

**A. I. Nº** - 152605.0206/12-6  
**AUTUADO** - EDVALDO DE BRITO  
**AUTUANTE** - AILTON DE OLIVEIRA SANTOS  
**ORIGEM** - INFAZ SANTO AMARO  
**INTERNET** - 07/02/2013

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0015-03/13**

**EMENTA:** ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLIMENTO EFETUADO A MENOS. Infração comprovada, de acordo com o demonstrativo elaborado pelo autuante. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. NOTAS FISCAIS NÃO DECLARADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Presume-se a ocorrência de operações sem o pagamento do imposto sempre que for identificada a entrada de mercadorias ou bens não registrada. Infração subsistente. Os cálculos foram refeitos, mediante revisão efetuada pelo autuante. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 31/05/2012, refere-se à exigência de R\$51.813,25 de ICMS, acrescido das multas de 75% e 150%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor, no período de fevereiro de 2008 a junho de 2010. Valor do débito: R\$7.659,96. Multa de 75%.

Infração 02: 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, no período de fevereiro de 2008 a dezembro de 2010. Valor do débito: R\$44.153,29. Multa de 150%.

O autuado apresentou impugnação às fls. 155 a 176, alegando que de acordo com o art. 18, § 3º, da Lei Complementar nº 123/2006, o contribuinte calculará mensalmente os impostos de forma unificada sobre a receita bruta auferida no mês, no caso do Autuado, são as receitas decorrentes das vendas de mercadorias adquiridas de terceiros. Comenta sobre o significado do termo “mercadoria” e diz que as aquisições de bens destinados à venda denominam-se de “mercadorias”, e quaisquer outros bens adquiridos, sejam para consumo do próprio estabelecimento ou ativo imobilizado, estarão fora do campo da incidência do sistema unificado de pagamento de impostos e contribuições, denominado de “Simples Nacional”. Afirmar que após análise do presente lançamento tributário, no valor de R\$ 44.153,29, verificou que neste valor foram incluídas as aquisições dos bens destinados ao ativo imobilizado da empresa, relacionados no Anexo 1, intitulados de mercadorias e as aquisições de mercadorias registradas no livro Registro de Entradas. Diz que a atividade da empresa é o comércio varejista de produtos alimentícios, e anexa os comprovantes de inscrição no CNPJ dos fornecedores cujas atividades estão compreendidas no CNAE – Código Nacional de Atividades Econômicas sob o número 29.10-7-01 - Fabricação de automóveis, camionetas e utilitários e 29.30-1-01 - Fabricação de cabines, carrocerias e reboques para caminhões. Entende que em relação às compras para o ativo imobilizado, os documentos das aquisições devem ser excluídos do rol das chamadas “mercadorias” intituladas pelo autuante, conforme quadro que elaborou, indicando as NFs

207512, 105681, 105682, 2830, 87531. Em seguida, o defendente diz que identificou as notas fiscais das aquisições das mercadorias para venda, que segundo o autuante, não constam regularmente registradas no livro Registro de Entradas. Assegura que no mencionado livro constam os lançamentos das notas fiscais que relacionou, as quais foram anexadas aos autos e que o autuado entende que se encontram equivocadamente relacionadas no Anexo 1, do Auto de Infração, sob a denominação de “NF’S NÃO REGISTRADAS NO LRE”. Afirma que, estando comprova a alegação defensiva, estas notas fiscais precisam, também, ser excluídas da autuação fiscal. O defendente afirma que os demonstrativos que acostou aos autos expressam os fatos verdadeiramente ocorridos, sobre as compras de bens para o ativo imobilizado e sobre as notas fiscais que estão lançadas no livro Registro de Entradas, e outra alternativa não há, senão a de recalcular os demonstrativos para que se apurem os valores dos débitos que o autuado efetivamente deve, conforme planilhas que elaborou, relativamente aos exercícios fiscalizados.

Quanto à infração 01, por se tratar de uma infração reflexiva as determinações dos valores dependiam parcialmente dos novos valores encontrados para a infração 02, está comprovado que os equívocos ocasionaram erros pontuais, modificando o valor da infração, conforme demonstrativo que elaborou. O defendente faz as seguintes observações:

- a) A partir de junho de 2009, os valores apresentados nos demonstrativos foram negativos, portanto não há crédito tributário a reclamar.
- b) Todos os demonstrativos apresentados seguiram toda a metodologia empregada pelo Agente de Tributos.
- c) Apresenta demonstrativo de débito após as correções efetuadas, com a exclusão das notas fiscais de compras para o ativo imobilizado e as notas fiscais lançadas no livro Registro de Entradas.
- d) Conclui que o valor do débito ficou assim distribuído: Infração 1: R\$ 88,82; Infração 02: R\$ 5.544,15. Total do Auto de Infração: R\$ 5.632,97

Pondera o autuado sobre a descabida aplicação da multa de 150% para a infração nº 02, alegando que o autuante entendeu que o impugnante praticara crimes previstos na legislação tributária de regência de sonegação fiscal ou fraude, cuja penalidade é a duplicação da multa, conforme prevê o § 1º, do art. 44, da Lei nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07. Entretanto, observa que o autuante não juntou provas da prática dos crimes acima mencionados, e pede a esta junta de Junta de Julgamento Fiscal a descaracterização da referida penalidade, por falta de qualquer indicio material dos crimes atribuídos ao autuado. Por fim, assegura que não resta outra alternativa a não ser a de decretar a procedência Parcial do presente Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 283 a 291 dos autos, comentando sobre a origem e aplicação dos recursos que compõem o patrimônio de uma empresa. Fala sobre a fonte dos recursos, afirmando que é simples entender porque o Ativo será sempre igual ao Passivo, e que a empresa só pode aplicar aquilo que tem origem.

Quanto à infração 02, diz que, “por definição, produto é resultado de uma produção, quando disponibilizado a um mercado ou público para compra, venda ou aquisição passa a ser mercadoria. A expressão *balanço* decorre do equilíbrio: Ativo = Passivo + PL, ou da igualdade: Aplicações = Origens”. Comenta sobre o fato gerador do ICMS, reproduz o art. 2º e seu § 3º do RICMS/97, e conclui que, “Diante das entradas de mercadorias e bens não registradas no LRE, presumiu-se Aplicação de Recursos desprovida de Origem de Recursos, utilizando o Roteiro Omissão de Entrada, concluiu-se Omissão de saída de mercadoria tributada, e o pertinente lançamento do crédito tributário”.

Sobre a infração 01, afirma que o autuado deixou de recolher parte do ICMS devido a erro na informação da receita, em razão da omissão de saída de mercadoria tributada, constatada pela omissão de entrada, conforme demonstrativos às fls. 10 a 39 do PAF. Transcreve os arts. 35 e 44

da Lei Complementar 123/2006, e informa que foram constatadas inconsistências nos demonstrativos anexados ao presente PAF (fls. 10 a 39), por isso, os cálculos foram refeitos, e confeccionados novos demonstrativos: Anexo 1 – Notas Fiscais não Registradas no LRE (NF-E/CFAMT/SINTEGRA), Anexo 2-A – Resumo – Diverg. Omissão de Saída pela Entrada, Anexo 3 – Comparativo Receita Apurada (Vendas Emitidas + Omissão de Saída pela Entrada) X Receita DASN, Anexo 4 – Análise ICMS do Simples Nacional a Reclamar, Cópias das Notas Fiscais não Registradas no LRE, referente período fiscalizado 01/01/2008 a 31/12/2010. Diante dos valores apurados nos novos demonstrativos, informa que o valor total do presente Auto de Infração fica alterado para R\$ 34.334,67.

Intimado da informação fiscal, o defendente se manifestou às fls. 407 a 410 do PAF, alegando que de acordo com a legislação de regência, as empresas optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional não estão obrigadas à escrituração contábil. Diz que o cerne da questão, conforme alegação do autuante, é a origem da comprovação dos recursos para a compra dos caminhões. Reproduz o § 3º do art. 2º do RICMS/BA e diz que acostou aos autos cópias dos contratos de financiamentos dos veículos, e que não se pode alegar que houve ingresso de recursos de origem desconhecida. O autuado afirma que mantém as alegações constantes na peça defensiva. Pede a juntada aos autos das comprovações apresentadas e que as compras de material de consumo, em particular, as peças para manutenção dos veículos sejam também excluídas do rol das mercadorias. Pede a procedência parcial do presente Auto de Infração, nos termos da defesa inicial.

O autuante prestou nova informação fiscal às fls. 425 a 427, dizendo que os livros obrigatórios para as empresas integrantes do Simples Nacional, são livro Caixa, livro Registro de Inventário e livro de Registro de Entradas, juntamente com as Notas fiscais de aquisições. Diz que os pagamentos não registrados embasam a mensuração da real posição financeira do contribuinte. Cita o art. 2º, § 3º do RICMS/97. Informa que diante das entradas de mercadorias e bens não registrados no livro Registro de Entradas, presumiu-se a aplicação de recursos desprovida de origem desses recursos. Utilizando o roteiro de Omissão de Entrada, concluiu-se que houve omissão de saída de mercadoria tributada, sendo efetuado o pertinente lançamento do crédito tributário. Diz que o defendente acostou aos autos cópias dos contratos dos financiamentos, demonstrando as origens das aquisições dos veículos e acessórios, com recursos provenientes de instituições financeiras (fls. 411 a 418). Que não consta no livro de Registro de Entradas de Mercadorias (Páginas 184 a 273) a escrituração das Notas Fiscais de Aquisições de Mercadorias e Bens (fls. 301 a 329) também não constando registro no livro Caixa (fls. 429 a 442) referente aos pagamentos dos recursos provenientes das instituições financeiras. Mantém a autuação, nos termos da Informação Fiscal às fls. 283 a 291.

## **VOTO**

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 ao item 1º.

O 2º item do Auto de Infração trata de omissão de saída de mercadoria tributada presumida, apurada por meio de notas fiscais de entradas não declaradas pelo autuado, em confronto com o livro Registro de Entradas, no período de fevereiro de 2008 a dezembro de 2010.

Com base no livro Registro de Entrada fornecido pelo contribuinte, foi realizada a Auditoria denominada AUDIG, apurando mês a mês as compras realizadas pelo contribuinte, confrontando com as informações disponíveis nos sistemas da SEFAZ. Foi constatada a presunção de omissão de receita, apurando-se a receita real do estabelecimento através do somatório das notas fiscais emitidas e as divergências apuradas pelas entradas.

Neste caso, conforme prevê 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.

Vale salientar, que de acordo com o art. 2º, § 3º, inciso IV, do RICMS/97, vigente à época dos fatos, presume-se a ocorrência de operações sem o pagamento do imposto sempre que for identificada a entrada de mercadorias ou bens não registrada.

Como à época dos fatos geradores o autuado já estava inscrito no SIMPLES NACIONAL, na condição de empresa de pequeno porte, e como foi apurado imposto por presunção legal de que foi realizada operação de saída de mercadoria sem documentação fiscal, fica o contribuinte obrigado a recolher o tributo devido em decorrência da prática da infração apontada por meio do levantamento fiscal.

Observo que 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 autuado alegou que após análise do presente lançamento tributário, no valor de R\$ 44.153,29, verificou que neste valor foram incluídas as aquisições dos bens destinados ao ativo imobilizado da empresa e as aquisições de mercadorias registradas no livro Registro de Entradas. Diz que a atividade da empresa é o comércio varejista de produtos alimentícios, e que em relação às compras para o ativo imobilizado, os documentos das aquisições devem ser excluídos do rol das chamadas “mercadorias” intituladas pelo autuante, conforme quadro que elaborou, indicando as NFs 207512, 105681, 105682, 2830, 87531. O defendente também alegou que no livro Registro de Entradas constam os lançamentos das notas fiscais que relacionou, as quais foram anexadas aos autos e que se encontram equivocadamente relacionadas na autuação.

O autuante reconheceu que houve inconsistências nos demonstrativos anexados ao presente PAF (fls. 10 a 39), por isso, os cálculos foram refeitos, e confeccionados novos demonstrativos, apurando que o valor total do presente Auto de Infração ficou reduzido para R\$ 34.334,67, conforme demonstrativo de débito às fls. 289/291.

Vale salientar, que à fl. 176 do PAF, o autuado foi intimado da informação fiscal e dos novos documentos acostados aos autos pela autuante, constando na própria intimação assinatura do autuado, comprovando que recebeu cópia das fls. 55 a 135, 138/139 e 141 a 175 dos autos, e o defendente se manifestou apresentando os mesmos argumentos constantes da impugnação inicial, acrescentando que as empresas optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, não estão obrigadas à escrituração contábil. Diz que o cerne da questão, conforme alegação do autuante, é quanto à comprovação dos recursos para a compra dos caminhões. Acostou aos autos cópias dos contratos de financiamentos dos veículos, e afirma que não se pode alegar que houve ingresso de recursos de origem desconhecida.

Observo que embora o defendente tenha anexado aos autos os contratos de financiamentos dos veículos, a autuação foi efetuada em decorrência da falta de registro no livro fiscal próprio e a conseqüente declaração da aquisição dos veículos, o que resultou na cobrança do imposto por presunção legal de omissão de receitas. O autuante refez os cálculos de acordo com os novos demonstrativos elaborados, apurando que o valor total do presente Auto de Infração fica alterado para R\$ 34.334,66.

Quanto ao argumento defensivo de que não está obrigado a escriturar livros contábeis, e que por isso, não seria devido o imposto exigido no presente Auto de Infração, entendo que não assiste razão ao defendente, tendo em vista que não se trata de Auditoria Contábil, e sim apuração do total das compras declaradas pelo autuado, mês a mês, confrontando com as informações disponíveis nos sistemas da SEFAZ.

Concluo pela procedência parcial deste item da autuação fiscal, acatando os novos demonstrativos elaborados pela autuante.

Infração 01: Recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor, no período de fevereiro de 2008 a junho de 2010.

Como já foi dito anteriormente, este item do Auto de Infração está relacionado ao item 2. Em virtude disso, os demonstrativos do item 2 são compartilhados com os deste item, e em tal situação, os documentos utilizados na elaboração dos demonstrativos do item 2 também se referem a esta infração.

No levantamento fiscal, o autuante adicionou às vendas declaradas os valores das notas fiscais não registradas e não declaradas pelo contribuinte, nos respectivos meses, apurando a receita, conforme coluna “j” dos demonstrativos às fls. 297, 335 e 372. Foi efetuada a segregação e apuração da omissão de receita de acordo com a proporcionalidade da receitas de mercadorias da substituição tributária (fls. 298, 336 e 373), 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 (fls. 300, 338 e 375 do PAF), sendo observadas as alíquotas constantes no Anexo 1 da referida LC 123/06.

De acordo com o § 4º do art. 18 da Lei Complementar 123 de 14/12/2006, o contribuinte deverá considerar destacadamente, para fins de pagamento do imposto: a) as receitas decorrentes da revenda de mercadorias; b) as receitas decorrentes da venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte; c) as receitas decorrentes da prestação de serviços, bem como a de locação de bens móveis; d) as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária; e) as receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou do consórcio previsto na referida Lei Complementar. Portanto, foi efetuada análise dos documentos do autuado, relativos ao Simples Nacional, sendo considerados no levantamento fiscal os valores declarados na DASN ou recolhido pelo contribuinte, conforme a coluna F do demonstrativo “ANÁLISE DO ICMS SIMPLES A RECLAMAR” (fl. 149 do PAF).

Quanto ao argumento do autuado de que comercializa produtos isentos da cobrança do ICMS, concordo com a informação do autuante de 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 Lei Complementar 123/87. Portanto, não há previsão para excluir operações com mercadorias isentas de ICMS.

Entendo que está caracterizada a infração apontada no Auto de Infração, sendo devido o imposto apurado no demonstrativo elaborado pela autuante, tendo sido apurado o débito considerando a condição do autuado como microempresa do Simples Nacional. Mantida a exigência fiscal.

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicados corretamente os percentuais de 75% e 150%.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$34.334,66, conforme demonstrativo de débito às fls. 289/291 do PAF.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **152605.0206/12-6**, lavrado contra **EDVALDO DE BRITO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$34.334,66**, acrescido da multa de 75% sobre R\$6.285,84 e 150% sobre R\$28.048,82, previstas no art. 35 da LC 123/06; art. 44, I e § 1º, da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de janeiro de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR