

**A.I. Nº** - 210751.0007/17-6  
**AUTUADO** - J ARAUJO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA - ME  
**AUTUANTE** - SANDOVAL DE OLIVEIRA SOUZA  
**ORIGEM** - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS  
**INTERNET** - 15.08.2017

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0123-01/17**

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EM RAZÃO DE EXCLUIR INDEVIDAMENTE DA BASE DE CÁLCULO VALOR DE VENDAS DE MERCADORIAS QUE POSSUEM HIPÓTESE DE ISENÇÃO EXCLUSIVAMENTE APLICADAS A CONTRIBUINTE QUE APURAM O IMPOSTO PELO REGIME DE CONTA-CORRENTE FISCAL. Demonstrativo de débito revisado em razão de erro na aplicação da alíquota e falta de abatimento do valor de ICMS devido efetivamente declarado pelo autuado na DASN. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/01/2017, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$52.136,14, em decorrência de ter deixado de recolher o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, ocorrido nos meses de junho a dezembro de 2016, acrescido de multa de 75%, nos termos do art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 e do inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96.

O autuado apresentou impugnação contra o Auto de Infração das fls. 39 a 44. Alega que a base de cálculo possui valores divergentes dos declarados no Documento de Arrecadação Simplificado (DAS), conforme declarações das fls. 48 a 61, e no tocante ao recolhimento, os mesmos foram parcelados anteriormente conforme documento à fl. 62.

Entende que o auto de infração é nulo, pois não possui descrição clara da infração cometida, por não cumprir os requisitos legais e os princípios do contraditório e da ampla defesa. Discorreu acerca do Princípio da Segurança Jurídica. Diz que a falta de clareza está evidente em razão da base de cálculo estar divergente da receita por ele declarada e porque a presente cobrança já foi objeto de parcelamento.

O autuante apresentou informação fiscal das fls. 64 a 69. Diz que está expresso no auto de infração a qualificação do autuado, a data e hora da lavratura, a infração cometida, assinatura do autuante e o demonstrativo dos débitos.

O autuante explica que o autuado, ao optar pelo Simples Nacional, não pode excluir da base de cálculo as vendas de mercadorias sem tributação ou isentas, pois a base de cálculo é a receita bruta auferida por vendas, excetuada as vendas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Informa que o auto de infração foi lavrado com base no art. 18 da Lei Complementar nº 123/06. Salienta que os valores das receitas no demonstrativo de débito às fls. 07 foram extraídas dos registros fiscais do autuado (fls. 26 a 32) e do PGDAS (fls. 15 a 25).

Quanto ao parcelamento, o autuante esclarece que o autuado apenas fez uma opção prévia para evitar a exclusão do contribuinte do Simples Nacional em virtude de débitos apurados até maio de 2016. Entretanto, não efetuou o pedido definitivo do parcelamento.

Acrescenta que o autuado protocolou junto à Receita Federal, 60 dias após a lavratura do auto de infração, recibo de alteração de dívida (fl. 70), declarando apenas os débitos referentes ao período de junho a outubro/2016, omitindo os débitos referentes aos meses de novembro e dezembro de 2016.

O autuante anexa à fl. 71 documento emitido do site da Receita Federal onde consta que o pedido de parcelamento do autuado estava na data de 16/04/2017 na situação de “encerrado por rescisão”.

O autuante conclui que o autuado não deveria incluir ICMS no seu parcelamento, uma vez que, ao tomar conhecimento do auto de infração, também estava ciente dos débitos. Diz que o parcelamento foi posterior à ação fiscal e o autuado excluiu da base de cálculo as vendas de produtos isentos e os débitos referentes aos meses de novembro e dezembro de 2016.

## VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Rejeito o pedido de nulidade do auto de infração. A descrição da infração indica a falta de recolhimento do ICMS pelo regime do Simples Nacional e o demonstrativo de débito à fl. 07 traz os valores das receitas declaradas e a comparação da apuração feita pelo autuado com a realizada pelo fisco, resultando em diferença de ICMS a recolher.

As divergências referidas pelo autuado decorre da apresentação de DASN retificadora referente aos meses de junho, outubro e novembro de 2016. Comparando os valores informados no demonstrativo de débito à fl. 07 com as declarações apresentadas na defesa, das fl. 48 a 61, constato que as diferenças apresentadas nos meses de junho, outubro e novembro, foi fruto de retificação da DASN ocorrida dia 24/02/2017, posterior à lavratura do presente auto de infração, conforme fls. 49, 57 e 59.

As retificações ocorridas em nada invalida o crédito tributário exigido neste auto de infração, pois as alterações representaram pequenos acréscimos dos valores das receitas inicialmente declaradas. Portanto, estas alterações indicam a possibilidade de nova ação fiscal visando exigir o ICMS sobre os valores incrementados nas declarações retificadoras que não foram tributadas, por estarem elevando o valor de operações supostamente isentas, excluídas da tributação.

No mérito, o presente auto de infração consiste na exigência do ICMS na forma do simples nacional referente apuração da diferença encontrada após comparação do valor calculado pelo autuado com o valor calculado pelo fisco.

O regime de apuração pelo Simples Nacional consiste na aplicação de alíquotas sobre a receita auferida, cujo percentual varia em função da receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao da apuração, conforme § 1º do art. 21 da Resolução CGSN 94/11:

*“§ 1º Para efeito de determinação da alíquota, o sujeito passivo utilizará a receita bruta total acumulada auferida nos 12 (doze) meses anteriores ao do período de apuração. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 1º)”.*

A coluna “ICMS informado no PGDASN” reflete o valor do ICMS informado pelo autuado como devido e evidencia que parte das operações de revenda de mercadorias foram excluídas da

tributação sob a motivação de serem isentas do ICMS. No caso do autuado, a base de cálculo do Simples Nacional é a receita das vendas, incluídas as operações com mercadorias que possuem hipótese de isenção, que somente se aplica aos contribuintes que apuram o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal. Apenas são excluídas do Simples Nacional as receitas decorrente de vendas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Por exemplo, no mês de junho de 2016 o autuado declarou receita de R\$334.933,04 (fl. 15 verso), sendo que R\$125.361,62 foram declaradas como isentas e excluídas da tributação. A alíquota a ser aplicada deve ser obtida no Anexo I da Resolução CGSN nº 94/11, sendo no caso exemplificativo de 1,25% já que a receita bruta nos doze meses anteriores ao da apuração foi zero. Assim, foi declarado pelo autuado como ICMS devido o valor de R\$2.619,64 que é resultado da seguinte equação:  $(334.933,04 - 125.361,62) \times 0,0125$ . Ou seja, o valor de R\$125.361,62 não foi incluído pelo autuado na base de cálculo do imposto.

No demonstrativo de débito à fl. 07, contudo, o autuante não observou a regra contida no § 1º do art. 21 da Resolução CGSN 94/11 e aplicou a alíquota considerando os últimos doze meses incluindo o da própria apuração, distorcendo o resultado efetivamente devido.

De acordo com o art. 2º da Recomendação CGSN nº 04/13, os entes federados não podem efetuar lançamentos de ofício relativo a débitos declarados pelo contribuinte optante pelo Simples Nacional na DASN ou PGDAS, conforme a seguir:

*“Art. 2º A cobrança administrativa dos débitos declarados na DASN ou PGDAS-D é de responsabilidade da RFB, sem prejuízo de procedimentos adicionais de cobrança por parte de Estados e Municípios visando à quitação integral dos valores declarados.”.*

Desse modo, os valores que foram parcelados pelo autuado não podem ser cobrados mediante auto de infração lavrados pelos Estados em razão de já terem sido declarados como devidos na DASN, sendo inócua a discussão acerca do cumprimento do parcelamento formalizado ou se o parcelamento foi requerido depois da lavratura deste auto de infração.

A presente exigência fiscal visa tributar a parcela indevidamente incluída pelo autuado no campo “isenção do ICMS”, cujo imposto acabou não sendo declarado como devido, permitindo ao fisco do Estado da Bahia a sua exigência mediante lavratura de auto de infração.

Assim, considerando a aplicação correta das alíquotas, nos termos do § 1º do art. 21 da Resolução CGSN nº 94/11, considerando os valores das receitas inicialmente declaradas pelo autuado e constantes no demonstrativo de débito à fl. 07 e considerando os valores declarados como devidos na DASN das fls. 48 a 61, o demonstrativo de débito deste auto de infração passa a ser o seguinte:

| MÊS   | Receita bruta no mês | Receita bruta acumulada | Aliq. % | ICMS informado no PGDASN | ICMS apurado | Diferença de ICMS a recolher |
|-------|----------------------|-------------------------|---------|--------------------------|--------------|------------------------------|
| 06/16 | 334.933,04           | 448.071,08              | 1,25    | 2.619,64                 | 4.186,66     | 1.567,02                     |
| 07/16 | 346.202,55           | 903.637,03              | 2,33    | 5.078,00                 | 8.066,52     | 2.988,52                     |
| 08/16 | 367.746,26           | 1.385.674,01            | 2,82    | 6.375,63                 | 10.370,44    | 3.994,81                     |
| 09/16 | 365.779,89           | 1.867.931,87            | 2,87    | 6.828,84                 | 10.497,88    | 3.669,04                     |

|       |            |              |      |           |           |           |
|-------|------------|--------------|------|-----------|-----------|-----------|
| 10/16 | 357.679,86 | 2.344.072,74 | 3,38 | 7.883,59  | 12.089,58 | 4.205,99  |
| 11/16 | 323.533,17 | 2.826.644,55 | 3,48 | 7.424,31  | 11.258,95 | 3.834,64  |
| 12/16 | 410.460,15 | 3.282.359,74 | 3,82 | 10.774,70 | 15.679,58 | 4.904,88  |
| Total |            |              |      |           |           | 25.164,90 |

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando o lançamento tributário reduzido para R\$25.164,90.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **210751.0007/17-6**, lavrado contra **J ARAUJO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$25.164,90**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, c/c o art. 35 da Lei Complementar nº 123/06, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2017

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR