

A. I. Nº - 022250.0007/11-3
AUTUADO - BONOBAIRRO SUPERMERCADO LTDA.
AUTUANTE - ANA LÚCIA NUNES DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 25/03/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0009-05/13

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. **a)** ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA OU ALÍQUOTA APLICADA. RECOLHIMENTO A MENOS. Acolhido parte das arguições defensivas, reduzido o valor exigido. Infração parcialmente caracterizada; **b)** NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS NÃO REGISTRADAS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDA. Acolhido parte das arguições defensivas. Reduzido o valor exigido. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/012/2011, exige ICMS no valor histórico de R\$66.771,04 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1- Deixou de recolher valores referentes 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 alíquota aplicada a menos. ICMS com valor de R\$9.783,54. Multa de 75%;

INFRAÇÃO 2 – Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entrada, confrontado com a escrituração do Livro Registro de Entradas. O ICMS com valor de R\$56.987,50. Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06. Multa de 150%.

A defesa argumenta às fls. 1156 a 1168, preliminarmente, que a impugnante, conforme se pode verificar de seu contrato social, é micro empresa do ramo de supermercados, tendo, na consecução de suas atividades, sempre primado pelo regular cumprimento de suas obrigações, notadamente no tocante ao recolhimento de impostos, especialmente do ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços.

Alega que as imputações não procedem conforme se demonstrará na presente impugnação.

Afirma que em se tratando de alegação de omissão de entradas, deveria a autoridade fiscal enumerar de forma clara e objetiva todas as supostas notas que comprovariam a soma Autuado, contudo, não é isto que se verifica dos presentes autos.

Aduz que há que se denotar que a autoridade administrativa apresenta planilha, que tem mais de 20 (vinte) páginas, que não se encontra ordenada por nenhum critério, estando misturados os períodos de apuração autuados, o que dificultou imensamente a sua análise, reduzindo a capacidade de defesa, como amplamente demonstrado alhures.

Indaga ainda, qual a razão para que o fiscal, detendo a suposta lista de notas fiscais não registradas no Livro de Entrada não a apresentar de maneira ordenada por data, com os respectivos totalizadores de cada período? A resposta é uma única: dificultar a compreensão do contribuinte, reduzindo-lha a capacidade de defesa.

Consigna assim que este fato já grave o suficiente para que referido Auto de Infração seja declarado nulo *ab ovo*, pois a ampla defesa e o contraditório são cláusulas pétreas na

Constituição de 1988 (art. 60, § 4º), e qualquer ato tendente a tolhê-los ou suprimi-los estará eivado de nulidade absoluta.

Neste sentido, assegura que a observância das formalidades prescritas para a peça de autuação é indispensável para o contribuinte conhecer a amplitude e a extensão da fiscalização efetuada, bem como conhecer o resultado da ação fiscal. *Sem saber exatamente do que está sendo acusado, não é possível a sua defesa de forma efetiva, completa.*

Assinala que ainda resta à Impugnante trazer à baila a expressa disposição dos art. 2º e 18 do Decreto nº 7.629/99 (RPAF-BA), *in verbis*:

“Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

§ 1º No preparo, instrução e tramitação do processo, ter-se-á sempre em vista a conveniência da rápida solução do pedido ou litígio, restringindo-se as exigências ao estritamente necessário à elucidação do processo e à formação do convencimento da autoridade requerida ou do órgão julgador.”

“Art. 18. São nulos:

I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

III - as decisões não fundamentadas;

IV - o lançamento de ofício;

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;”

Desta forma, ressalta que é latente que a presente autuação está eivada de nulidade, mas não é só por conta da agressão aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, é pior: ao somar os valores (desorganizados) constantes da supramencionada planilha, segregando-os por meses, verifica-se que o total de entradas listadas possui valor imensamente inferior àqueles constantes da autuação.

Frisa que não há absolutamente nenhuma ligação entre a soma dos valores das notas de entradas supostamente omitidas e os valores mensais constantes da autuação, nem tão pouco há a remissão de qualquer critério que remeta a uma forma de encontrar essa quantia.

Questiona ao nobre julgador administrativo, *como o fiscal autuante chegou aos valores expostos no termo de encerramento/auto de infração como supostamente omitidos (coluna G do anexo III)?*

Qual a ligação entre a lista de notas fiscais supostamente não registradas nos Livros de Entrada e os referidos valores?

Entende que estas são perguntas sem respostas no Auto de Infração sob comento.

Ratifica que partindo da planilha em tela, somando-se todas as notas fiscais supostamente não contabilizadas na entrada, referente ao período de maio/2009, alcança-se o valor de R\$32.687,22, entretanto, a fiscalização lança a soma de R\$142.815,99 como base de cálculo para a autuação.

Ressalta ainda que todos os outros meses e suas respectivas diferenças estão listados mais a frente.

Assim, salienta que o procedimento sob comento é nulo porque foram sonegadas às recorrentes informações indispensáveis ao exercício de sua ampla defesa, o que de pronto deve ser apreciado por este órgão.

Seguindo a mesma linha, assegura que a adoção, na planilha do Anexo IV, de determinados valores (coluna denominada de “Receita Bruta Acumulada” de meses) para fins de averiguação da alíquota aplicável, sem que se tenha nenhuma explicação de como foi encontrado o referido valor.

Apenas para exemplificar, demonstra na referida coluna, para o mês de Dezembro de 2008, o valor de R\$309.390,48, já no mês de Janeiro de 2009 consta R\$965, 419,40.

Indaga: *Ora, como foram encontrados os referidos valores?*

Mais uma vez, afirma que não existe resposta no Auto de Infração.

A presente autuação, segundo a defesa, é uma verdadeira afronta aos direitos constitucionais à ampla defesa e do contraditório, tendo sido lavrado sem apego às formalidades, não sendo permitido ao contribuinte entender sua autuação sofrida.

Acredita que a observância de tais formalidades é indispensável para o contribuinte conhecer a amplitude e a extensão da fiscalização efetuada, bem como conhecer o resultado da ação fiscal. Sem saber exatamente do que está sendo acusado, não é possível a sua defesa de forma efetiva, completa.

Ademais, insiste que, como já destacado, a atividade do Agente Fiscal é plenamente vinculada à lei, devendo adequar-se a esta perfeitamente.

Portanto, argumenta que sendo vinculada a atividade do agente fiscal à lei, conforme expressa disposição do art. 3º do CTN c/c art. 146 da Constituição Federal de 1988, e se esta determina formalidade a ser atendida, inclusive expressamente determinando que a Autoridade Julgadora declare nulo o processo em que tais formalidades sejam desconsideradas, é lógica a necessidade assim o faça esta turma julgadora.

Assim, afirma que é indicar o “óbvio ululante” apontar o inafastável defeito formal constante no Auto de Infração, tendo em vista a ausência dos requisitos imprescindíveis, o que implica, por si só, na total desconsideração da peça punitiva objurgada, em virtude de nulidade absoluta, cuja declaração se requer desde já.

Aduz ainda que a presente autuação está fundada em um suposto extrato de notas fiscais que aparentemente tiveram como destino a ora Impugnante.

Afirma que é forçoso lembrar que esse suposto cadastro é feito unilateralmente, não havendo qualquer comprovação de que estas mercadorias tenham efetivamente sido entregues no estabelecimento da ora Impugnante, ao que desde já se impugna todos estes valores.

Entende que em que pese a fiscalização tenha uma lista de supostas mercadorias que teriam sido entregues à ora Impugnante, ainda que estas notas pudessem ser levadas em consideração, os valores constantes na autuação ultrapassam em muito aqueles descritos na planilha que lista as notas.

Neste sentido, ressalta, a título de exemplo, algumas diferenças entre o valor total da soma das notas fiscais de determinados meses e o valor da autuação (**Doc.03**):

Período	Soma das Notas Fiscais/Entrada	Valor apontado como omissões
02/2009	R\$ 28.709,66	R\$137.939,63
03/2009	R\$ 38.543,92	R\$135.801,27
04/2009	R\$ 26.937,94	R\$152.065,60
05/2009	R\$ 32.687,22	R\$142.815,99
06/2009	R\$ 39.052,72	R\$155.979,46
07/2009	R\$ 34.629,69	R\$131.670,69
08/2009	R\$ 26.552,58	R\$169.792,15
09/2009	R\$ 22.197,07	R\$153.020,37
10/2009	R\$ 21.239,84	R\$176.283,88
11/2009	R\$ 21.694,22	R\$170.482,23
12/2009	R\$ 38.190,93	R\$138.450,81

Destaca ainda, que a autuação não aponta qualquer forma de alcançar os valores utilizados como base de cálculo, de sorte que ainda que por absurdo a presente autuação seja mantida, apenas poderia ser exigido da ora Impugnante o valor constante da planilha de notas fiscais.

Alude que o ICMS é imposto de competência estadual, estando disciplinado em regras gerais através de Lei Complementar e quanto às suas especificidades, ficando a cargo da legislação estadual.

Neste sentido, expõe que é imperioso lembrar que a legislação estadual contém disposição própria acerca das multas aplicadas em caso de fiscalizações, qual seja a Lei Estadual nº 7.014/96.

Alude ainda, que não é demasiado destacar que a aplicação de multas não constitui regra geral de tributos, ao que se percebe que a autuação não pode ser lastreada por legislação deste tipo.

De igual sorte, sinaliza face ao princípio constitucional da Igualdade, que seria absurdo punir de forma desigual os contribuintes que efetuaram uma mesma conduta, de forma que é inaceitável que frente à previsão contida no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, tenha sido aplicada multa de 150% contra a ora Impugnante. Vejamos o que dispõe a referida norma:

“Art. 42 - Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

III - 70% (setenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos, tais como suprimento de caixa de origem não comprovada, saldo credor de caixa, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque;”

Assinala também que se alguma diferença pudesse ser adotada em relação à punição de Micro e Pequenas Empresas, esta necessariamente seria no sentido de reduzir as multas para estas últimas, face à flagrante proteção constitucional a estas pequenas empresas e, também, ao princípio da Isonomia, que permitiria o tratamento desigual em razão do tamanho e capacidade financeira reduzidas das micro e pequenas empresas.

Corroborando a necessidade de Aplicação da Legislação Estadual, entende que no que tange às multas aplicadas, como demonstra a decisão do Conselho Fazenda Estadual da Bahia, justamente em caso envolvendo um mercadinho, como a ora Impugnante:

“Auto de Infração: 870780005084

Acórdão: 3341111

Resolução:

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 087078.0005/08-4, lavrado contra MERCADINHO E PADARIA UNIPREÇO LTDA. (MERCADINHO UNIPREÇO), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$33.151,39, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.665,35, 70% sobre R\$30.923,94 e 50% sobre R\$562,10, previstas nos incisos II, “f”, III e I, “b”, item 1, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$14.724,83, prevista no inciso XII-A do artigo e lei acima citados, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05. Sala das Sessões do CONSEF, 01 de novembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS”

Destaca que é ilegal multa de 150% aplicada, a qual afronta os princípios da igualdade, isonomia, além de ferir a competência estadual de disciplinar o imposto de sua competência.

Em que pese, argumenta não ter conseguido compreender a base de cálculo da aplicação das multas consignadas na presente autuação, é fundamental destacar que a fiscalização não diferenciou a punição imposta sobre as mercadorias tributadas e as não-tributadas, o que é um completo absurdo.

Aduz ainda, que uma série de situações faz com que diversas mercadorias passem pela ora Impugnante sem a incidência do imposto sob testilha.

Nestes casos, afirma que é mais que latente a não escrituração de entradas destas mercadorias, embora representem uma ilegalidade, não tem o mesmo efeito e risco ao interesse público, sendo, portanto injusta a aplicação da mesma multa aplicada às mercadorias tributadas.

Neste sentido, afirma que a própria legislação estadual já traz previsão própria:

“Art. 42 - Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

XI - 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria não tributável, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;”

Assinala que resta evidenciado que a multa aplicável ao valor das mercadorias não tributáveis pela ora Impugnante devem sofrer tributação diferenciada, sendo que o próprio Conselho de Fazenda da Bahia assim já confirmou:

“Auto de Infração - 2695680001110

Recurso - Defesa

Autuado(a) - KORDSA BRASIL S.A.

Autuante(s) - JORGE LUIZ VIRGENS GONZAG

ACORDÃO JJF Nº 0281-05/11 Resolução ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração não subsistente. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada em parte. 2. FALTA DE PAGAMENTO DE ICMS. OPERAÇÃO TRIBUTADA ESCRITURADA COMO NÃO TRIBUTADA. a) OPERAÇÃO DE DRAWBACK INTERMEDIÁRIO. Saídas apuradas pela fiscalização se referem à venda para empresa industrial exportadora. Infração não caracterizada. b) REMESSA DEPÓSITO FECHADO OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. Infração reconhecida. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.”

Logo, entende que é necessário que sejam separadas as mercadorias tributadas das não tributadas, para que a aplicação da multa ocorra de maneira mais adequada e justa.

Por fim, pede que:

- a) Reconhecer a completa nulidade da presente autuação uma vez que sua lavratura ocorreu de forma a dificultar a Ampla Defesa e o Contraditório pelo contribuinte, ora Impugnante, haja vista conter planilhas desorganizadas, sem totalizadores, que não demonstram os valores utilizados como base de cálculo da autuação, que não permitem a compreensão da autuação, das alíquotas utilizadas e, por isso mesmo, impedem a devida manifestação do Direito Constitucional de Defesa do contribuinte;*
- b) Subsidiariamente, que seja afastado da base de cálculo da autuação todo e qualquer valor que extrapole o somatório das notas fiscais listadas pela fiscalização;*
- c) Que seja reduzida a multa aplicada com base na legislação federal, no percentual de 150%, para a multa prevista no art. 42, III, da Lei Estadual n.º 7.014/96, no percentual de 70%, haja vista a competência estadual para a disciplina de normas específicas quanto ao ICMS, bem como em razão dos princípios constitucionais da Igualdade e da Isonomia; e*
- d) Que seja destacado do valor da autuação os valores referentes a mercadorias não tributadas, para que seja reduzida a multa incidente sobre estes, haja vista a existência de previsão específica de multa de 1% do valor da mercadoria, a saber o art. 42, X, da Lei n.º 7.014/96.*

O Agente de Tributos, designado, apresenta a informação fiscal, às fls. 1254 a 1261, argumentando que o Autuado questiona o procedimento fiscal sob a ótica da organização das informações e comprovação dos valores levantados pela Autuante; registra, ainda, a falta de clareza e objetividade dos relatórios resultantes do levantamento, quando associados às cópias das notas fiscais de compras acostadas ao auto de infração.

Com isso, salienta que *“sem saber exatamente do que está sendo acusado, não é possível a sua defesa de forma efetiva, completa”*. Sob esse argumento, pede nulidade do Auto de Infração, alegando que a Autuante, na condição de representante dos interesses do Estado, mediante atividade vinculada, não observou os procedimentos administrativos para a constituição do crédito tributário, incorrendo em agressão aos princípios constitucionais da ampla defesa e do

contraditório. Para fundamentar o seu pedido, invoca o art. 5º, LV da CF, c/c o art. 2º e 18º do RPAF/BA (Decreto nº 7629/99).

Argumenta, também, que o procedimento fiscal adotado pela Autuante, inicialmente, apurou omissão de entradas de mercadorias a partir do confronto entre as notas fiscais de compras informadas pelo SINTEGRA/NF-e e as notas fiscais escrituradas no livro de Registro de Entradas do contribuinte. O montante da omissão apurado pela falta de escrituração das notas no LRE foi convertido em receita omitida na saída. O relatório às fls. 100 a 162, do PAF, lista as notas fiscais não registradas no LRE.

Consigna ainda que ao analisar as informações contidas nesse relatório, o Autuado não encontrou valores equivalentes ao levantamento que fez, através das cópias das notas acostadas ao Auto de Infração - anexadas como documentos comprobatórios do total apurado no referido relatório.

Ressalta que no mês de maio/2009, por exemplo, no relatório consta o valor de R\$142.815,99 (fls. 121/PAF) de notas fiscais não registradas no LRE, enquanto que pelo seu levantamento apurou R\$32.687,22 (fls. 1239/PAF).

Mais adiante, interroga sobre os valores encontrados na coluna denominada *Receita Bruta Acumulada 12 meses*, para determinação da alíquota aplicável - fls. 52, ref. a 2008 e fls. 59, ref. a 2009 (fls. do PAF).

Dessa forma, afirma, na condição de preposto fiscal estranho ao feito, que se fez necessária uma revisão do presente PAF para melhor entendimento das questões arguidas pelo Autuado. Dessa forma, nova apuração do ICMS foi realizada com base nas notas fiscais anexadas ao Auto de Infração.

Demonstra assim, a apresentação das planilhas que contêm as notas fiscais de compras não escrituradas no LRE, acostadas ao Auto de Infração, nas quais são relacionadas somente as cópias legíveis, indicando a folha do PAF em que se encontram.

Argui ainda, que foi elaborado também, planilhas contendo novas comprovações de omissão, através de cópias de notas fiscais que foram acrescentadas ao levantamento fiscal.

Com este procedimento, foi apurado no mês 05/2009, citado pelo Autuado, R\$27.742,72 (fls. 29, da informação fiscal), enquanto que no levantamento feito pela Autuante (fls. 121/PAF), consta para esse mês o valor de R\$142.815,99. Ou seja, do valor apurado pela Autuante apenas R\$27.742,72 foram comprovados.

A partir daí, destaca que foi passado ao cálculo do imposto devido com base na omissão comprovada.

Utilizando a mesma metodologia de cálculo empregada pela Autuante, através do programa AUDIG, determinamos a nova receita mensal tributável, que foi submetida às alíquotas do Anexo I, da Lei Complementar nº 123/06, para cálculo do imposto devido.

Com relação ao exercício de 2009, questionado pelo Autuado, entende que o novo valor do ICMS devido foi confrontado com o valor do ICMS declarado/recolhido e, mês a mês, o contribuinte acumulou diferenças, totalizando R\$11.513,98 de valor histórico.

Quanto à receita bruta acumulada para estabelecer a alíquota aplicável, assegura que o Autuado argüi sobre os valores encontrados no procedimento da Autuante, a exemplo dos meses de dezembro/2008 (R\$309.390,48) e janeiro/2009 (R\$965.419,40), e interroga: “*como foram encontrados os referidos valores?*”

Informa, ainda, que os valores das RBA's foram calculados com base no § 2º do art. 18 da Lei Complementar nº 123/06, conforme demonstramos abaixo:

Art. 18. *O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I desta Lei Complementar.*

§ 1º Para efeito de determinação da alíquota, o sujeito passivo utilizará a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao do período de apuração.

§ 2º Em caso de início de atividade, os valores de receita bruta acumulada constantes das tabelas dos Anexos I a V desta Lei Complementar devem ser proporcionalizados ao número de meses de atividade no período.

§ 3º Sobre a receita bruta auferida no mês incidirá a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º deste artigo, podendo tal incidência se dar, à opção do contribuinte, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irrevogável para todo o ano-calendário.

Aduz que o § 2º do art.18 da Lei Complementar nº 123/06 trata da RBA **proporcionalizada**, situação em que se enquadra o contribuinte. A empresa BONOBAIRRO SUPERMERCADO LTDA., optou pelo Simples Nacional em outubro/2008, quando deu início às suas atividades comerciais. Logo, entende que no mês de dezembro/2008, para o cálculo da receita bruta acumulada, o contribuinte não possuía doze receitas; apenas duas, de outubro e a de novembro, respectivamente R\$0,00 e R\$51.565,08.

Por esse motivo, assinala que a RBA deverá ser calculada de forma proporcionalizada, conforme orienta o § 2º acima. Assim, para calcular a RBA do mês 12/2008, deve-se encontrar primeiro, a receita média entre os meses de outubro e novembro: $(0 + 51.565,08)/2 = 25.782,54$. Este valor será proporcionalizado para 12 meses: $25.782,54 \times 12 = 309.390,48$.

Para janeiro/2009, salienta a ocorrência do mesmo procedimento: receita média de outubro, novembro e dezembro de 2008: $(0 + 51.565,08 + 189.789,77)/3 = 80.451,62$. Aqui, novamente, foi proporcionalizado para 12 meses: $80.451,62 \times 12 = 965.419,40$. Desse modo, os valores das RBA's utilizados no procedimento fiscal da Autuante estão em conformidade com a previsão legal supracitada.

Alinha que procedida à revisão fiscal do Auto de Infração nº 022250.0007/113, só foi considerado para o cálculo do imposto devido o valor efetivamente comprovado pela Autuante, através das cópias das notas fiscais anexadas ao Auto de Infração e catalogadas nas planilhas (fls. 09 a 20, da informação fiscal).

Nas planilhas constam também, segundo a defesa, a informação da folha do PAF onde se encontra a cópia da nota, para que seja consultada de forma rápida, restabelecendo, assim, a organização do processo.

Por esses aspectos, frisa o pedido de nulidade por afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório fica inviabilizado, tendo em vista que a inexistência de critério e comprovação de valores, questionados pelo Autuado, foram sanados com a revisão fiscal.

Argumenta que a metodologia aplicada na revisão fiscal, para apuração do imposto, foi a mesma utilizada pela Autuante, apenas o valor da omissão ficou restrito às provas apresentadas nos autos. Por isso, o valor do ICMS - Simples Nacional, em 2009, foi inferior ao apurado pela Autuante.

Para esclarecimento deste item, destacou ainda, que foi calculado o imposto devido com base na omissão comprovada, através das cópias das notas fiscais e comprovantes de pagamentos acostados ao Auto de Infração, tudo detalhadamente explicado no item II.1.

Em 2009, afirma que foi apurado R\$11.513,98 que, somados aos R\$4.339,42, referentes a 2008, apurados pela Autuante, totalizam R\$15.853,40 de valor histórico do ICMS - Simples Nacional.

Entende também que no que se refere à aplicação das multas, foi possível observar o que está explicitamente ordenado na Resolução nº 30 do CGSN.

Art. 15. Aplicam-se aos tributos devidos pela ME e pela EPP, inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS.

Art. 16. O descumprimento de obrigação principal devida no âmbito do Simples Nacional sujeita o infrator às seguintes multas:

I - 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido (art. 44, I, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com a Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007);

II - 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou diferença do tributo não pago ou recolhido, nos casos previstos nos artigos 71 (sonegação), 72 (fraude) e 73 (conluio) da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964 (art. 44, I e § 1º, da Lei nº 9.430, de 1996, e com a Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007), independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Quanto a este item, assegura que o Autuado considera que “a fiscalização não diferenciou a punição imposta sobre as mercadorias tributadas e as não-tributadas, o que é um completo absurdo”.

Por se tratar de contribuinte optante pelo Simples Nacional, consigna que o ICMS devido será calculado em função da receita bruta auferida, ou recebida no mês, conforme prevê o § 3º do art. 18 da Lei Complementar nº 123/06.

Portanto, em princípio, afirma que todas as mercadorias serão tributadas, porque o cálculo do imposto, segundo a regra supracitada, ocorre sobre a receita bruta apurada no mês com as vendas de mercadorias.

Aduz que, se o contribuinte comercializa produtos da substituição tributária, ou opera com exportação, caberá a redução do ICMS - Simples Nacional, na forma prevista nos §§ 12º, 13º e 14º (inciso I, alínea c), do art. 18 da Lei Complementar nº 123/06.

§ 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.

§ 12. Na apuração do montante devido no mês relativo a cada tributo, o contribuinte que apure receitas mencionadas nos incisos IV e V do § 4º deste artigo terá direito a redução do valor a ser recolhido na forma do Simples Nacional calculada nos termos dos §§ 13 e 14 deste artigo.

§ 13. Para efeito de determinação da redução de que trata o § 12 deste artigo, as receitas serão discriminadas em comerciais, industriais ou de prestação de serviços na forma dos Anexos I, II, III, IV e V desta Lei Complementar.

§ 14. A redução no montante a ser recolhido do Simples Nacional no mês relativo aos valores das receitas de que tratam os incisos IV e V do § 4º deste artigo corresponderá:

I - no caso de revenda de mercadorias:

a) ao percentual que incidiria sobre o montante total de receita, caso não houvesse nenhuma redução, previsto no Anexo I desta Lei Complementar, relativo à Cofins, aplicado sobre a respectiva parcela de receita referida nos incisos IV ou V do § 4º deste artigo, conforme o caso;

b) ao percentual que incidiria sobre o montante total de receita, caso não houvesse nenhuma redução, previsto no Anexo I desta Lei Complementar, relativo à Contribuição para o PIS/Pasep, aplicado sobre a respectiva parcela de receita referida nos incisos IV ou V do § 4º deste artigo, conforme o caso;

c) ao percentual que incidiria sobre o montante total de receita, caso não houvesse nenhuma redução, previsto no Anexo I desta Lei Complementar, relativo ao ICMS, aplicado sobre a respectiva parcela de receita referida nos incisos IV ou V do § 4º deste artigo, conforme o caso.

Salienta ainda, que a empresa BONOBAIRRO SUPERMERCADO LTDA., comercializa, também, produtos da substituição tributária e declarou na DASN as receitas auferidas com as vendas desses produtos. Portanto, entende que faz jus à redução prevista acima. A aludida redução foi

contemplada na metodologia de cálculo empregada, na qual a receita proveniente das vendas das mercadorias da substituição tributária foi segregada da receita total apurada mensalmente, para, então, estabelecermos a receita tributável.

Expõe assim, que os relatórios constantes das folhas 51 e 58, do PAF e da folha 44, da informação fiscal, resultantes do procedimento fiscal da Autuante e do revisor, respectivamente, demonstram que a receita da substituição tributária foi excluída da base de cálculo do imposto.

Alinha que, dessa forma, em 2009, foi calculado imposto devido que, deduzido do ICMS declarado/recolhido pelo contribuinte, ainda restou diferenças a recolher. Afirma que essas diferenças foram separadas por infração e aplicadas as multas que lhes correspondem, de acordo com a previsão legal do artigo 16 da Resolução nº 30 do CGSN.

Por todo o exposto, conclui que tendo em vista a juntada de relatórios e demonstrativos referentes à nova apuração do débito, sugere que se abra vista à Autuada para que, querendo, se pronuncie dentro do prazo regulamentar.

O sujeito passivo, devidamente intimado para se manifestar em relação à informação fiscal, no prazo de 10 dias da revisão, à fl. 1569 dos autos, não mais o fez.

VOTO

O presente lançamento de ofício traz a exigência de 2 infrações por descumprimento de obrigação principal, relativas ao sujeito passivo que é inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional.

Verifico, preliminarmente, não caberem as arguições de nulidades alinhadas pelo impugnante, pois a revisão teve o cuidado de só considerar para o cálculo do imposto devido os valores efetivamente comprovados pela Autuante, através das cópias das notas fiscais anexadas aos autos e catalogadas nas planilhas às fls. 1262 a 1273 dos autos, bem como nas aludidas planilhas constam a informação da folha do PAF onde se encontra cada cópia da nota para que seja consultada de forma simples e rápida, estabelecendo a clareza e organização do processo, questões consignadas destacadamente pela autoridade fiscal que contraditou a defesa, com a ciência posterior do impugnante, não cabendo alegação de desconhecimento das notas, bem como foram fornecidas explicações para todos os cálculos e procedimentos adotados.

Assim, com reabertura do prazo defensivo, a nova apuração do ICMS e redução do valor exigido, o revisor não deixou dúvidas ou questões sem explicações, vez, inclusive, que o sujeito passivo não mais se insurge após a ciência da revisão.

A apresentação das planilhas que contêm as notas fiscais de compras não escrituradas no LRE, nas quais são relacionadas somente as cópias legíveis, apontando a folha do PAF com indicação apenas das notas fiscais que foram acostadas aos autos. As demais arguições de nulidade apontadas pelo impugnante, inclusive quanto aos totais da coluna G do anexo III, serão melhor analisadas quando do enfrentamento do mérito, tendo em vista ser essa a natureza das mesmas.

A revisão (informação fiscal), quanto ao específico questionamento do sujeito passivo, no que alude a Coluna G do anexo III, realmente consta o apurado pela autuante no valor de R\$142.815,72, no mês 05/2009, contudo o revisor refez o levantamento e só manteve as notas fiscais comprovadas, legíveis e constantes dos autos, passando a totalizar o valor de R\$27.742,72 (fls. 29, da informação fiscal, fl. 1282 dos autos), não mais questionada pelo sujeito passivo.

Explica o Agente designado quanto ao cálculo do imposto devido com base na omissão comprovada que utilizou a mesma metodologia de cálculo empregada pela Autuante, através do programa AUDIG, determinando a nova receita mensal tributável, que foi submetida às alíquotas do Anexo I da Lei Complementar nº 123/06, para cálculo do imposto devido.

Quanto aos questionamentos relativos à forma como foi encontrada a receita bruta para estabelecer a alíquota aplicada, a exemplo dos meses de dezembro/2008 (R\$309.390,48) e janeiro/2009 (R\$965.419,40), informa corretamente o Agente designado que os valores das RBA's (Receita Bruta Ajustada) foram calculados com base no § 2º do art. 18 da Lei Complementar nº 123/06, já reproduzido na informação fiscal.

Conforme alinhado na aludida informação, o § 2º do art. 18 da Lei Complementar nº 123/06 trata da RBA **proporcionalizada**, situação em que se enquadra o contribuinte.

“A empresa BONOBAIRRO SUPERMERCADO LTDA., optou pelo Simples Nacional em outubro/2008, quando deu início às suas atividades comerciais. Logo, entende que no mês de dezembro/2008, para o cálculo da receita bruta acumulada, o contribuinte não possuía doze receitas; apenas duas, a de outubro e a de novembro, respectivamente R\$0,00 e R\$ 51.565,08.”

A RBA (Receita Bruta Ajustada) deve ser calculada proporcionalmente, conforme orienta o § 2º acima.

“Assim, para calcular a RBA do mês 12/2008, deve-se encontrar, primeiro, a receita média entre os meses de outubro e novembro: $(0 + 51.565,08) / 2 = 25.782,54$. Este valor será proporcional para 12 meses: $25.782,54 \times 12 = 309.390,48$.”

“Para janeiro/2009, salienta a ocorrência do mesmo procedimento: receita média de outubro, novembro e dezembro de 2008: $(0 + 51.565,08 + 189.789,77) / 3 = 80.451,62$. Aqui, novamente, foi proporcionalizado para 12 meses: $80.451,62 \times 12 = 965.419,40$. Desse modo, os valores das RBA's utilizados no procedimento fiscal da Autuante estão em conformidade com a previsão legal supracitada.”

Verifico que só foi considerado para o cálculo do imposto devido o valor efetivamente comprovado pela Autuante, através das cópias das notas fiscais anexadas ao Auto e catalogadas nas planilhas, às fls. 1262 a 1273 dos autos, conforme alinhado pela revisão com ciência do impugnante.

Foi calculado o imposto devido com base na omissão demonstradas, através das cópias das notas fiscais e comprovantes de pagamentos acostados ao Auto de Infração, conforme já alinhado acima na preliminar de nulidade e explicado pelo revisor, às fls. 1255 a 1258 dos autos, item II.1.

No que alude a aplicação das multas, verifico que está explicitamente ordenado na Resolução nº 30 do CGSN, conforme já reproduzido pelo Agente de Tributos em sua informação fiscal, ou seja, relativa ao art. 15, 16, I, II, respectivamente, 75% e 150%, não havendo qualquer violação a lei estadual, visto que as aludidas multas são aplicadas em consonância com a referida Resolução, não sendo aplicáveis ao presente caso as multas previstas pela Lei nº 7014/96.

Em relação ao pedido de redução das multas ou cancelamento não cabe competência a esse órgão fracionário do CONSEF/BA, que têm a discricionariedade, apenas para cancelar ou reduzir as multas por descumprimento de obrigação acessória, na forma do § 7º do art. 42 da Lei nº 7014/96 e Art. 158 do RPAF/BA.

Quanto à acusação de que a fiscalização não diferenciou a punição imposta sobre as mercadorias tributadas e as não tributadas, por se tratar de contribuinte optante pelo Simples Nacional, consigna que o ICMS devido será calculado em função da receita bruta auferida, ou recebida no mês, conforme prevê o § 3º do art. 18 da Lei Complementar nº 123/06, por conseguinte, todas as mercadorias serão tributadas, porque o cálculo do imposto, segundo a regra supracitada, ocorre sobre a receita bruta apurada no mês com as vendas de mercadorias.

O acórdão, desse CONSEF/BA, trazido aos autos pelo impugnante, se refere às multas por descumprimento de obrigações acessórias, não aplicáveis a presente infração que é por descumprimento de obrigação principal.

Caso o contribuinte comercialize produtos da substituição tributária, ou opere com exportação, cabe a redução do ICMS - Simples Nacional, na forma prevista nos §§ 12º, 13º e 14º (inciso I, alínea “c”), do art. 18 da Lei Complementar nº 123/06.

No caso em lume, o sujeito passivo comercializa, também, produtos da substituição tributária e declarou na DASN as receitas auferidas com as vendas desses produtos. Portanto, faz jus à redução prevista acima. A aludida redução foi contemplada na metodologia de cálculo empregada, na qual a receita proveniente das vendas das mercadorias da substituição tributária foi deduzida da receita total apurada mensalmente, para, então, estabelecer a receita tributável.

Os relatórios constantes das folhas 51 e 58 do PAF e da folha 44, da informação fiscal, resultantes do procedimento fiscal da Autuante e do revisor, respectivamente, demonstram que a receita da substituição tributária foi excluída da base de cálculo do imposto.

Em 2009, foi calculado imposto devido que, deduzido do ICMS declarado/recolhido pelo contribuinte, ainda restaram diferenças a recolher. As diferenças foram separadas por infração e aplicadas as multas que lhes correspondem, de acordo com a previsão legal do artigo 16 da Resolução nº 30 do CGSN.

Verifico que, diante das explicações e retificações efetuadas pelo Agente Revisor, o sujeito passivo ao ser intimado, com abertura do prazo para se manifestar de 10 dias, não mais entendeu necessário fazê-lo.

Assim, após a revisão da infração 1 a mesma foi reajustada no exercício de 2009 para os valores constantes à fl. 1299, na coluna (K) que indica mês a mês os valores devidos, totalizando o ICMS para essa infração no valor de R\$667,36, que somado aos valores originalmente devidos em dezembro de 2008 no total de R\$1.999,86 (não questionado e não modificado), conforme consta à fl. 53 dos autos, passando a infração 1 a totalizar o valor de R\$2.667,22, bem como para infração 2, o total devido no exercício de 2009, constante da mesma planilha, à fl. 1299, indica, também, mês a mês apurando o total de R\$10.846,61, que somados a dezembro de 2008, originalmente reclamado e não contestado, sem alterações, no valor de R\$2.339,57, totaliza para a infração 2 o valor de R\$13.186,18.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que passa a totalizar o valor de R\$15.853,40.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **022250.0007/11-3**, lavrado contra **BONOBairro SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$15.853,40**, acrescido da multa 75% sobre R\$2.667,22 e 150% sobre R\$13.186,18, previstas no art. 35 de LC 123/06; e no art. 44, I e §1º da Lei Federal nº 9430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das sessões do CONSEF, 12 março de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR