

PROCESSO - A. I. Nº 232177.0201/16-7
RECORRENTE - OPAH! COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA. - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 6ª JJF nº 0090-06/16
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 28/08/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0187-11/17

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. 1. OMISSÃO DE RECEITAS CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIA TRIBUTADA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A primeira infração resulta da nova base de cálculo a partir das operações omitidas com cartões de crédito e da nova alíquota obtida, sendo rejeitadas as questões de direito levantadas, não havendo questionamento de erro material na defesa. Infração 1 procedente. 2. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. A segunda infração resulta do aumento de alíquota, como a própria descrição diz “*recolheu a menos devido a erro na informação de receita ou de alíquota*”, ou seja, decorre de majoração da alíquota, por conta da adição das receitas omitidas, comparando-se com a alíquota anterior aplicada, e com a mesma base de cálculo original, o que resultou em recolhimento a menos. Afastadas as preliminares. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão de piso que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 12/04/2016, o qual exige ICMS no valor de R\$130.856,64, acrescido de multas, decorrente das seguintes infrações:

- 1 - Omissão de saída mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, sendo lançado o total de R\$130.531,61, acrescido de multa de 75%.*
- 2 - Efetuou o recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao regime especial unificado SIMPLES NACIONAL, implicando desta forma em não recolhimento de parte do ICMS devido a erro na informação da receita ou de alíquota aplicada a menos, sendo lançado o imposto no valor total de R\$325,03, acrescido da multa de 75%.*

Após a devida instrução processual, a 6ª Junta de Julgamento Fiscal entendeu pela Procedência do Auto de Infração pelos seguintes fundamentos explanados no voto, vejamos:

VOTO

Inicialmente aprecio o pedido de nulidade com base na suposta abertura de processo administrativo com base em informações prestadas pelas operadoras de cartão de crédito e débito, em função do direito ao sigilo das informações bancárias, e a própria LC 105/2001 que autoriza tal prática em seu art. 6º, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Primeiro, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu por maioria de votos - 9 a 2 que a LC 105/2001 não resulta em quebra de sigilo bancário, mas sim em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. A transferência de informações é feita dos bancos ao

Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados, portanto não há ofensa à Constituição Federal, conforme pode se verificar no endereço <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310670>.

Assim, os dados estão disponibilizados e são acessados durante o procedimento, mesmo porque não há qualquer interesse da fiscalização em proceder a investigações sem a ordem de serviço. Em verdade, o conteúdo aludido do dispositivo da LC 105/01 visa apenas evitar a simples “bisbilhotagem” dos dados financeiros dos contribuintes por interesse particular, devendo ser preservado o sigilo dos dados da mesma forma que as instituições financeiras preservam. Não há aqui qualquer evidência de que algo tenha sido feito com interesse particular, mas apenas no interesse público, no que resultou o lançamento tributário.

Com relação à argumentação da desarrazoada a penalização da empresa, uma vez que eventual não descumprimento da obrigação acessória não ensejou o não recolhimento de tributos (sic), neste caso, aparentemente o impugnante está a se defender de multa por descumprimento de obrigação acessória, mas não existe tal lançamento. A multa lançada decorre do descumprimento de obrigação principal.

Quanto ao direito à isenção concedida pelo art. 384 do RICMS/BA, como microempresa optante pelo Simples Nacional, e que as receitas brutas apuradas nos doze meses anteriores a cada período de apuração não ultrapassaram R\$180.000,00, no entanto, conforme a informação fiscal que rebateu este argumento, de fato, o demonstrativo de fl. 8 informa que a receita Bruta Total apurada no mês de Abril de 2015 foi de R\$701.714,17 não assistindo razão ao impugnante. Além disso, à fl. 187 o próprio impugnante acrescentou Recurso voluntário à Receita Federal por ter sido excluído do SIMPLES NACIONAL, por ter no exercício de 2015 ultrapassado a receita de dez milhões de reais, demonstrando ser totalmente improcedente suas alegações quanto à isenção concedida pelo RICMS/BA.

Quanto à alegação de que é cobrado antecipadamente o diferencial de alíquota, em verdade é cobrada a antecipação parcial, que coincide com a diferença de alíquota entre o aplicado na aquisição e a alíquota interna. Tal previsão consta do art. 12-A da Lei nº 7.014/96:

*Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, **independentemente do regime de apuração adotado**, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.*

Assim, todos os contribuintes, mesmo os do SIMPLES NACIONAL estão sujeitos à antecipação parcial, e o crédito não é utilizado porque este regime diferenciado não utiliza os créditos do imposto, que são restritos àqueles do regime normal de apuração.

Alega também o impugnante, o fato de que as mercadorias isentas ou tributadas pelo regime da substituição tributária, foram lançadas na base de cálculo e não está se considerando o fato de que a empresa comercializa, em sua grande maioria, produtos isentos, os quais devem ser excluídos dos cálculos de apuração de suposto débito de ICMS e que o Regulamento do ICMS no Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, ao dispor acerca das isenções das operações com insumos agropecuários, conforme estabelece em seu art. 20, e como vende mercadorias enquadradas neste artigo, estaria pagando impostos indevidamente no lançamento. Vejamos a este respeito, o que diz a LC 123/06 em seu art. 18:

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte, optante do Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I desta Lei Complementar.

(...)

§ 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 da **venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária**; e*

V - as receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou do consórcio previsto nesta Lei Complementar.

(...)

No caso das mercadorias da substituição tributária estas são segregadas na base de cálculo conforme art. 18 da LC nº 123/06, mas as mercadorias isentas não estão contempladas na exclusão da base de cálculo e o autuante, de fato, considerou as exclusões das mercadorias submetidas à substituição tributária, e assim não procede a reclamação quanto a este quesito.

Quanto à inclusão de mercadorias isentas na inclusão da base de cálculo, é assim que dispõe a Lei Complementar, não contemplando as operações isentas, mas há de se considerar as peculiaridades do Regime

Simplificado, que não obedece aos critérios estabelecidos para o regime normal de tributação. A este respeito, a Receita Federal inclusive não permite considerar para efeitos de exclusão na base de cálculo nem mesmos as mercadorias com imunidade constitucional. Vejamos o que diz a Consulta 51/2014, (Publicada no DOU de 10/03/2014, seção 1, pág. 22) cujo excerto do texto que nos interessa se encontra abaixo:

Pergunta: a) a empresa optante pelo Simples Nacional pode usufruir de “isenção” e imunidade quando comercializa livros, revistas, jornais e periódicos? b) a imunidade se estende a todos os tributos incluídos no Simples Nacional, ou seja, IRPJ, CSLL, PIS, COFINS, ICMS, IPI e INSS/CPP?

Resposta: Cumpre salientar que as receitas consideradas imunes não são excluídas da base de cálculo do Simples Nacional, devendo ser computadas para fins de determinação da alíquota a ser adotada pela optante, bem como para cálculo do valor a ser recolhido mensalmente, cabendo, ademais, desconsiderar o percentual do tributo sobre o qual recai a respectiva imunidade.

Outrossim, o ingresso no Simples Nacional não é obrigatório, mas sim uma opção do contribuinte, a qual implica a aceitação da base de cálculo, das alíquotas e dos percentuais fixados pela Lei Complementar nº 123, de 2006, bem como a não utilização de qualquer valor a título de incentivo fiscal.

Portanto, não serão consideradas quaisquer alterações em bases de cálculo, alíquotas e percentuais ou outros fatores que alterem o valor de imposto ou contribuição apurado na forma daquele regime especial de tributação, estabelecidas pela União, Estado, Distrito Federal ou Município, excetuadas aquelas expressamente previstas ou autorizadas pela referida Lei Complementar.

A consulta deixa claro que nem mesmo as operações com mercadorias imunes constitucionalmente estão excluídas da base de cálculo e quanto ao imposto de competência estadual, o ICMS, não tem a receita federal competência para interferir, cabendo aos estados concederem ou não a exclusão da base de cálculo das operações isentas, e o Estado da Bahia não concedeu a isenção pretendida.

Há de se considerar que o SIMPLES NACIONAL possui regime tributário dissociado do regime normal, e não cabe se mesclar as regras de tributação de um regime com outro, da mesma forma que o optante do regime normal não pode reivindicar alíquotas reduzidas do SIMPLES. Assim, nos termos da LC 123/06 não há ilegalidade no lançamento, no que diz respeito às isenções. Quanto à eventual inconstitucionalidade da Lei, este Conselho não tem competência para tal apreciação.

Por fim, questiona como pode o autuado ser instado a pagar ICMS sobre todos os valores apurados por meio de cartão de crédito e débito se a empresa é obrigada a recolher o ICMS antecipadamente. No caso, o autuante incluiu as receitas não declaradas e omitidas e excluiu as que foram submetidas à antecipação tributária nos termos da Lei Complementar, considerando para efeito de cálculo das receitas omitidas e apuradas por meio das operações com cartões de crédito, a proporcionalidade das operações com antecipação tributária, conforme se depreende da análise do demonstrativo de fls. 9, 10 e 11, não havendo incidência total sobre as omissões, mas apenas proporcionalmente, considerando-se as prováveis saídas de mercadorias submetidas à substituição tributária.

Não há, defesa específica da infração 1, nem da infração 2, sendo defendido genericamente todo lançamento, não havendo contestação quanto a erro material dessa ou daquela infração, mas tão somente dos critérios jurídicos do lançamento, que provaram estar dentro do que dispõe a lei vigente.

A primeira infração resulta da nova base de cálculo a partir das operações e omitidas com cartões de crédito e da nova alíquota obtida, sendo rejeitadas as questões de direito levantadas, não havendo questionamento de erro material na defesa. Infração 1 procedente.

A segunda infração resulta do aumento de alíquota, como a própria descrição diz “recolheu a menos devido a erro na informação de receita ou de alíquota”, ou seja, decorre de majoração da alíquota, por conta da adição das receitas omitidas, comparando-se com a alíquota anterior aplicada, e com a mesma base de cálculo originalmente aplicada, o que resultou em recolhimento a menos. Infração 2 procedente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do lançamento.

Inconformado com Decisão, o Contribuinte interpôs Recurso Voluntário visando a reapreciação do acórdão 0090-06/16, sob os seguintes argumentos:

Após informar a tempestividade recursal e tecer um breve relato dos fatos, o recorrente, em suas razões recursais, aduz que o procedimento administrativo foi instaurado após a obtenção de informações sigilosas referentes às movimentações financeiras realizadas pela empresa, entendendo pela ilegalidade do Auto de Infração.

Cita o art. 6º da LC 105/2001, esclarecendo que apenas pode haver a obtenção das informações bancárias quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Informa Decisão do TJSP sobre a matéria (REEX 00087794220128260577 SP 0008779-42.2012.8.26.0577. Relatora Luciana Bresciani. 13ª Câmara de Direito Pública. DJe 30/04/2013), pugnando pela nulidade do Auto de Infração.

Quanto à arguição de direito a isenção concedida pelo art. 384 do RICMS/BA, afirma que não deve prevalecer o entendimento exposto na Decisão recorrida, uma vez que não há como considerar que todos os valores creditados na conta bancária do recorrente são oriundos de venda. Por outro lado, os próprios demonstrativos fornecidos pelo fisco comprovam que a receita bruta nos 12 (doze) meses anteriores ao período apurado foi inferior à R\$180.000,00 (cento e oitenta mil reais).

Assim, defende que devem ser considerados os valores informados pelo recorrente a título de faturamento, e constantes nos demonstrativos, para o enquadramento desta na faixa de isenção do citado dispositivo.

Em relação às isenções dos produtos comercializados, aduz que não deve prevalecer o entendimento exarado na Decisão recorrida, uma vez que, conforme dito em sede de defesa, o próprio Estado da Bahia, através do RICMS, concedeu a isenção questionada. Desse modo, não há que se falar em incompetência da Receita Federal para considerar tal benefício, até porque a autuação e cobrança estão sendo realizadas pelo próprio Estado e não pela Receita.

Discorda do fundamento de que as empresas optantes pelo Simples Nacional não possuem direito à isenção do ICMS, uma vez que a LC 123/06 não possui nenhum dispositivo que vede tal benefício, de forma que deve ser excluído do Auto de Infração o ICMS considerado sobre as operações isentas.

Em relação à segunda infração, a qual versa sobre a antecipação parcial, afirma que, ainda que se considere que houve omissão de venda, jamais poderia haver presunção de falta de recolhimento de tributo, uma vez que todo o ICMS devido sobre a comercialização das mercadorias já foi devidamente recolhido antecipadamente, de modo que eventual cobrança de novo ICMS, ainda que a título de diferencial de alíquota, caracteriza-se, nitidamente, como bitributação.

A título de exemplo, cita a venda de rações para animais domésticos, onde todo o ICMS devido já foi pago pelo remetente da mercadoria.

Assevera que, mesmo reconhecendo a antecipação apenas parcial do ICMS, ao contrário do quanto asseverado na Decisão recorrida, possuiria o recorrente direito a creditar-se do valor antecipado, de modo que, ainda assim, haveria a improcedência do Auto de Infração, por considerar a totalidade dos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito, sem computar os recolhimentos realizados antecipadamente.

Cita a Ação Direta de Inconstitucionalidade registrada sob o nº 4.384, ajuizada pela Confederação Nacional dos Dirigentes de Lojistas, objetivando a declaração da inconstitucionalidade dos atos normativos destinados à cobrança do diferencial de alíquota das empresas optantes pelo Simples Nacional.

Frisa que os produtos comercializados, quando não isentos de ICMS, sofrem tributação na origem, além de a empresa recorrente, por ser optante do Simples Nacional, recolher eventual ICMS de forma unificada, através do citado regime, não havendo, portanto, qualquer condição de procedência do Auto de Infração na forma da Decisão Recorrida.

Defende que, se o entendimento for o de omissão de saída de mercadorias, em não havendo falta de recolhimento do ICMS sobre as vendas realizadas pelo recorrente, tem-se que a única infração que poderia ser imputada à Recorrente seria o descumprimento de obrigação de escrituração fiscal, o que torna improcedente, também, a aplicação da multa de 75%, razão pela qual requer a sua exclusão.

Por fim, pugna pela:

1. Nulidade do Auto de Infração nº 232177.0201/16-7, em função da quebra de sigilo bancário perpetrada pelo fisco antes de instaurado o processo administrativo, em total dissonância com

a Constituição federal e com a LC 105/2001;

2. Improcedência do Auto de Infração nº 232177.0201/16-7, em função de o processo administrativo não estar considerando o fato de que a empresa comercializa, em sua grande maioria, produtos isentos, os quais devem ser excluídos dos cálculos de apuração de suposto débito de ICMS;
3. Improcedência do Auto de Infração em virtude de que a cobrança e pagamento do ICMS na forma pretendida pelo fisco ensejarão nítida bitributação, uma vez que além de o ICMS, quando devido, ter sido pago antecipadamente, o recorrente é empresa optante pelo Simples Nacional, de forma que todo o ICMS devido é recolhido de forma unificada pelo citado regime;
4. Improcedência do Auto de Infração, que seja determinada a retificação dos cálculos, expurgando dos mesmos os produtos isentos e, quando não isentos, deduzindo o ICMS pago antecipadamente, e através do Simples Nacional, fazendo incidir a multa na forma reduzida, em função da inexistência de falta de pagamento de tributo.

Em Sessão de Julgamento realizada em 06/12/2016, esta 1ª CJF converteu o feito em diligência, visto que no voto de primeiro grau não foi observada a alteração da LC 123, no seu art. 4º-A, III do art. 18 pela LC 143/14, a qual determina a segregação das mercadorias isentas da base de cálculo da apuração do ICMS do regime do Simples Nacional.

Assim, solicitou-se ao Fiscal Autuante a retificação dos cálculos, segregando dos mesmos os produtos isentos, tendo em vista a supracitada alteração.

Em resposta a diligência solicitada, informou o fiscal Autuante que *após a revisão do índice de proporcionalidade, para segregação das mercadorias isentas da base de cálculo da apuração do ICMS, conforme dispõe da LC 123, no seu art. 4º-A, III do art. 18, não houve alteração dos valores do ICMS nos meses de abril a setembro de 2015, objeto da cobrança do débito através deste Auto de Infração.*

Mediante Demonstrativo 3C revisado (fls. 232 e 233), informa que *somente os índices dos meses de novembro e dezembro de 2015 foram alterados (meses não cobrados neste AI em virtude de sua exclusão do Simples Nacional a partir de 1º de outubro de 2015).*

Assim, ratifica o Fiscal Autuante pela Procedência do Auto de Infração em sua plenitude.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário que objetiva a reapreciação da Decisão de piso, a qual entendeu pela Procedência da Autuação.

Ressalte-se que nenhum fato novo foi alegado pelo Recorrente, que repisou todos os termos da defesa inicial em suas razões recursais.

De plano, informo que, acatando o posicionamento de segregação das mercadorias isentas da base de cálculo do ICMS, com base na alteração da LC 123/06 no seu art. 4º-A, III do art. 18 pela LC 143 de 7 de agosto de 2014, o feito foi convertido em diligência para que o Fiscal Autuante assim procedesse.

Em diligência realizada, verificou-se que *não houve alteração dos valores do ICMS nos meses de abril a setembro de 2015, objeto da cobrança do débito através deste Auto de Infração.* E, ainda, que *somente os índices dos meses de novembro e dezembro de 2015 foram alterados (meses não cobrados neste AI em virtude de sua exclusão do Simples Nacional a partir de 1º de outubro de 2015).*

Assim sendo, o único ponto discordante com o entendimento adotado pelo julgador de piso, qual seja, a segregação das mercadorias isentas da base de cálculo do ICMS, não altera os valores do Auto de Infração.

Embora muito bem contextualizada, a Decisão de primeira instância tomou como base a Consulta 51/2014 feita à Receita Federal, (Publicada no DOU de 10/03/2014, seção 1, pág. 22), cujo entendimento sobre a matéria era o de que: *as receitas consideradas imunes não são excluídas da base de cálculo do Simples Nacional, devendo ser computadas para fins de determinação da alíquota a ser adotada pela optante, bem como para cálculo do valor a ser recolhido mensalmente, cabendo, ademais, desconsiderar o percentual do tributo sobre o qual recai a respectiva imunidade.*

Ocorre que a alteração sofrida pela LC 123/06 com a aprovação da LC 143/14 foi posterior a precitada Consulta, já que a LC 143 é de 7 de agosto de 2014 e a Consulta foi publicada em março de 2014. Vejamos o teor da norma:

§ 4º-A. O contribuinte deverá segregar, também, as receitas: (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

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 (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

II - sobre as quais houve retenção de ISS na forma do § 6º deste artigo e § 4º do art. 21 desta Lei Complementar, ou, na hipótese do § 22-A deste artigo, seja devido em valor fixo ao respectivo município; (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

III - sujeitas à tributação em valor fixo ou que tenham sido objeto de isenção ou redução de ISS ou de ICMS na forma prevista nesta Lei Complementar; (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

IV - decorrentes da exportação 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; (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

V - sobre as quais o ISS seja devido a Município diverso do estabelecimento prestador, quando será recolhido no Simples Nacional. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

Deste modo, incontestemente ser devida a segregação de tais itens, o que foi realizado pelo Fiscal Autuante, conforme os demonstrativos apresentados às fls. 232 a 235. Ocorre que, como dito anteriormente, tais alterações não surtiram efeitos nos valores originais do Auto de Infração.

Tecidas tais considerações, não merece outros reparos a Decisão de piso, visto que em nenhum momento o recorrente confrontou os demonstrativos das infrações que lhe foram imputadas, tecendo uma defesa genérica de todo o lançamento, focando sua defesa na isenção dos itens e sua retirada da base de cálculo.

Quanto à alegação de que procedimento administrativo foi instaurado após a obtenção de informações sigilosas, não merece guarida tal nulidade suscitada, visto que o STF (guardião da Constituição Federal) já decidiu que a LC 105/2001 trata de transferência de informações bancárias e não de quebra de sigilo bancário, como quer fazer Parecer o Recorrente.

Como bem pontuando na Decisão de piso: *A transferência de informações é feita dos bancos ao Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados, portanto não há ofensa à Constituição Federal.*

Em relação à infração 1, a qual trata de *Omissão de saída mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões*, vejamos:

Tratando-se de presunções de omissões de receitas, o art. 34 da LC 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 a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, o que não foi feito pelo Recorrente no caso em apreço.

Assim, entendo pela subsistência da infração 1.

Quanto a infração 2, a qual trata de *recolhimento a menos do ICMS declarado referente ao regime especial unificado SIMPLES NACIONAL, implicando desta forma em não recolhimento de parte do ICMS devido a erro na informação da receita ou de alíquota aplicada a menos, sendo lançado o imposto.*

Como as omissões ficaram caracterizadas pela falta de prova em contrário, entende-se, por consequência, que houve o recolhimento a menor (efeito da infração 1), visto que a *majoração da alíquota, por conta da adição das receitas omitidas, comparando-se com a alíquota anterior aplicada, e com a mesma base de cálculo originalmente aplicada*, acarreta, de fato, em recolhimento a menor do ICMS declarado.

Deste modo, é procedente a infração 2.

Por todo o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão de piso.

VOTO EM SEPARADO

Peço licença para concordar parcialmente com o voto da n. relatora, divergindo quanto à assertiva de que as operações isentas devem ser segregadas do cálculo do valor devido, pois o contribuinte recolhe o imposto de acordo com a sistemática do Simples Nacional, prevista na Lei Complementar nº 123/2006, que em relação ao método de composição da base de tributação não foi alterada pela Lei Complementar nº 147/2014.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232177.0201/16-7**, lavrado contra **OPAH! COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA. - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$130.856,64**, acrescido da multa de 75%, prevista nos artigos 34 e 35, da Lei Complementar nº 123/06, inciso I do art. 44, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei Federal nº 11.488/07 de 15/06/07, e dos acréscimos legais.

Voto com o relator (Quanto a Fundamentação) – Laís de Carvalho Silva, Valnei Sousa Freire e Luiz Augusto Fernandes Dourado.

Voto em Separado (Quanto a Fundamentação) Maria Auxiliadora Gomes Ruiz, Paulo Danilo Reis Lopes e Maurício Souza Passos.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de Julho de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

PAULO DANILLO REIS LOPES – VOTO EM SEPARADO

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS