

A. I. Nº - 210728.0051/15-2
AUTUADO - GABISA INDUSTRIAL LTDA. - EPP
AUTUANTE - MIRIAN SALINAS
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 11.10.2016

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0100-06/16

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. OMISSÃO DE RECEITA. NOTAS FISCAIS. FALTA DE INCLUSÃO NA RECEITA BRUTA NO PGDAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado do confronto entre as receitas com emissão de documentos fiscais e as receitas declaradas pelo autuado nos PGDAS, a omissão de receita apurada pela Fiscalização e, consequentemente, a base de cálculo do ICMS devido. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/12/2015, formaliza a exigência do ICMS no valor de R\$ 135.403,64 (centro e trinta e cinco mil, quatrocentos e três reais e sessenta e quatro centavos), acrescido da multa de 75%, prevista no inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96 c/c arts. 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06.

A infração de código nº 17.03.12, imputada ao autuado, referida no Sistema de Emissão de Autos de Infração (SEAI) como omissão de receita apurada através de levantamento fiscal - sem dolo, foi verificada no período de outubro de 2012 a maio de 2013.

No campo “Descrição dos Fatos”, a autuante registra que o contribuinte foi intimado por duas vezes a apresentar os livros obrigatórios aos optantes do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional, mas não o fez. Assinala também que o mesmo foi indicado pela Diretoria de Planejamento da Fiscalização, para sofrer ação fiscal, em função da discrepância constatada entre os valores de suas notas fiscais eletrônicas emitidas quando confrontados com os valores do ICMS declarados e recolhidos nas Declarações Anuais de Simples Nacional (DASN), atual Declaração de Informações Socioeconômicas e Fiscais (DEFIS).

Consigna a autuante, ainda no campo “Descrição dos Fatos”, que o contribuinte também omite o valor real das notas fiscais emitidas para o seu CNPJ, ficando constatado, inclusive, que os valores referentes às notas fiscais de entrada são superiores aos declarados na DEFIS como receita. Aduz que o trabalho da fiscalização foi concluído através dos bancos de dados da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (SEFAZ) e da Receita Federal do Brasil (RFB), sendo utilizado o Sistema de Auditoria Digital (AUDIG), na realização do cálculo a pagar de ICMS. Por fim, registra que, por ter extrapolado o limite de receita bruta de R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) para permanecer no Simples Nacional, o contribuinte foi excluído do Simples Nacional em maio de 2013, período em que foi finalizada a ação fiscal.

Às fls. 106 a 113, o contribuinte apresenta defesa, de forma tempestiva, subscrita por advogada com procuração nos autos à fl. 133. Na peça defensiva, após fazer uma síntese da demanda, discorre sobre a forma de arrecadação do Simples Nacional, regime de tributação no qual se encontra inscrito, e afirma ter regularmente adimplido e recolhido a totalidade de tributos devidos por esse regime de tributação simplificada. Em sequência, afirma que cumpriu todas as exigências da Lei e, assim sendo, o lançamento sobressalente pela diferença de alíquota realizada pela fiscalização não se perfaz regular, pois não há nenhuma prova no Auto de Infração que indique qualquer atitude que justifique a aplicação da diferença de alíquota.

Aduz que apesar da atividade exercida pelo impugnante não ser regulada pelo Regime de Substituição Tributária, o imposto foi indevidamente recolhido pelo remetente da mercadoria e remetido para o Estado da Bahia, conforme análise das notas fiscais. Desta forma, alega que, com a aplicação da alíquota do Simples Nacional, de forma integral, sem o desconto ou ressarcimento do crédito devido em relação ao ICMS substituído, houve uma dupla incidência tributária. Para comprovar a afirmação de que *“o objeto social do impugnante não é, e nem deveria ser, objeto de retenção na modalidade de substituição tributária”*, transcreve parecer exarado pela Diretoria de Tributação, no qual está consignado que os produtos “placa de granito” NCM 2516.12.00 e “placa de mármore” NCM 6802.21.00 não estão na substituição tributária. Com base no referido parecer, o impugnante conclui que *“deve o fisco estadual ressarcir o contribuinte, ora impugnante por todos os valores indevidamente recolhidos e, ao final, creditar o sobressalente na conta corrente da empresa”*.

Ao final da peça defensiva, solicita a total improcedência do crédito lançado no Auto de Infração, em face de ausência de responsabilidade tributária. Requer também a realização de diligência, para que seja corrigido o *quantum debeatur* a fim de descontar, dos valores autuados, os reflexos das diferenças apontadas. Requer, ainda, o afastamento da multa de 75%, por configurar situação de confisco.

Na informação fiscal, a autuante, fls. 208 a 210, reitera o conteúdo constante no campo “Descrição dos Fatos”, registrando o motivo pelo qual o contribuinte foi submetido à ação fiscal e o fato do mesmo não ter apresentado os livros ou documentos solicitados em intimações presenciais, mesmo com a dilatação de prazos, o que resultou nas Notificações Fiscais 921072.8060/15-8 e 921072.8059/13-3, decorrentes das infrações fiscais previstas nos incisos VII e VIII do art. 34 da Lei nº 7.014/96 e art. 108 da Lei nº 3.956/81.

Assinala que o contribuinte, em maio de 2013, excedeu o limite de receita bruta anual de R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) para permanência no Simples Nacional, sendo lavrado termo de exclusão da empresa desse regime, com a publicação da notificação de exclusão do Simples Nacional nº 05/2016 através do Diário Oficial da República Federativa do Brasil - Estado da Bahia em 28/01/2016, cópia anexada à fl. 213. Por esse motivo, a fiscalização se ateve até o período de exclusão do Simples Nacional - maio de 2013.

Aduz a autuante que durante a ação fiscal, realizou três diligências ao local da empresa, que desenvolve sua atividade industrial em um galpão de 200 m², com várias máquinas de beneficiamento para grandes pedras. Esclarece que o Auto de Infração resultou de informações consistentes fornecidas nos bancos de dados da RFB e da SEFAZ. Salaria que nos cálculos efetuados foram considerados os valores informados como substituição, com base na informação do próprio contribuinte nas DEFIS, conforme observado nos campos RECEITA COM SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA e RECEITA SEM SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, ICMS DASN RECOLHIDO, fls. 18 e 26, e notas fiscais eletrônicas apensadas nas mídias de fls. 96 e 98.

Entende a autuante que a diligência solicitada tem intenção protelatória, tendo em vista que o contribuinte não apresentou documentos e livros fiscais que possam justificar uma segunda fiscalização, também não informou quais valores apresentados no Auto de Infração e notas fiscais não são consistentes. Ressalta que o contribuinte em momento algum colaborou com a fiscalização e que omitiu informações aos fiscos estadual e federal, conforme se verifica nas DEFIS. Considera ainda ser descabida a exclusão da multa aplicada por ausência de justificativa plausível para a sua dispensa.

Desta forma, solicita o preposto fiscal que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Conforme se infere da análise dos presentes autos, trata-se de acusação fiscal de omissão de receita apurada através de levantamento fiscal - sem dolo, no período compreendido outubro de

2012 a de 2013, quando a ação fiscal foi finalizada em função da exclusão do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

Verifico que de forma equivocada a defesa registra, em preliminar, que o lançamento não se perfaz regular porque não há nenhuma prova nos autos que justifique a aplicação de diferença de alíquota. Segue afirmando que mesmo não sendo regulada pelo instituto da substituição tributária, teve o imposto indevidamente retido e recolhido pelo remetente. Essa constatação, diz o defendente, o faz concluir que com a aplicação da alíquota do Simples Nacional houve uma dupla incidência tributária, uma vez que a aplicação da alíquota foi feita de forma integral, sem o desconto ou ressarcimento do crédito devido em relação ao ICMS substituído.

Rebato a alegação de aplicação indevida de diferencial de alíquota, pois a natureza da autuação não versa sobre tal hipótese. Conforme se constata da descrição dos fatos e do enquadramento da infração, trata o Auto de Infração de “omissão de receita apurada através de levantamento fiscal - sem dolo” e que foi detectada através do confronto da soma dos valores de NF-e com os valores declarados no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - PGDAS.

Com relação à assertiva de que ocorreu dupla incidência tributária com aplicação da alíquota do Simples Nacional, de forma integral, sem o desconto ou ressarcimento do crédito devido em relação ao ICMS substituído, também contesto e entendo resultar de mais um equívoco do contribuinte. Sobre esse tema, a autuante esclarece, em sua informação fiscal, que nos cálculos efetuados foram considerados os valores informados como substituição, segundo informação do próprio contribuinte nas DEFIS.

Da análise das planilhas acostadas ao processo, observo que no levantamento fiscal a autuante adicionou à receita total, declarada em DASN (G), os valores das notas fiscais emitidas pelo contribuinte (B), cuja relação encontra-se acostada aos autos às fls. 28 a 52. Com esses dados, apura a receita parcial com emissão de documentos fiscais, conforme coluna “I” dos demonstrativos às fls. 12 e 20, que se constituiu na receita total apurada da empresa (N), uma vez que nesse roteiro de auditoria não foram consideradas as receitas com cartão de crédito. Foi efetuada a segregação e apuração da omissão de receita de acordo com a proporcionalidade das receitas de mercadorias da substituição tributária (M), demonstrativos às fls. 14 e 22, conforme estabelece o § 4º do art. 18 da Lei Complementar nº 123/06. Com a nova receita calculada é que foram apurados os débitos constantes na infração imputada ao contribuinte, sendo observadas as alíquotas constantes no Anexo 1 da referida LC nº 123/06 (G) e o valor do ICMS DASN ou recolhido (I), conforme demonstrativos às fls. 18 e 26.

Assim, com base nos demonstrativos acostados ao processo pela autuante, cujos dados são lastreados em Notas Fiscais emitidas pelo autuado, compiladas no banco de dados da SEFAZ e em informações declaradas à Receita Federal pelo próprio contribuinte, entendo não assistir razão ao sujeito passivo em solicitar a improcedência da autuação, baseando-se no fato de inexistir responsabilidade tributária, pois recolheu regularmente os valores relativos ao Simples Nacional. Nesse quesito, entendo pertinente invocar o mandamento insculpido no art. 143 do RPAF que, expressamente, estabelece que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação.

Sobre o pedido de diligência feito pelo impugnante, entendo que não tem como prosperar, considerando que o contribuinte se limitou a alegações genéricas e não traz ao processo nenhum dado substancial que justifique a sua realização, bem como não define os pontos e as diferenças que devem ser objetos de perícia. Ademais, considero que os elementos contidos nos autos são satisfatórios para formar o convencimento dos julgadores.

Não prospera também o pedido do sujeito passivo para afastar a multa de 75% (setenta e cinco por cento) sobre o montante principal. O contribuinte justifica o pleito afirmando que a multa tem caráter confiscatório e é inconstitucional, pois, no seu entender, fere o inciso IV do art. 150 da Constituição Federal, que transcreve em sua peça defensiva. Nesse ponto, esclareço existir

previsão legal para aplicação da multa em comento, estabelecida no inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96. Em adicional, registro que falece competência a este órgão colegiado a declaração de inconstitucionalidade, em consonância com os termos do art. 125, inciso I, da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981.

Por fim, após rebater as alegações defensivas apresentadas pelo autuado, que não trouxe aos autos elementos capazes de elidir a infração que lhe foi imputada, aliado ao fato de que, conforme ressalta o preposto fiscal, o Auto de Infração foi resultado de um trabalho de dados consistentes fornecidos no banco de dados da SEFAZ e RBF, entendo que a autuação resta caracterizada em sua totalidade.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210728.0051/15-2**, lavrado contra **GABISA INDÚSTRIA LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$135.403,64**, acrescido da multa de 75 %, prevista no inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96 c/c arts. 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO – RELATORA

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR