

A. I. Nº - 152536.0004/14-0
AUTUADO - CRISTIANE LEZAN BITTENCOURT AZULAY - ME
AUTUANTE - ANA RITA MACEDO DE AZEVEDO LOPES
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 06.06.2016

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0080-04/16

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Houve equivocada informação prestada pelo contribuinte à RFB, através dos PGDAS. Refeitos. os cálculos, tendo em vista a segregação incorreta pelo autuado das receitas decorrentes de operações, de venda de mercadorias incluídas na Substituição Tributária. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/12/2014, exige ICMS no valor de R\$26.045,10, pelo seu recolhimento a menor declarado ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor nos exercícios de 2012 e 2013.

Consta descrito no Auto de Infração no campo “Descrição dos Fatos”: *Em data, e local acima indicados, encerramos a fiscalização da empresa supracitada, em cumprimento à O.S. acima discriminada, tendo sido apurada a seguinte regularidade: A partir da fiscalização do Simples Nacional, no período de janeiro/2012 a dezembro de 2013, foi efetuado levantamento e elaborados demonstrativos com base na documentação apresentada pelo contribuinte, informações do sistema SEFAZ/TEF transferência eletrônica de fundos (informações fornecidas pelas Administradoras de Cartões de Créditos/Débitos) e nos dados contidos nos Extratos do Simples Nacional/ DEFIS. A diferença do ICMS a recolher foi verificada com base nos cupons fiscais emitidos e registrados na Memória Fita Detalhe-MFD dos ECFs – Emissor de Cupom Fiscal, arquivos apresentados em mídia pelo contribuinte e apurados através do sistema AUDIG (Auditoria Digital) da SEFAZ.*

O contribuinte apresenta defesa tempestiva ao lançamento fiscal (fls. 120/121). Após indicar a infração e a descrição dos fatos, conforme acima transscrito, diz ser o lançamento fiscal improcedente, pois carente de fundamentação jurídica, ao não foi informada a fundamentação da infração supostamente cometida.

Ressalta de que a autuante limitou-se a citar o art. 21, I, da Lei Complementar 123/06, qual seja: *Os tributos devidos, apurados na forma dos artigos 18 a 20 desta Lei Complementar deverão ser pagos; I - por meio de documento único de arrecadação, instituído pelo Comitê Gestor*, fato este que não questiona, já que assim procedeu em obediência ao quanto disposto na nominada Lei Complementar.

Salienta que a autuante informou, apenas, que havia recolhido o ICMS a menor devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, não demonstrando qual foi a verdadeira situação, se a receita ou a alíquota.

Que em qualquer momento restou demonstrada a clareza da suposta diferença. Apenas foram apresentadas planilhas de cálculos, sem mencionar ou mesmo tipificar qual o dispositivo da legislação infringido, o que demonstrava a carência de fundamentação para a lavratura do presente Auto de Infração.

Em assim sendo, esperava a improcedência do Auto de Infração por ser de inteira “justiça”.

Mas, por precaução, requer que sejam corrigidos os valores apresentados pela fiscalização, uma vez que os mesmos se encontram em desacordo com os cupons fiscais e extratos do Simples Nacional, conforme cópias das Declarações de Informações Socioeconômicas e Fiscais (DEFIS) e Extratos do Simples Nacional já que tais valores se referem às suas vendas de mercadorias com substituição tributária ou não incidência do ICMS.

Requer a improcedência total do Auto de Infração.

A autuante presta informação fiscal (fls. 125/127). Após transcrever a infração ora em debate e sintetizar os argumentos de defesa, apresenta os seguintes argumentos.

1. Transcreve os arts. 21, I e 18, §§ 1º e 4º da Lei Complementar nº 123/06.
2. Que após análise, a alegação do impugnante não procede. A diferença do ICMS a recolher foi decorrente de erro na segregação da receita, tendo sido apurada através dos cupons fiscais emitidos e registrados na Memória Fita Detalhe - MFD dos ECF's - Emissor de Cupom Fiscal, arquivos apresentados em mídia pelo contribuinte, conforme Termo de Arrecadação à fl. 09.
3. Informa que se encontram apensados aos autos demonstrativos comparativos da proporcionalidade da Substituição Tributária (fls. 26 e 36), onde resta comprovado o erro na segregação da receita, ficando demonstrada a grande diferença entre a receita da substituição tributária apresentada nas DASN's com as apuradas através Memória Fita Detalhe - MFD dos ECF's - Emissor de Cupom Fiscal.

Requer a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração exige o ICMS pelo seu recolhimento a menor declarado ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor nos exercícios de 2012 e 2013.

Embora entendido pelo impugnante como questão de mérito, seus argumentos, na verdade, são de nulidade da ação fiscal.

Finca ele dois pontos:

1. Ter havido falta de clareza da autuação (carência de fundamentação jurídica) já que, por ter obedecido fielmente as determinações do art. 21, I, da Lei Complementar 123/06, quando das suas declarações mensais à Receita Federal e os respectivos recolhimentos, não existia motivação para que o Auto de Infração nele tivesse embasamento legal.
2. Não saber, diante da acusação, qual seria a suposta diferença apurada, se das receitas ou da alíquota. Apenas foram apresentadas planilhas de cálculos sem mencionar, ou mesmo tipificar, qual o dispositivo da legislação infringido.

Ao analisar as peças processuais, o Auto de Infração foi lavrado, exatamente, tendo em vista a constatação do recolhimento a menos do imposto devido pelas empresas enquadradas no Simples Nacional. Em assim sendo as determinações do art. 21, I, da Lei Complementar nº 123/96 foram a corretamente sugeridas pela autuante.

O Simples Nacional embora seja “uma cesta de tributos”, englobando aqueles de competência da esfera federal, estadual e municipal, são eles apurados com base na receita bruta auferida pela empresa e indicados mensalmente cada um de *per si*. Sobre cada um deles é aplicado um percentual (“alíquota”) indicado na norma legal, que se baseia na receita bruta apurada para determinar o valor do imposto a ser recolhido.

A LC nº 123/96, com redação à época dos fatos geradores, determina para pagamento e cálculo do imposto devido (com grifos não originais):

Art. 21. Os tributos devidos, apurados na forma dos arts. 18 a 20 desta Lei Complementar deverão ser pagos:

I - por meio de documento único de arrecadação, instituído pelo Comitê Gestor;

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, será determinada 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 proporcionais 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 irretratável para todo o ano-calendário.

§ 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 de vendas 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; (grifo não original)

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 previsto 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 incidira sobre o montante total de receita, caso não houvesse nenhuma redução prevista no Anexo I desta Lei Complementar, relativo ao COFINS, aplicado sobre a respectiva parcela de receita referida nos incisos IV e V do § 4º deste artigo, conforme o caso;

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

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

Como se extrai das determinações legais acima transcritas, o contribuinte enquadrado no Simples Nacional, e em síntese para se ficar adstrito a presente lide, deve segregar toda a sua receita auferida com mercadorias sujeitas à substituição tributária e tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), bem como, em relação ao ICMS, antecipação tributária com encerramento de tributação mercadorias uma única etapa (monofásica), bem como, em relação ao ICMS, antecipação tributária com encerramento de tributação.

Quando do cálculo do imposto mensalmente devido, do total da receita auferida será deduzido percentual proporcional sobre as mercadorias assim enquadradas, o que acarreta redução do montante a ser recolhido do Simples Nacional.

O impugnante, de fato, seguiu, mensalmente, as determinações acima indicadas. Porém cometeu erro quando segregou as mercadorias com apuração do imposto normal e aquelas com fase de tributação encerrada, como se analisará quando do mérito a ser enfrentado, o que desaguou na

indicação do imposto a menos a ser recolhimento na forma do Simples Nacional, podendo acarretar, inclusive, a tomada de percentual (“alíquota”) a menor já que omitiu receitas nesta forma tributadas.

E com esta situação, a segunda colocação feita pelo impugnante deixa de ter pertinência.

No mais, o impugnante entendeu perfeitamente o que se esta a exigir, pois adentrou no ponto da autuação, ou seja, contesta os valores apresentados pela autuante quanto ás suas vendas de mercadorias com substituição tributária ou não incidência do ICMS.

Assim, o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributo com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivo infringido e em conformidade com os arts 39 a 41 do RPAF/BA. O método de fiscalização encontra-se descrito no Auto de Infração e nos papeis de trabalho que o autuado recebeu.

No mérito, o impugnante requer que sejam corrigidos os valores apresentados pela fiscalização, uma vez que os mesmos se encontram em desacordo com os cupons fiscais e extratos do Simples Nacional, conforme cópias das Declarações de Informações Socioeconômicas e Fiscais (DEFIS) e Extratos do Simples Nacional, já que tais valores se referem as suas vendas de mercadorias com substituição tributária ou não incidência do ICMS.

Para o deslinde da matéria ora em lide, necessário abordar como foi realizada a auditoria fiscal.

1. A autuante intimou a empresa a apresentar cupons fiscais emitidos e registrados na Memória Fita Detalhe - MFD dos ECF's - Emissor de Cupom Fiscal. Foram eles apresentados em mídia, conforme Termo de Arrecadação à fl. 09 e CD (fl. 108). De igual forma, buscou informações do sistema SEFAZ/TEF transferência eletrônica de fundos (informações fornecidas pelas Administradoras de Cartões de Créditos/Débitos) e nos dados contidos nos Extratos do Simples Nacional/ DEFIS.
2. Inicialmente comparou as informações apresentadas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito com as informações contidas nas Fitas Detalhes dos ECF's (fl. 17 e 27). Não houve diferenças a maior, ao contrário, nos ECF's foram constatadas vendas a maior nesta modalidade de pagamento do que aquelas informadas pelas administradoras.
3. Levantou todos os documentos fiscais fora do ECF emitidos pelo contribuinte (fls. 37/38 e documentos ás fls. 95/107).
4. De posse das receitas indicadas nos ECF's (através de cartões de crédito e/ou débito e outras formas de pagamento) apurou por mês, e para cada exercício fiscalizado, o total anual das vendas do contribuinte realizadas com documento fiscal (fls. 18 e 28). Constatou uma pequena diferença entre as vendas indicadas nos ECF's e aquelas declaradas nas PGDAS. Assim, no exercício de 2012 o contribuinte declarou nas DASN o valor anual (identificados mensalmente nos levantamentos fiscais) de R\$1.386.370,86 e de R\$2.027.010,23 para o exercício de 2013 (fl. 26, 36 e fls. 47/94). Foram apurados nos ECF's os valores de R\$1.387.366,95 e R\$2.031.869,60, respectivamente (fls. 18, 28).
5. Porém, ao analisar a segregação das receitas (mercadorias com apuração normal do imposto e aquelas enquadradas no regime da substituição/antecipação tributária e/ou isentas) para apuração do imposto mensal devido, constatou grande diferença (mensalmente) entre a receita da substituição/antecipação tributária apresentada nas DASN's com as apuradas através da Memória Fita Detalhe - MFD dos ECF's - Emissor de Cupom Fiscal. Como exemplos:

CONTRIBUINTE

Anualmente informou à Receita Federal venda de mercadorias enquadradas no regime da substituição/antecipação tributária com uma média na ordem de 75,2215% para o exercício de 2012 e de 71,0443% no exercício de 2013 (fls. 26 e 36).

Mensalmente e indico somente o mês de janeiro de 2012 e 2013, já que nos demais meses ele assim procedeu.

Janeiro de 2012 - das vendas de R\$87.049,62 informa à Receita Federal de que R\$68.514,51 se referiram á vendas de mercadorias na substituição tributária, correspondendo ao percentual de 78,7074% - PGDAS á fl. 47.

Janeiro de 2013 - das vendas de R\$150.563,37 informa à Receita Federal de que R\$103.536,16 se referiram á vendas de mercadorias na substituição tributária, correspondendo ao percentual de 68,7678% - PGDAS á fl. 71.

AUTUANTE

Analizando as Fitas Detalhes dos ECFs apresentadas pelo próprio contribuinte apurou:

As vendas da empresa com mercadorias enquadradas no regime da substituição/antecipação tributária foram, em média, na ordem de 48,4894% para o exercício de 2012 e de 46,1179% no exercício de 2013 (fls. 26 e 36).

Mensalmente e indicando somente o mês de janeiro de 2012 e 2013.

Janeiro de 2012 - das vendas de R\$87.043,07 (constantes nos ECFs), R\$43.335,50 se referiu á vendas de mercadorias na substituição tributária, correspondendo ao percentual de 49,7863% (fls. 18, 19, 20, 22 e 26).

Janeiro de 2013 - das vendas de R\$150.547,09 (constantes nos ECFs), R\$71.030,55 se referiu á vendas de mercadorias na substituição tributária, correspondendo ao percentual de 47,1816% (fls. 28, 29, 32 e 36).

Diante desta equivocada informação prestada pelo contribuinte à Receita Federal através das PGDAS (fls. 47/94), a fiscal autuante refez toda a apuração do imposto devido pelo impugnante e dentro da sistemática do Simples Nacional, apurando diferenças. Sobre elas, apurou o imposto, aplicando o correto percentual (“alíquota”) que deixou de ser recolhido pela segregação incorreta das mercadorias enquadradas no regime da substituição/antecipação tributária (fls. 22 e 32). E, neste momento ressalto, com base nas informações contidas nas Fitas Detalhes dos ECFs, cujas informações foram prestadas pelo próprio contribuinte.

Em assim sendo, cai por terra o argumento de mérito apresentado pelo defensor.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração no valor de R\$26.045,10.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **152536.0004/14-0**, lavrado contra **CRISTIANE LEZAN BITTENCOURT AZULAY - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$26.045,10**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 e art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - JULGADORA