

**PROCESSO** - A.I. Nº 225058.0011/13-5  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e GILSON DE OLIVEIRA SILVA & CIA. LTDA. (SUPERMERCADO CUIABÁ) - ME  
**RECORRIDOS** - GILSON DE OLIVEIRA SILVA & CIA. LTDA. (SUPERMERCADO CUIABÁ) – ME e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0005-05/16  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 10/10/2016

#### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACORDÃO CJF Nº 0193-11/16

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES NORMAIS TRATADAS COMO SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Não foram consideradas as operações de devolução no cálculo da base de tributação do ICMS - PARTILHA do Simples Nacional. O art. 18, § 4º-A, I da LC nº 123/2006 não condiciona a segregação ao pagamento. Indeferido o pleito de diligência. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão de a Decisão proferida por meio do Acórdão 5ª JF nº 0005-05/16 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, que apresenta a peça de irresignação com respaldo no art. 169, I, “b” do citado Regulamento.

O Auto de Infração acima epigrafado foi lavrado no dia 19/12/2013 para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 117.527,03, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da Lei Complementar nº 123/2006, sob a acusação de falta de recolhimento, em razão de o autuado ter considerado receitas de vendas não sujeitas ao regime de substituição tributária como se sujeitas fossem, ou seja, como se o imposto já houvesse sido antecipadamente pago.

A Junta de Julgamento Fiscal (JF) apreciou a lide no dia 11/01/2016 e decidiu pela Procedência Parcial por unanimidade (fls. 853 a 861), nos termos a seguir transcritos.

##### “VOTO

*Preliminarmente, constato que o autuante descreveu detalhadamente os fatos objetos do presente lançamento de ofício, tendo apresentado os demonstrativos de débito, devidamente acompanhados dos valores que serviram de base para o cálculo do imposto apurado, conforme folhas 07 a 70. Entendo, portanto, que o PAF encontra-se adequadamente instruído.*

*Quanto ao mérito, a acusação fiscal consiste em falta de recolhimento decorrente da exclusão de receitas tributáveis da base de cálculo da sistemática do simples nacional. O autuado não negou o cometimento do ilícito, ao contrário, admite-o. Diverge, contudo, da metodologia levada a efeito pela autoridade fiscal para apuração da base de cálculo. Confessa e parcela parte do valor lançado, no montante de R\$ 38.170,00, conforme folhas 278 e 279.*

*Em sua informação fiscal, o autuante acata parte das razões defensivas, tendo reduzido o valor do débito para R\$ 50.130,87, conforme folha 288.*

*Após a realização de diligência, pela ASTEC, o valor apurado do débito foi reduzido para R\$ 38.563,42, conforme folhas 822 a 823 (ressalte-se o cometimento de erro material por parte do diligente ao operacionalizar a soma dos valores). Destaque-se que o valor apurado pela diligência tem a concordância do autuante, conforme folha 852.*

*Analisando os elementos do processo, é possível constatar que o valor confessado e parcelado pelo contribuinte diverge daquele apurado pela diligência, conforme demonstrativo abaixo.*

*[Planilha de fl. 860].*

*Os novos valores apurados pelo auditor diligente foram baseados na documentação acostada ao Auto de Infração, conforme relata à folha 822, alterando a apropriação das receitas relativas ao “frango/corte”, em cumprimento à diligência solicitada.*

*O autuado alega que os demonstrativos de apuração do simples nacional (utilizados pelo diligente) encontram-se com erro. Esquece-se, porém, que tais dados foram declarados pela empresa à Receita Federal e se encontram acostados ao processo às folhas 227 a 274.*

*Não basta, portanto, alegar o erro, mas faz-se imprescindível que especifique a informação incorreta, bem como que trate de corrigi-la, pois as informações constantes de sua escrita fiscal fazem prova contra a empresa.*

*Alega, igualmente, que não foram consideradas notas fiscais de devolução e de emissão própria, mas peca por não especificar a que documentos quer se referir, vertendo-se a sua alegação em simples negativa.*

*Entendo, portanto, que o autuado não se desincumbiu do seu ônus em especificar a sua contestação, identificando os documentos fiscais e as informações que estariam incorretas, na sua opinião. Diante de tal quadro probatório, entendo que deve prevalecer o demonstrativo fiscal elaborado pelo auditor diligente, conforme folhas 822 e 823, devendo-se, contudo, corrigir o valor total do demonstrativo para R\$ 38.563,42.*

*Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do presente Auto de Infração, no valor de R\$ 38.563,42, em conformidade com o demonstrativo de débito às folhas 822 a 823”.*

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estatuído no art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JJF nº 0005-05/16.

O sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 872 a 877, no qual inicia aduzindo a tempestividade da peça e informando ter reconstituído a apuração do imposto com base no Simples Nacional, de acordo com a metodologia descrita às fls. 873/874, bem como assinalando que na diligência efetuada pela ASTEC foram constatados pagamentos a maior em alguns meses e a menor em outros (fls. 874/875).

Nos fundamentos propriamente ditos da irresignação, que começam a ser apresentados à fl. 876, alega que a diferença entre o montante apurado pela Assessoria Técnica do Conselho e aquele reconhecido por si como devido e parcelado decorre da cobrança do ICMS nos meses em que ocorreram devoluções (R\$ 38.563,42 - R\$ 38.170,83 (fls. 822/823, 861 e 892)).

Alega ser injustificado o fato de a Decisão recorrida, tomando como supedâneo o fato de as notas não terem sido apresentadas nos fólios, não ter observado a necessidade de deduzir os valores relativos às devoluções. Sem indicar em que folhas, sustenta que o autuante juntou tais documentos aos autos.

Assevera que do CD de fl. 878 constam planilhas extraídas dos respectivos livros, com filtros destinados a discriminar precisamente as notas fiscais de devolução, juntamente com arquivos em PDF, referentes ao livro Registro de Entradas, motivo pelo qual pleiteia a realização de nova diligência pela ASTEC (quesitos à fl. 877).

Encerra requerendo o provimento do apelo e o funcionamento da PGE/PROFIS, no caso concreto, como fiscal da ordem jurídica.

A Procuradoria do Estado, no Parecer de fls. 882 a 889, da lavra do Dr. Raimundo Luiz Andrade, destaca que o autuante juntou informação detalhada às fls. 285 a 786, na qual reconheceu ter mensurado de forma equivocada a receita para a tributação do ICMS - PARTILHA do Simples Nacional, por não ter observado cuidadosamente as segregações de vendas referentes ao regime de substituição tributária, de acordo com a legislação que regula o Regime Simplificado.

Por exemplo, não observou que, nos termos do art. 18, § 4º, IV [§ 4º-A, I] da LC nº 123/2006, as receitas advindas das saídas de frangos e cortes - por estarem submetidas ao regime de substituição por antecipação -, não poderiam integrar a base de cálculo do imposto apurado.

Em sede de manifestação, o contribuinte não concordou com a alegação da autoridade

fiscalizadora, de que algumas entradas de frangos e cortes deveriam ser presumidas como internas, uma vez que não houve o recolhimento do ICMS-ST respectivo. O ATE utilizou tal assertiva, às fls. 286 a 288, para não deduzir da base de cálculo os valores das vendas relativas a essas entradas. A exclusão das receitas de operações sujeitas ao regime de substituição tributária, nos termos do art. 18, § 4º, IV [§ 4º-A, I] da LC nº 123/2006, não se condiciona ao pagamento.

A 2ª JJF, segundo o eminente procurador, no dia 24/10/2014, determinou a realização de diligência pela ASTEC/CONSEF para que, entre outras medidas, fossem excluídos todos os valores da coluna "FRANGO/CORTE" do somatório da coluna "TOTAL/NORMAL", passando a incluir o somatório da coluna "TOTAL/SUBS", o que resultou no Parecer ASTEC nº 13/2015, de fls. 822/823.

O sujeito passivo, ao se manifestar, assinalou ter reconhecido e parcelado a cifra de R\$ 38.170,83 (fl. 892).

A JJF converteu o feito em diligência para que o autuante tomasse ciência dos fatos. À fl. 852, o fiscal concordou com o resultado dos trabalhos da ASTEC.

Após sintetizar as ocorrências, o i. Parecerista assevera que o direito à ampla defesa e ao contraditório não fundamentam Recursos procrastinatórios, que objetivam apenas dificultar a atividade estatal de auferir as receitas derivadas necessárias à satisfação das necessidades públicas.

A súplica recursal cinge-se a repetir alegações já enfrentadas na primeira instância administrativa, razão por que opina pelo não provimento.

Juntados comprovantes de pagamento parcial às fls. 890 a 904.

## VOTO

Com fundamento no art. 147, I, "a" do RPAF-BA/1999, indefiro o pedido de diligência. Todos os elementos necessários para formar a convicção dos membros deste órgão colegiado estão presentes nos autos.

Início o julgamento com o Recurso Voluntário, cujo aspecto quantitativo se resume à diferença entre o valor parcelado pelo sujeito passivo (R\$ 38.170,83 (fl. 892)) e o julgado Procedente pela JJF (R\$ 38.563,42).

Segundo o recorrente, trata-se de devoluções não computadas nos levantamentos iniciais e na revisão de fls. 821 a 823.

Assinale-se que o i. diligente da ASTEC/CONSEF, conforme muito bem percebido pelo relator da instância de base, ao totalizar as quantias na planilha de fls. 822/823, cometeu equívoco, pois consignou o montante de R\$ 37.079,68, quando o correto seria R\$ 38.563,42, o que foi corrigido no Acórdão da JJF.

A partir da análise dos documentos e demonstrativos juntados às fls. 290 a 666, que serviram de base para a revisão efetuada pela ASTEC/CONSEF, é possível notar que a Fiscalização, de fato, juntou cópias de todos os documentos auxiliares de notas fiscais eletrônicas (DANFES) que serviram de base para a autuação.

Não apresentou, entretanto, seja em forma de cópias, seja nos levantamentos, de maneira a compor os cálculos, as notas fiscais designadas pelo recorrente nos dois arquivos em PDF constantes do CD de fl. 878, as quais afirma serem de devolução.

Por exemplo, em um dos citados arquivos, atinente ao exercício de 2011, estão discriminadas as informações dos DANFES números 112 a 118 (CFOPs 1.202 e 1.411). Observe-se que tais números (112 a 118) não restaram destacados na planilha de fl. 319, que totaliza a receita do exercício. Tampouco as respectivas cópias foram colacionadas. Vide fls. 435 e 436, que dizem respeito aos DANFES 111 e 119.

*"1.202 - Devolução de venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros. 1.411 - Devolução de venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição*

tributária".

Veja-se, às fls. 652 e 655, v. g., que as notas eletrônicas correlatas aos referidos documentos auxiliares foram escrituradas no livro Registro de Entradas.

Portanto, assiste razão ao recorrente, já que não foram consideradas as operações de devolução no cálculo da base de tributação do ICMS - PARTILHA do Simples Nacional.

O valor da infração 1, conseqüentemente, deve ser alterado para R\$ 38.170,83.

A remessa necessária decorre das revisões perpetradas pelo autuante, na informação fiscal, assim como pela Assessoria Técnica do Conselho de Fazenda, em sede de diligência.

Nessas duas fases do processo, foram corretamente segregadas da base de cálculo do tributo apurado as receitas advindas de operações sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, nomeadamente com frangos e cortes, com fulcro no art. 18, § 4º-A, I da LC nº 123/2006.

*"Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação das alíquotas constantes das tabelas dos Anexos I a VI desta Lei Complementar sobre a base de cálculo de que trata o § 3º deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3º. (...) § 4º-A. O contribuinte deverá segregar, também, as receitas: I - decorrentes de operações ou prestações sujeitas à tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), bem como, em relação ao ICMS, que o imposto já tenha sido recolhido por substituto tributário ou por antecipação tributária com encerramento de tributação; (...)"*

Tenho como acertada a diligência solicitada pela JJF à fl. 819, no sentido de deduzir todos os valores da coluna "FRANGO/CORTE" do somatório da coluna "TOTAL/NORMAL", passando a incluir o somatório da coluna "TOTAL/SUBS", pois o preceptivo legal acima transcrito não condiciona a segregação ao pagamento antecipado, ao contrário do que alegou o fiscal às fls. 287/288.

As operações com tais mercadorias são alcançadas pelo regime da substituição tributária por antecipação.

Modificada a Decisão recorrida.

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, com a homologação dos valores já recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **225058.0011/13-5**, lavrado contra **GILSON DE OLIVEIRA SILVA & CIA. LTDA. (SUPERMERCADO CUIABÁ) - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$38.170,83**, acrescido da multa de 75%, prevista nos arts. 35 da Lei Complementar nº 123/2006, c/c 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais, devendo-se homologar os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS