

**A. I. Nº** - 211329.0068/13-3  
**AUTUADO** - ECM COMÉRCIO HORTIFRUTIGRANJEIROS E TRANSPORTES LTDA - ME.  
**AUTUANTE** - ALEXINALDO DA SILVA LIMA  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 02.06.2014

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0090-02/14**

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OMISSÃO DE RECEITAS. SALDO CREDOR DE CAIXA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. Provada a falta de recolhimento do imposto decorrente da omissão de receitas apurada através do saldo credor de caixa, cujo imposto foi exigido mediante o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições – SIMPLES NACIONAL. Item subsistente. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. INFORMAÇÃO DA RECEITA A MENOS. Provado erro na informação da receita e alíquota aplicada a menor. Exigência subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração foi lavrado em 28/11/2013, para exigir o montante de R\$ 154.576,84, referente a duas infrações, conforme a seguir:

**INFRAÇÃO 1** – Omitiu receita comprovada pela falta de lançamento de pagamento de títulos (duplicatas, notas fiscais, recibos de despesa) no livro Caixa (Registro de Passivo Fictício), no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2011, com ICMS exigido de R\$141.176,24, relativo ao Simples Nacional, conforme levantamento e documentos às fls. 12 a 635 dos autos;

**INFRAÇÃO 2** – Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$13.400,60, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2011, conforme levantamento às fls. 12 a 635 dos autos.

Em sua defesa, às fls. 644 a 657 dos autos, o sujeito passivo inicialmente pugna pela nulidade do Auto de Infração em razão da ofensa ao princípio de legalidade e da ampla defesa, uma vez que o autuante não entregou ao autuado os demonstrativos da infração 1, o que fulmina a cobrança por cerceamento de direito de defesa.

No mérito, em relação à infração 1, ressalta que o autuante, considerando as despesas pagas e as receitas nos exercícios financeiros, compõe, supostamente, o fluxo caixa da empresa e concluiu pela existência de saldo credor na conta caixa. Contudo, o autuado diz desconhecer a procedência de muitas das despesas relacionadas pelo autuante decorrentes de aquisição de mercadorias, além de não ter o autuante considerado ou considerado a menor as receitas constantes das notas fiscais de saída e cupons fiscais, ou não ter considerado as receitas decorrentes de atividade não operacionais, tais como a venda de ativo imobilizado e empréstimos, cuja documentação comprobatória pugna pela posterior juntada. Diz, também, que o autuante desconsiderou que grande parte das mercadorias comercializadas é isenta, fato que lhe obriga a considerar da base de cálculo exigida (saldo credor)

tão somente o percentual de mercadorias sujeitas à tributação normal, segundo o princípio da proporcionalidade evocado na Instrução Normativa 56/2007.

Inerente à infração 2, diz que o fisco, ao retirar Extrato do Simples Nacional, percebeu que não havia qualquer valor recolhido de ICMS referente a parcela paga da contribuição do Simples Nacional. Contudo, destaca que sua atividade é comércio de produtos hortifrutigranjeiros que, ao teor do at. 14 do RICMS/97, são produtos isentos e não podem compor a base de cálculo da contribuição do Simples Nacional para fins de recolhimento do ICMS, nos termos do art. 18, §§ 20 e 21, da LC 123/2006. Assim, requer a nulidade ou a improcedência da ação fiscal.

Por fim, requer a nulidade da exigência fiscal ou, ao menos, reabra o prazo de defesa para que exerça seu direito de defesa e, ao final, no mérito, a improcedência do Auto de Infração.

O autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 663 a 665 dos autos, esclarece que o Sr. Denival Veloso dos Santos apresentou procuração, à fl. 635, o habilitando a representar o autuado e que o mesmo recebeu: via do Auto de Infração e tomou ciência (fl. 4); firmou declaração que recebeu a 3ª via do demonstrativo do débito e tomou ciência do seu teor (fl. 8); firmou declaração de que recebeu cópia dos Relatórios AUDIG referentes aos exercícios de 2009 a 2011 (fls. 43, 73 e 111) e, por fim, firmou recibo de mídia (CD) contendo doze arquivos eletrônicos com extensão pdf (fl. 112), autenticados digitalmente pelo padrão internacional MD5. Assim, conclui que os relatórios impressos recebidos pelo autuado são os mesmos relatórios que foram recebidos em meio eletrônico, só que subdivididos entre 12 arquivos constantes da mídia (CD).

Ressalta que o autuado protocolou sua defesa em 18 de dezembro de 2013, embora seu prazo expirasse em 6 de janeiro de 2014, alega que só tomou conhecimento dos demonstrativos após vistas aos autos, o que ocorreu em 11 de dezembro de 2013.

Diante de tais considerações, o autuante sugere que seja reaberto o prazo de defesa, se assim assentir os julgadores, para que não paire qualquer sombra de cerceamento de defesa.

## VOTO

No tocante à alegação preliminar de nulidade do Auto de Infração por violação ao princípio da legalidade e da ampla defesa, uma vez que o autuante não entregou ao autuado os demonstrativos da infração 1, o que fulmina a cobrança por cerceamento de direito de defesa, há de se ressaltar que incorreu qualquer violação aos princípios da legalidade e da ampla defesa, pois conforme dispositivos legais citados no Auto de Infração existe previsão legal para as exigências fiscais e todos os demonstrativos que fundamentam as exações fiscais foram entregues ao representante do sujeito passivo, Sr. Denival Veloso dos Santos, em 05/12/2013, conforme procuração à fl. 635 e recibos às fls. 4, 8, 43, 73, 111 e 112 dos autos. Assim, rejeito a preliminar de nulidade do Auto de Infração, pois o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte.

Ademais, em momento algum, se caracterizou o alegado cerceamento do direito de defesa, visto que o autuado demonstrou pleno entendimento de todas as acusações fiscais contra si, inclusive apresentando argumentos específicos sobre as acusações, a exemplo de: desconhecer despesas; de não ter o autuante considerado devidamente as receitas, inclusive de atividade não operacionais, cuja documentação comprobatória pugna pela posterior juntada, como também requerer a aplicação da proporcionalidade da base de cálculo exigida às mercadorias tributadas.

No mérito, o Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS, no valor total de R\$154.576,84, em razão da constatação de duas infrações, conforme documentos às fls. 12 a 111 dos autos, sendo a primeira decorrente da presunção legal de ocorrência de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, apurada por meio de saldo credor de caixa, conforme prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02, apurado dentro do tratamento diferenciado dispensado para o optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional,

estabelecido pelo art. 34 da Lei Complementar nº 123/06, implicando na falta de recolhimento do ICMS de R\$ 141.176,24, referente aos exercícios de 2009 a 2011, como também para exigir o valor de R\$13.400,60, em relação à segunda infração, por ter recolhido a menos o ICMS referente ao citado Simples Nacional, devido ao erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, que o contribuinte deixou de fazer, no citado período.

Há de se registrar que, conforme dito acima, se trata de uma presunção legal prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, cujo dispositivo foi recepcionado à legislação aplicada ao Simples Nacional, nos termos do art. 34 da Lei Complementar nº 123/06, o qual determina que “*Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional*”, o que demonstra a legalidade na cobrança do ICMS e suas penalidades através de Convênio entre os entes União e Estado da Bahia.

Por sua vez, o citado dispositivo legal (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96) prevê, dentre outras hipóteses, que a existência de saldo credor de caixa autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Sendo assim, o lançamento do crédito tributário está dentro dos ditames do ordenamento jurídico, por derivar de uma de *presunção legal* relativa, a qual cabe prova em contrário, de ônus da impugnante, cujas provas de que existem receitas não consideradas decorrentes de atividade não operacionais, tais como a venda de ativo imobilizado e empréstimos o autuado apenas pugna pela posterior juntada, sem, contudo, fazer até o presente momento.

Quanto à alegação do autuado de desconhecer a procedência de muitas das despesas relacionadas pelo autuante decorrentes de aquisição de mercadorias, há de se registrar que, além de não apontar quais os documentos a que se referem, tais notas fiscais foram lançadas no Registro de Entradas pelo próprio contribuinte, conforme podemos constatar, a título de exemplo, das notas fiscais de nº 8108, 412, 437, 2388, 603, 8130, 6501, 5405, 7115, 5425, 8251 e 21437, relacionadas às fls. 12 a 15 dos autos, as quais foram registradas no referido livro, às fls. 175 dos autos, cujos pagamentos consignados no fluxo de caixa foram respaldados por títulos pagos pelo próprio sujeito passivo aos seus fornecedores, conforme documentos às fls. 274 a 633 dos autos, os quais foram fornecidos pelo contribuinte ao autuante, conforme prova a intimação à fl. 10 dos autos.

Em consequência, o total mensal das receitas omitidas apuradas através de saldos credores do caixa, consoante fluxo de caixa às fls. 12 a 37; 44 a 67 e 74 a 105 dos autos, foi acrescido das receitas obtidas através dos valores consignados nas *notas e cupons fiscais* emitidos pelo contribuinte, conforme relação às fls. 38/39; 68/69 e 106/107 dos autos, do que se apurou os reais montantes das receitas de vendas mensais, cuja base de cálculo incidiu as alíquotas de ICMS, apuradas de acordo com a Receita Bruta Acumulada nos últimos 12 meses, conforme documentos às fls. 42, 70 e 110 dos autos, apurando-se o ICMS devido no período fiscalizado.

Assim, através do real montante de receita mensal apurada (receita declarada e omitida) resulta nova faixa de Receita Bruta Acumulada e percentuais incidentes sobre a nova Receita Mensal, apurando o ICMS devido e comparando ao recolhido, o que não ocorreu, apuraram-se os valores mensais a recolher, os quais foram segregados em falta de recolhimento do ICMS, com multa de 150%, em relação às receitas omissas apuradas através de saldo credor de caixa, e em recolhimento a menor do ICMS, com multa de 75%, em relação às receitas declaradas pelo contribuinte, valores estes vinculados, respectivamente, às infrações 1 e 2 do Auto de Infração, conforme demonstrado às fls. 43, 73 e 111 dos autos.

Assim, entendo correta a metodologia aplicada na ação fiscal para a apuração dos valores exigidos nas duas infrações. Contudo, deve-se aplicar a multa de 75% para as duas exações fiscais.

Quanto à alegação de que não foi considerada que grande parte das mercadorias comercializadas é isenta, o que obriga a aplicar à base de cálculo omitida tão somente o percentual de mercadorias

sujeitas à tributação normal, conforme proporcionalidade prevista na IN 56/2007, deve-se ressaltar que o artigo 24 da LC 123/06 estabelece que os optantes do Simples Nacional não poderão utilizar qualquer valor a título de incentivo fiscal.

Já o art. 18 da citada Lei prevê que o valor devido mensalmente será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I, tendo em seu parágrafo 3º estabelecido, respectivamente, que: “Sobre a receita bruta auferida no mês incidirá a alíquota determinada...”. Por sua vez, o § 4º do mesmo dispositivo legal determina que *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 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.*

Por fim, o art. 16 da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 94 disciplina que:

*Art. 16. A base de cálculo para a determinação do valor devido mensalmente pela ME ou EPP optante pelo Simples Nacional será a receita bruta total mensal auferida (Regime de Competência) ou recebida (Regime de Caixa), conforme opção feita pelo contribuinte. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, caput e § 3º)*

Portanto, verifica-se que, no caso de operação sujeita ao benefício fiscal da isenção, não existe previsão legal para ser considerada destacadamente no cálculo da receita bruta mensal, devendo ser incluída na receita de vendas, revendas ou de prestação de serviços.

Diante de tais considerações, subsiste a exigência do ICMS, conforme apurado na peça vestibular.

No tocante à segunda infração, o defendente apenas destaca que sua atividade é comércio de produtos hortifrutigranjeiros que, ao teor do at. 14 do RICMS/97, são produtos isentos e não podem compor a base de cálculo da contribuição do Simples Nacional para fins de recolhimento do ICMS, nos termos do art. 18, §§20 e 21, da LC 123/2006. Contudo, conforme já visto, as operações isentas compreendem da receita bruta mensal para efeito da apuração da base de cálculo do Simples Nacional.

Do exposto, voto PROCEDENTE o Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **211329.0068/13-3**, lavrado contra **ECM COMÉRCIO HORTIFRUTIGRANJEIROS E TRANSPORTES LTDA - ME**, devendo ser intimado a autuada para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$154.576,84**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da LC nº 123/06, c/c o art. 44, I, da Lei nº 9.430/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR