pelo Impugnante e, consequentemente, a tácita confissão de erro na declaração da PGDAS/DASN, faz prova da infração acusada.

Quanto à alegação de erros de soma e omissão de valores por parte da autuação (exercícios de 2008/09/10), diz que através do Aplicativo AUDIG, detectou recolhimento de ICMS a menos, conforme as planilhas onde são lançadas as saídas apuradas com os respectivos documentos fiscais pertinentes, comprovados no CD-R anexo fls.143.

Reafirma que o contribuinte apurou a menos o ICMS relativo aos períodos 01/07/2007 a 31/12/2010, consequentemente, declarou receitas brutas a menos na PGDAS/DASN, conforme fls. 55 a 58 (Sistema INC) que, por sua vez, foram devidamente confrontados com os documentos fiscais apresentados por ocasião da intimação fls. 32, a saber: (NF única e RED Z). Realizados os batimentos conforme fls. 10, 16, 22 e 28 apurou as diferenças que exige.

Quanto à alegação de que não observou as NF’s série única com cupom fiscal anexado, esclarece que as notas fiscais digitadas na planilha do AUDIG referem-se tão-somente as vendas emitidas para os órgãos públicos, ou seja, quando exportadas para as planilhas houve o cruzamento com as saídas da compra legal extraídas do sistema SEFAZ para a realização do batimento, para comprovar as vendas de mercadorias do autuado aos órgãos públicos.

Quanto aos cupons fiscais que o autuado anexou ao PAF informa que não foram solicitados e apresentados, podendo isso ser comprovado através da intimação pertinente fls. 32, pois não são documentos hábeis para apuração das vendas emitidas pelo autuado. Assim, afirma que apenas a REDUÇÃO Z, em verdade é documento hábil, razão pela qual foram solicitadas e entregues pelo autuado. As reduções informam as vendas liquidas e, justamente, as que compõem o somatório de sua receita bruta apurada e lançada na planilha própria do AUDIG, onde se realiza o batimento com a devida proporcionalidade no que diz respeito às vendas emitidas com substituição tributária. Informa que o programa AUDIG considera também o porte da empresa concluindo desta maneira a apuração da receita, fazendo-se o batimento com a receita informada no PGDAS/DASN, apurando-se assim a devida inconsistência, fls. 12, 13, 18,19, 24, 25, 30 e 31 anexas planilhas do AUDIG.

Diz que não ocorreu erro de soma de valores, muito menos omissão na ação fiscal e que a apuração da divergência decorre de diferença entre o valor recolhido e a alegação defensiva é incoerente.

Esclarece: *“1- Que a Redução "Z" é, também, um documento fiscal emitido pelo ECF com informações idênticas às da Leitura "X", mas que importa, exclusivamente, em zerar os totalizadores parciais. Exibe todas as vendas, cancelamentos, descontos, etc. e fecha o caixa, sendo emitida no encerramento diário das atividades do estabelecimento; 2- Que os cupons fiscais anexados não permitem o registro do CNPJ do destinatário, portanto não existem provas de que foram anexadas às notas fiscais emitidas, como também não existe qualquer menção ao número do cupom fiscal no “campo” pertinente de INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES no corpo da nota fiscal fazendo qualquer vinculação que o cupom fiscal refere-se à nota fiscal; 3- Que o autuado, cuja atividade econômica principal: 4712100- comercio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios (MERCADO), não comercializa seus produtos apenas para os órgãos públicos da cidade de BUERAREMA, como o autuado em sua defesa deixa claro”.*

Transcreve os arts. 238, § 1º e 824-B, § 3º, II, do RICMS-BA, para frisar que o Impugnante os interpreta equivocadamente, pois o Cupom Fiscal serve para acobertar operações e prestações em que o destinatário seja consumidor final, e não deverá ser emitido para não contribuinte (Administração Pública) e que o caso está devidamente tipificado nos extratos anexos do “compra legal”, visto que não se transfere crédito a não contribuinte. Ademais, os cupons fiscais anexados ao processo pelo autuado são ilegíveis e sem o número CNPJ, obrigatório para fazer a devida prova de venda aos órgãos públicos com emissão dos referidos cupons fiscais.

Com relação ao DOC. 05 – “LIVRO DE REGISTRO DE SAIDAS DE MERCADORIAS”, anexado ao processo (fls. 371 a 437), não foi apresentado e tampouco exigido no início da Ação Fiscal conforme se pode constatar com a intimação de fls. 32, em virtude do mesmo não ser obrigatório. Reproduzindo o art. 3º da Res. CGSN nº 10/2007, expressa que os livros fiscais e contábeis a serem utilizados pelas empresas optantes do Simples Nacional estão estabelecidos na Resolução CGSN nº 10/2007, no seu artigo 3º, não sendo permitido à Administração Tributária desse Estado (ou de qualquer outro) estabelecer regras que exorbitem desse mandamento.

Repisa que a ação fiscal foi pautada na documentação fiscal exigida e apresentada, ou seja, Notas Fiscais e Redução Z, livros Registro de Entrada, Inventário e Caixa, conforme indicados na intimação de fl. 32, não em cupons fiscais e livro Registro de Saída como induz o autuado em sua Defesa.

Com relação à glosa dos créditos nas saídas de mercadorias isentas como tributadas, informa que aquelas integram a base de cálculo do ICMS quando do preenchimento do PGDAS, conforme a Lei Complementar nº 123/2006, artigo 24, assim como o Parecer nº 18716/2009 de 09/10/2009 GECOT/DITRI.

Destaca que a opção pelo Simples Nacional implica na aceitação de um Regime Especial Unificado de Arrecadação, conforme previsto nos artigos 12 e 13 da LC nº 123/06, cuja forma de

arrecadação é a prevista no seu art. 18 e §§, cujo pressuposto básico é a "receita bruta", quer para a determinação da alíquota aplicável, como para a determinação da base para cálculo.

Assim sendo, o valor do imposto calculado no Simples Nacional não “perquire” cada saída específica, mas um montante que servirá para o cálculo dos diversos tributos e contribuições envolvidos, o qual a citada LC, no seu art. 24 veda a utilização de qualquer valor a título de incentivo fiscal, aí incluído o benefício da isenção. Reproduziu o art. 385 do RICMS/BA, reafirmando que o contribuinte não poderá utilizar quaisquer benefícios fiscais.

Pede a Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Compulsando os autos, vejo que o procedimento fiscal cumpriu o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39, 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF, bem como o processo se conforma nos artigos 12, 16 e 22 do mesmo regulamento. A infração está claramente descrita, determinada com segurança, foi corretamente tipificada com identificação do infrator e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais contidos nos autos, cujas cópias foram entregues ao contribuinte (recibo de fl. 34), tendo ele exercido o direito de ampla defesa e contraditório demonstrando pleno conhecimento dos fatos arrolados no auto de infração.

Ressalto que os documentos fiscais dos quais derivou a autuação foram apresentadas pelo próprio contribuinte e o procedimento fiscal aqui culminado com a lavratura do auto de infração em lide se rege pelo princípio da inquisitorialidade em que o fisco, usando da potestade tributária, pode desenvolver toda atividade com ou sem a participação do contribuinte investigado sem que isso implique em transgressão ao princípio da ampla defesa e contraditório que apenas se faz imprescindível na fase processual, a partir da ciência do Auto de Infração pelo contribuinte.

Portanto, afastos a preliminar de nulidade suscitada com o argumento da falta de intimação prévia à lavratura do Auto de Infração para que o contribuinte esclarecesse a divergência entre o imposto devido e o que recolheu. Assim, na análise do PAF, não vislumbro qualquer vício que possa inquinar de nulidade o lançamento tributário de ofício.

No mérito, o Impugnante arguiu que a imputação se deve a erros na soma e omissão de valores por parte da autuante. Para os exercícios 2008 e 2009, disse que procedeu conforme determina o art. 238 do RICMS, o que foi ignorado pela autuante que, além de glosar os valores das saídas constantes do Cupom Fiscal, também glosou os mesmos valores de saídas constantes das notas fiscais série única, mesmo erro que repetiu para o exercício 2010, acrescentando que neste ano foi cometido outro equívoco ao glosar as saídas de mercadorias isentas como tributadas. Aduziu que os documentos probatórios de suas razões foram entregues e devolvidos pela Fiscal e se encontram a disposição do CONSEF, para um possível confronto com os valores lançados, razão pela qual pediu diligência para apuração dos fatos.

Considerando que os elementos contidos nos autos são suficientes para formar minha convicção, com fundamento no art. 147, I, do RPAF, indefiro o pedido formulado.

Analisemos o caso.

Sendo o autuado contribuinte inscrito no Simples Nacional, a sua obrigação tributária deve ser cumprida conforme previsto na LC 123/06 e o art. 21, I, dessa lei reza que os tributos devidos, devem ser apurados na forma prevista nos arts. 18 a 20 (inclusive o ICMS). Ou seja, determinados mensalmente mediante aplicação da tabela do Anexo I da citada lei, utilizando como base para determinação da alíquota a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao período de apuração, que incidirá sobre a receita bruta auferida em cada mês de referência e apuração dos tributos, podendo tal incidência se dar à opção do contribuinte, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irretratável para todo o ano-

calendário, segregando-se a receita conforme o previsto no § 4º do art. 18, que abaixo transcrevo.

§ 4º O contribuinte deverá considerar, destacadamente, para fim de pagamento:

I - as receitas decorrentes da revenda de mercadorias;

II - as receitas decorrentes da venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte;

III - as receitas decorrentes da prestação de serviços, bem como a de locação de bens móveis;

IV - as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária e tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), bem como, em relação ao ICMS, antecipação tributária com encerramento de tributação;

V - as receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou da sociedade de propósito específico prevista no art. 56 desta Lei Complementar.

A infração acusada (código 17.02.01) corresponde ao recolhimento de ICMS menor que o devido, em face de erro na informação da receita tributável lançada no PGDAS (Programa Gerador da DAS) que calculou os tributos pagos.

Sua descrição consta inequívoca e clara neste lançamento tributário. Exige-se a diferença do ICMS apurada por recálculo fiscal em face de constatada omissão de receita tributável dentro da sistemática de apuração do Simples Nacional.

Os extratos de fls. 55 a 58 registram as receitas informadas pelo contribuinte e que serviram de base de cálculo para o imposto que recolheu no período da autuação.

A receita tributável efetiva do contribuinte no período autuado foi obtida a partir dos documentos fiscais emitidos (notas fiscais emitidas para órgãos públicos e que foram cruzadas com as saídas do COMPRA LEGAL exportadas do sistema SEFAZ e digitadas na planilha AUDIG + os valores de vendas líquidas extraídos das REDUÇÕES Z apresentadas pelo contribuinte por conta da intimação fiscal de fl. 32).

Essa receita efetiva, segregada das vendas de mercadorias da ST (art. 18, §4º, IV, da LC 123/06), foi cruzada com a receita declarada nas DASN's e que serviram de base de cálculo do imposto recolhido, conforme demonstrativos que compõe o relatório "Análise ICMS a reclamar", coluna **"ICMS Omissão de recolhimento ou Recolhimento a menor"**, (fls. 13, 19, 25 e 31).

Ocorre que a receita apurada na ação fiscal com base nos documentos fiscais emitidos e apresentados pelo autuado foi maior que a declarada no período, conforme constatado no programa de fiscalização AUDIG, cujo ICMS devido e recolhido a menos consta identificado nas planilhas de fls. 13, 19, 25 e 31, e que é exigido neste auto de infração.

Essa infração se refere à "insuficiência de recolhimentos dos tributos do Simples Nacional", tipificada no inciso III do art. 14 da Resolução 30 do Comitê Gestor do Simples Nacional, cuja competência para tratar dos aspectos tributários alberga-se na LC 123/06 (art. 2º, I), estando sujeita às penalidades legais pertinentes (art. 21, §4º-A, da LC 123/06). Ressalto que em se tratando de comércio, corretamente foram utilizadas as alíquotas previstas no Anexo I da LC 123/06 (art. 18 da LC 123/06).

Nas vendas destinadas a entidade da administração pública por contribuinte com ECF, deve ser emitida apenas NF, não se exigindo emissão de cupom fiscal (Art. 824-B, §3º, do RICMS-BA). Portanto, observando que os cupons fiscais juntados pelo Impugnante não consignam dados identificadores de correspondentes NF's também emitidas (mesmo consumidor), nem as alegadas NF's emitidas relativas a cupons fiscais correspondentes identificam esses cupons, neste caso não há computo em duplicidade de documento fiscal na apuração da receita efetiva AUDIG que apenas levou em consideração as NF's e vendas, via ECF registradas nas Reduções Z.

Com relação às mercadorias isentas, estas se incluem na receita tributável pelo regime simplificado do Simples Nacional (arts. 12, 13 e 24 da LC 123/07 e 385 do RICMS-BA).

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210763.0004/12-3**, lavrado contra **R. MOURA DOS SANTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.238.18**, 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de janeiro de 2013.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO - RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR