

**A. I. Nº** - 152240.0018/12-6  
**AUTUADO** - GILDAN COMÉRCIO DE HORTIFRUTIGRANJEIROS LTDA.  
**AUTUANTE** - ROBERTO FERNANDES GONÇALVES  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** 22.04.2013

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0069-04/13**

**EMENTA:** ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DE IMPOSTO. O objeto de tributação no Simples Nacional é a receita bruta auferida, nesta incluindo receita de venda de mercadoria isenta de tributação pelo regime normal. Valor reduzido por exclusão de presumida omissão de receita de venda elidida. 2. OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIA. ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS NO LRE. PRESUNÇÃO LEGAL. Infração elidida por comprovado registro tempestivo das entradas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE** Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado no dia 23/07/2012, exige ICMS no montante de R\$ 192.688,48, sob a acusação do cometimento das seguintes infrações:

Infração 1 –Deixou de recolher ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, devido por microempresa e empresa de pequeno porte –Simples Nacional. Valor: R\$ 53.363,60. Período: janeiro 2019 a dezembro de 2011. Multa de 75%, prevista no art. 35 da LC 123/2006 c/c art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07;

Infração 2 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entrada, confrontadas com a escrituração do livro Registro de Entradas. Valor: R\$ 139.324,88. Multa de 150%, prevista no art. 35 da LC 123/2006 c/c art. 44, I, §1º da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07.

Às fls. 1496-1504 o autuado impugna o auto de infração. Descreve os fatos e, em preliminar, argui a nulidade do lançamento alegando inobservância do devido processo legal e cerceamento ao direito de defesa, vez que o preposto da Fazenda Estadual não apresentou ao autuado os demonstrativos de fls. 64 a 106 em meio magnético.

Diz que os arquivos magnéticos copiados no CD recebido da fiscalização são imprecisos e não refletem os demonstrativos de fls. 64-106, contrariando o art. 8º, § 3º, do RPAF, que transcreve. Reforça seu entendimento com excertos doutrinários e transcrevendo o art. 18, II, do RPAF, solicita a nulidade da autuação.

Quanto ao mérito, alega que a falta de recolhimento de ICMS percebida pelo autuante (infração 1) se deve ao fato de comercializar, exclusivamente, com produtos hortifrutigranjeiros que por serem isentos ao teor do art. 14 do RICMS/BA, não podem compor a base de cálculo da contribuição do Simples Nacional nos termos do art. 18, §§ 20 e 21 da LC 123/06, conforme se pode ver em suas NF's-e de saída.

Sobre a infração 2, diz que o autuante ignorou os registros dos seus livros fiscais, pois, conforme cópia que junta aos autos (fls. 1506-1609), todas as notas fiscais objeto da autuação estão devidamente registradas nos livros de Entradas. Assim, diz faltar motivo para a autuação. Transcreve doutrinas nesse sentido e pugna pela improcedência da infração.

Conclui pedindo seja o AI julgado improcedente e que seja designado fiscal estranho ao feito para: a) constatar a natureza das operações certificadas nas notas fiscais, haja vista que apenas vende produtos isentos; b) verificar o registro das notas fiscais nos livros de Entrada dos exercícios 2010 e 2011.

Na informação fiscal (fls. 1613-1615), o autuante diz que os relatórios de fls. 64 a 106 foram entregues ao autuado conforme recibo de fl. 1493 e quanto à alegação de falta de entrega dos extratos do Simples Nacional, lembra que são documentos produzidos pelo contribuinte e, portanto, integram o seu arquivo de provas. A despeito disso, informa ter feito nova entrega dos demonstrativos e relatórios que acompanham o Auto Infração, estabelecendo novo prazo de defesa, conforme fl. 1493.

Com relação ao levantamento da base de cálculo para apuração do imposto esclarece que o ICMS é calculado em função da receita bruta auferida, ou recebida no mês, conforme § 3º do art. 18 da LC 123/06, nela incluindo a receita de venda de mercadoria isenta da normal tributação pelo ICMS.

Ao tempo que exclui o respectivo valor da base de cálculo do ICMS exigido pela infração 01 ajustado o valor exigido para R\$ 19.017,78 (2010) e R\$ 23.826,47 (2011), reconhece comprovado o registro tempestivo das notas fiscais objeto da infração 2 e, por isso, ela é improcedente.

Às fls. 1632-1635, o autuado se manifesta repisando as alegações defensivas e quanto à informação fiscal de fls. 1613-1615, reproduzindo seu art. 18, §§ 20 e 21, diz que a LC 123/06 traz específica previsão a respeito da redução proporcional da contribuição do Simples Nacional, quando o Estado concede isenção do ICMS, cujo valor a ser recolhido não integra o montante a ser partilhado com o respectivo Estado.

Alega que o autuante confunde a infração 1 com a 2, haja vista que ao abordar a respeito da comprovação de registro das notas fiscais constantes das folhas 64-97 no livro Registro de Entradas (fls. 1505-1609), diz que realizou novo levantamento fiscal em função da receita bruta auferida somente com a venda das mercadorias.

Diz que o levantamento fiscal apurado em função da receita bruta auferida somente com venda de mercadorias é a infração 1 e não a infração 2, cuja cobrança deve ser afastada por somente comercializar mercadoria isenta.

Aduz que os novos levantamentos do ICMS - Simples Nacional não coadunam com os valores apurados na ação fiscal, conforme se observa nas fls. 100-105. Nesse sentido, indaga qual o valor da infração 1: R\$ 53.363,60 ou R\$ 42.844,25?

Transcreve os art. 39, IV, “e” e “f” e 18, IV, “a” do RPAF, para dizer que os valores exigidos pela infração 01 restam imprecisos e duvidosos, pois o autuante apresenta dois levantamentos distintos do ICMS Simples Nacional, o que, segundo o Impugnante, nulifica a infração por não haver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e, por isso, pede que a infração 01 seja julgada nula e, no mérito, o AI seja julgado improcedente.

Às fls. 1640-1642 o autuante presta nova informação fiscal reafirmando a metodologia para cálculo do imposto devido no Simples Nacional (Anexo I da LC 123/06 c/c art. 18, §§ 3º, 12º, 13º e 14º, I, “c”).

Diz que no levantamento original detectou a falta de escrituração das notas fiscais objeto da infração 2, configurando, a princípio, uma presumida omissão de saídas de mercadorias. O valor dessas saídas presumidas se somou ao valor das receitas das vendas realizadas para compor a base de cálculo do imposto pelo Simples Nacional (infração 1). Como não há previsão para segregar receita de vendas de produtos isentos, toda receita foi tributada na infração 1 e as notas fiscais não escrituradas foram objeto da infração 2.

Explica que ficando provado que as notas fiscais foram escrituradas, a infração 2 deixou de existir e o valor dessas notas que constituíram as presumidas omissão de saídas foi excluído da base de cálculo da infração 1, nesta ficando as receitas das vendas que são tributáveis no Simples

Nacional, mesmo sendo provenientes de mercadorias isentas e, por isso, o valor devido pela infração 1 foi ajustado de R\$ 53.363,60 para R\$ 42.844,25, conforme os novos demonstrativos (fls. 1612-1629).

## VOTO

Defendendo-se do lançamento tributário, em preliminar, o Impugnante arguiu a nulidade do lançamento alegando inobservância do devido processo legal e cerceamento ao direito de defesa, vez que o preposto da Fazenda Estadual não apresentou ao autuado os demonstrativos de fls. 64 a 106 em meio magnético.

Disse que os arquivos magnéticos copiados no CD recebido da fiscalização são imprecisos e não refletem os demonstrativos de fls. 64-106, contrariando o art. 8º, § 3º, do RPAF, que transcreve. Reforça seu entendimento com excertos doutrinários e transcrevendo o art. 18, II, do RPAF, solicita a nulidade da autuação.

Portanto, em atenção ao art. 154 do RPAF, inicialmente devo dizer que compulsando os autos vejo que, ao contrário do expressado pelo Impugnante, o procedimento fiscal foi desenvolvido em plena normalidade obedecendo aos preceitos legais, em especial aos atinentes ao devido processo legal. O auto de infração contém os requisitos previstos nos arts. 15, 16, 19, 22, 26, 28, 39, 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF. Foram entregues ao contribuinte autuado cópia de todos os papéis de trabalho em três ocasiões, inclusive em meio magnético, conforme recibos de fls. 15 (por ocasião da ciência do auto de infração em 26/07/2012), 1493 (por ocasião da intimação para apresentação da defesa em vista de reabertura de prazo para tanto) e 1630 (intimação a cerca do ajuste do valor exigido por ocasião da informação fiscal), tendo ele estabelecido o contraditório utilizando seu amplo direito de defesa. Não tenho a fazer qualquer observação quanto ao método de fiscalização utilizado e as infrações autuadas são respaldadas na legislação tributária da Bahia, sendo o item 01 no art. 21, I e 02 no art. 18 e 26, I, todos da Lei Complementar 123/06, além do §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Desse modo, e conforme será mais apreciado na análise de mérito do lançamento tributário, afasto o pedido de nulidade pretendida, em especial por não haver possibilidade de subsunção nas hipóteses previstas no art. 18 do RPAF.

Quanto ao mérito, o Impugnante alegou que a falta de recolhimento de ICMS percebida pelo autuante (infração 1) se deve ao fato de comercializar, exclusivamente, com produtos hortifrutigranjeiros que por serem isentos ao teor do art. 14 do RICMS/BA, não podem compor a base de cálculo da contribuição do Simples Nacional nos termos do art. 18, §§ 20 e 21 da LC 123/06, conforme se pode ver em suas NF's-e de saída.

Razão não assiste ao Impugnante, pois a tributação de empresa comercial no Simples Nacional incide sobre a receita bruta auferida mensalmente mediante aplicação da tabela do Anexo I da Lei Complementar 123/06 (art. 18, 1º e 3º), devendo considerar (§ 4º), destacadamente, para fim de pagamento: I - as receitas decorrentes da revenda de mercadorias; 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. Portanto, para efeito de tributação pelo regime diferenciado do Simples Nacional, não há falar em vendas de mercadorias sem tributação ou isentas, uma vez que o objeto de tributação é a receita bruta auferida por vendas, não importando se a mercadoria é ou não tributável pelo ICMS no regime normal de tributação.

Na apuração do montante devido no mês relativo a cada tributo, o contribuinte que apure receitas mencionadas nos incisos IV (mercadorias da ST) e V (exportação) do § 4º do artigo 18 da LC

123/06, terá direito a redução do valor a ser recolhido na forma do Simples Nacional calculada nos termos dos §§ 13 e 14 deste artigo.

Os contribuintes devem prestar essas informações em sistema eletrônico de cálculo, têm caráter declaratório, constituindo confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos tributos e contribuições que não tenham sido recolhidos resultantes das informações nele prestadas; devendo serem fornecidas à Secretaria da Receita Federal do Brasil até o vencimento do prazo para pagamento dos tributos devidos no Simples Nacional em cada mês, relativamente aos fatos geradores ocorridos no mês anterior.

Na Bahia, as disposições de isenção ou redução da tributação a sujeitos passivos cadastrados no Simples Nacional previstas nos §§ 20 e 21, se traduzem em dispensa de pagamento de tributo aos que faturam até R\$ 144.000,00 no exercício, e tributação por valor fixo ao Microempreendedor Individual, o que não é o caso do contribuinte autuado.

Dizendo o mesmo de outra forma, observo que a infração 1 está assim descrita: “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”.

O art. 21, I, da Lei nº 123/06 reza que o autuado, inscrito no Simples Nacional, deve pagar os tributos devidos, 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.

Analisando os autos vejo que, vejo que o contribuinte cumpriu sua obrigação tributária no período fiscalizado dentro do regime do Simples Nacional, com base nas informações de receitas que prestou nas DASN's de fls. 17 a 63, elaboradas em programa específico (PGDAS) previsto no § 15 do art. 18 da Lei 123/06, juntadas aos autos pelo autuante, sem nada recolher de ICMS. Entretanto, fundando-se nas informações de receita por vendas de mercadorias a esta agregando no primeiro levantamento fiscal como presumida omissão de receita, os valores de notas fiscais de entradas de mercadorias inicialmente tidas como não registradas (demonstrativo de fls. 64-68 - 2010) e 77-97 - 2011), o autuante, conforme demonstrativos da auditoria (fls. 69-76 – 2010 e 98-105 – 2011) exigiu os valores originais desse auto de infração.

Pois bem, identificada essa omissão de receitas, pelo levantamento original se exigiu o ICMS a ela relativo pelo cometimento de duas infrações: **a)** a infração 1, código 17.01.1 correspondente à falta de recolhimento de ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional que, devido, o contribuinte não informou na receita tributável lançada no PGDAS (multa 75%) nem recolheu nos respectivos meses de competência do período fiscalizado, conforme demonstrativos de **fls. 76 e 105, coluna “ICMS Omissão de recolhimento/Recolhimento a menor”**; **b)** infração 02, código 17.03.01, também com precisa descrição no auto de infração, correspondente ao ICMS devido pela presunção de receita omitida, calculado com base nos percentuais concernentes ao ICMS no regime de tributação do Simples Nacional e apurado pelo confronto dos valores das notas fiscais tidas como não registradas, os quais se acham relacionados às fls. 64 a 68 e 77 a 97, cujo ICMS exigido acha-se demonstrado nas planilhas de fls. **76 e 105, coluna “ICMS Omissão de saídas pelas entradas”**.

Ora, tratando-se de presunção de omissão de receitas refletindo em ambas as infrações, observo que o art. 34 da Lei 123/06 reza que se aplicam às empresas enquadradas no regime de tributação do Simples Nacional todas as presunções de omissão de receitas existentes nas legislações dos

impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional e o § 4º do art. 4º da lei do ICMS da Bahia (Lei nº 7.014/96) prevê que salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar: **IV** - entradas de mercadorias ou bens não registradas.

Obviamente, como a presunção prevista no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 é relativa, pode ser elidida mediante provas documentais, o que foi feito pelo Impugnante trazendo aos autos cópia do Livro Registro de Entradas com registros de todas as notas fiscais objeto da autuação. Esta comprovação foi reconhecida pelo autuante que, corretamente, atestou a improcedência da infração 2 e, conseqüentemente, excluindo da base de cálculo da infração 1 o valor da elidida presunção de omissão de receita, ajustou o valor devido pela falta de recolhimento da receita tributável no Simples Nacional, tudo conforme os novos demonstrativos da infração (fls. 1618-1629), cujos valores indicados na coluna **“ICMS Omissão de recolhimento ou recolhimento a menor”** (fls. 1623 e 1629) acolho, tendo em vista o Impugnante estar vencido quanto à questão de direito que envolve o caso, além de ele nada ter apontado de irregular ou divergente quanto à questão de fato, mais especificamente quanto aos dados do levantamento fiscal ajustado.

Assim, por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, tendo em vista a subsistência da infração 1 no valor ajustado por ocasião da informação fiscal de fls. 1613-1615 (R\$ 19.017,78 para 2010 e R\$ 23.826,47 – demonstrativo fls. 1623 e 1629, coluna **“ICMS Omissão de recolhimento ou recolhimento a menor”**) e insubsistência por improcedência da infração 2.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **152240.0018/12-6**, lavrado contra **GILDAN COMERCIO DE HORTIFRUTIGRANJEIROS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 42.844,25**, acrescido da multa de 75% prevista no art. 35 da LC 123/2006 c/c art. 44, I, e §1º da Lei Federal 9.430/96, com a redução dada pela Lei nº11.488/07, 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, 02 de abril de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR