

A. I. N° - 211329.0102/16-1
AUTUADO - BRASIL NUTRIÇÃO COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI - ME
AUTUANTE - ALEXINALDO DA SILVA LIMA
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 14/08/2017

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0152-03/17

EMENTA: ICMS. 1. OMISSÃO DE RECEITA APURADA ATRAVÉS DE LEVANTAMENTO FISCAL. EMPRESA NA CONDIÇÃO DE OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. 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, erro na base de cálculo do ICMS devido. Infração procedente. 2. SIMPLES NACIONAL. RECOLHIMENTO A MENOS DO DEVIDO. Imposto exigido mediante o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições. Infração subsistente. Não acolhido o pedido para redução da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/06/2016, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$141.757,59, em razão do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01-17.03.12. Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal - Sem dolo, nos meses de novembro de 2012, fevereiro, junho e julho, outubro e dezembro de 2013 e janeiro a setembro de 2014. Exigido o valor de R\$126.812,86, acrescido da multa de 75%. Demonstrativo às fls. 19 e 20.

Infração 02-17.02.01. Recolhimento a menos de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte optantes do SIMPLES NACIONAL, implicando, dessa forma, não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menos, nos meses de outubro a dezembro de 2012, maio a setembro de 2013 e abril a julho de 2014. Exigido o valor de R\$15.944,73, acrescido da multa de 75%. Demonstrativo à fl. 21.

Consta na descrição dos fatos que “Nos exercícios de 2012, 2013 e 2014, até o mês de setembro inclusive, está sendo reclamado o ICMS relativo ao Simples Nacional no valor de R\$141.757,59; sendo que o contribuinte não lançou e não recolheu o ICMS relativo ao Simples Nacional no valor de R\$125.812,86; em decorrência de omissão de receita Contribuinte omitiu receitas de operações tributadas pelo ICMS e não declaradas nas DAS/DEFIS e no PGDAS/PGDAS-D-Extrato do Simples Nacional”.

O Autuado apresenta impugnação, fls. 133 a 137, articulando os argumentos a seguir sintetizando. Inicialmente destaca ser tradicional empresa que tem por objeto social o fornecimento de alimentos preparados. Após auditoria realizada na empresa, a fiscalização apurou falta de recolhimento de ICMS de produtos tributáveis, referente ao Simples Nacional.

Depois de reproduzir o teor da acusação fiscal, observa que, por se tratar de contribuinte optante do Simples Nacional, há de ser aplicada a legislação federal que regulamenta a matéria, qual seja

a Lei Complementar 123/06, regulamentada pelo Comitê Gestor do Simples Nacional através da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011.

Registra que o Autuante deixou de cumprir seu mister na íntegra que o culminou no cometimento de ilegalidade no lançamento fiscal.

Diz ter ocorrido ofensa ao devido processo legal, em face da obrigação legal de fiscalização estadual lançar tributo mediante o sistema único de fiscalização, a exceção de descumprimento de obrigação acessória.

Explica que a fiscalização se esqueceu de seguir na íntegra a legislação federal que regulamenta a matéria, tendo utilizado exclusivamente os dispositivos que favorecem ao fisco estadual, à revelia do procedimento legal estampado na norma regente.

Registra que o disposto no art. 79, da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, estampa o seguinte:

Art. 79 – verificada infração à legislação tributária por ME ou EPP optante do Simples Nacional, deverá ser lavrado Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), emitido por meio do SEFISC.

§1º O AINF é o documento único de autuação, a ser utilizado por todos os entes federados, em relação ao inadimplemento da obrigação principal prevista na legislação do Simples Nacional.

§2º No caso de descumprimento de obrigações acessórias deverão ser utilizados os documentos de autuação e lançamento fiscal específicos de cada ente federado.

Menciona que em comentários ao dispositivo legal acima transscrito, o professor Fábio Rodrigues de Oliveira leciona o seguinte:

“Verificada infração à legislação tributária por ME ou EPP optante pelo Simples Nacional, deverá ser lavrado Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), emitido por meio do Sistema Eletrônico Único de Fiscalização;

O AINF é o documento único de autuação, a ser utilizado por todos os entes federativos, em relação ao inadimplemento da obrigação principal prevista na legislação do Simples Nacional.”

Declara que nesse esteio, infere-se a manifesta inconstitucionalidade e ilegalidade do lançamento fiscal realizado pela Secretaria da Fazenda da Bahia - ente federado - para fins de constituir crédito tributário decorrente de obrigação principal mediante “Auto de Infração” próprio da SEFAZ, vez que há previsão legal vinculando a autoridade fazendária para proceder ao lançamento através de Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), emitido por meio do Sistema Eletrônico Único de Fiscalização, o que macula o Auto de Infração de vício insanável.

Diz ser a inquestionável redução da multa aplicada, nos termos do art. 38-B, da Lei Complementar 147/2014.

Observa que, caso esse Órgão de Julgamento entenda que não é caso de declarar a nulidade do Auto de Infração, formula pedido sucessivo consistente na aplicação da legislação federal que regulamenta a matéria.

Transcreve o quanto disposto no art. 38-B, da LC 147/2014, e em seguida, registra que, nesse esteio, deve ser procedida à imediata aplicação da legislação federal que regulamenta a tributação do Simples Nacional, culminando com a redução da multa aplicada no Auto de Infração em 90% noventa por cento, vez a previsão legal estampada no art. 38-B, da LC 147/14.

Pugna pela nulidade do Auto de Infração, em razão das inúmeras ilegalidades e inconstitucionalidades cometidas pela fiscalização e identificadas nesse arrazoado, em especial a ilegalidade do lançamento fiscal realizado em rito diverso do previsto no art. 79, da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, que determina que a constituição de crédito tributário principal seja perpetrada mediante Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), emitido por meio do Sistema Eletrônico Único de Fiscalização, maculando o processo administrativo fiscal de vício insanável.

Requer que seja procedida à aplicação da legislação federal que regulamenta a tributação do Simples Nacional, culminando com a redução da multa aplicada no auto de infração em noventa por cento, consoante previsão legal estampada no art. 38-B da LC 147/14.

O Autuante presta informação fiscal, fls. 145 a 148, depois de sintetizar as razões de defesa do impugnante alinha as ponderações que se segue.

Sustenta não subsistir razão aos protestos do autuado, muito menos em propugnar pela nulidade do presente PAF uma vez que, no mesmo diploma legal, a Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, em suas disposições transitórias, já estabelecia o seu art. 129, que enquanto não fosse disponibilizado o Sistema Único de Fiscalização, Lançamento e Contencioso - SEFISC se utilizaria os procedimentos administrativos fiscais de cada ente federado:

Art. 129. Enquanto não disponibilizado o SEFISC, deverão ser utilizados os procedimentos administrativos fiscais previstos na legislação de cada ente federado, observado o disposto nos arts. 125 e 126. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, § 4º)

Observa que posteriormente foi introduzido pela Resolução CGSN nº 98, de 13 de março de 2012, o §8º, do art. 129, estabelecendo que mesmo depois de disponibilizado o SEFISC, os entes federados poderiam, até 31 de dezembro de 2012, utilizar alternativamente os procedimentos administrativos fiscais previstos em suas legislações

§ 8º Depois da disponibilização do SEFISC, poderão ser utilizados alternativamente os procedimentos administrativos fiscais previstos na legislação de cada ente federado até 31 de dezembro de 2012, observado o disposto neste artigo. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, §4º)

Revela que a Resolução CGSN nº 104, de 12 de dezembro de 2012, alterou a redação do §8º do art. 129, assim estabelecendo:

§8º Depois da disponibilização do SEFISC, poderão ser utilizados alternativamente os procedimentos administrativos fiscais previstos na legislação de cada ente federado até 31 de dezembro de 2013, para fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 2011, e até 31 de dezembro de 2014, para fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2012, observado o disposto neste artigo. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, §4º)

Diz que a Nova Redação foi dada ao §8º do art. 129, pela Resolução CGSN nº 109, de 20 de agosto de 2013

§8º Observado o disposto neste artigo, depois da disponibilização do SEFISC poderão ser utilizados alternativamente, até 31 de dezembro de 2015, os procedimentos administrativos fiscais previstos na legislação de cada ente federado nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, §4º)

Frisa que depois de mais algumas alterações introduzidas por sucessivas Resoluções, atualmente a redação dada ao §8, do art.129, da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, assim encontra-se vigente:

§8º Observado o disposto neste artigo, depois da disponibilização do SEFISC poderão ser utilizados alternativamente os procedimentos administrativos fiscais previstos na legislação de cada ente federado: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, §4º)

I – para fatos geradores ocorridos:

- a) de 1º de janeiro de 2012 a 31 de dezembro de 2014, até 31 de dezembro de 2017;*
- b) a partir de 1º de janeiro de 2015, até 31 de dezembro de 2017;*

II – para todos os fatos geradores, até 31 de dezembro de 2017, nas seguintes situações:

- a) declaração incorreta de valor fixo pelo contribuinte;*
- b) ações fiscais relativas ao SIMEI;*
- c) na hipótese de desconsideração, de ofício, da opção pelo Regime de Caixa, na forma do art. 71;*
- d) apuração de omissão de receita prevista no art. 83.*

Assevera que o Auto de Infração está em conformidade com a legislação vigente, não oferecendo afronta alguma à Lei Complementar nº 123/06, menos ainda à Constituição, logo, não padecendo de vício que lhe precarize, tampouco lhe sujeite a nulidade.

Informa, quanto ao pleito do Impugnante de redução da multa da multa sugerida, que não subsiste razão na solicitação apresentada pelo Autuado, tendo em vista que as reduções das multas preconizadas no art. 38-B, da LC 147/14 referem-se às obrigações acessórias, quando da falta de prestação ou incorreções em sua prestação; alcançando, especificamente, as multas de valor fixo ou mínimo. Observa que a redução de 90%, prevista no item I, do art. 38-B, se destina ao Micro Empreendedor Individual.

Assinala que o Auto de Infração exige o pagamento de obrigação principal, e a multa especificada está em conformidade com a legislação, em especial com o art. 87 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, que transcreve.

Destaca que ainda assim, pode o Autuado se beneficiar de redução de multa, em conformidade com o parágrafo único do art. 87 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, cujo teor reproduz.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente cabe enfrentar a preliminar de nulidade suscitada pelo Impugnante por ofensa ao devido processo legal pelo fato de o Auto de Infração não ter sido lavrado o AINF previsto no §1º, do art. 79, da Resolução CGSN nº 94/2011, ou seja, o documento único de autuação a ser utilizado por todos os entes federados.

Depois de examinar a legislação de regência constato não prosperar a alegação da defesa, haja vista que o §8º, do art. 129, da Lei Complementar nº 123/06 foi alterado pelas Resoluções de nº 98, de 13 de março de 2012, de nº 104, de 12 de dezembro de 2012 e de nº 109, de 20 de agosto de 2013, todas essas alterações estatuindo, depois da disponibilização do Sistema Único de Fiscalização, Lançamento e Contencioso - SEFISC, a faculdade de alternativamente serem utilizados os procedimentos administrativos fiscais previstos na legislação de cada ente federado. A última alteração estabeleceu que para os fatos geradores ocorridos de 1º de janeiro de 2012 até 31 de dezembro de 2014 poderão ser adotados os procedimentos administrativos fiscais dos entes federados até 31/12/2017, *in verbis*:

Resolução CGSN nº 109

[...]

§8º Depois da disponibilização do Sefisc, poderão ser utilizados alternativamente os procedimentos administrativos fiscais previstos na legislação de cada ente federado até 31 de dezembro de 2013, para fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 2011, e até 31 de dezembro de 2014, para fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2012, observado o disposto neste artigo. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, § 4º)

Logo, não há que se falar em ofensa ao devido processo legal, como aduz o defendant, eis que, o presente Auto de Infração foi lavrado em total consonância com a legislação de regência que faculta expressamente a aplicação dos procedimentos administrativos fiscais de cada ente federado.

Nestes termos considero ultrapassado o questionamento suscitado como preliminar de nulidade. No mérito a Infração 01 imputa ao Autuado o cometimento de omissão de receita apurada decorrente de operações de saídas de mercadorias tributáveis apuradas mediante levantamento fiscal, sendo exigido o imposto no valor de R\$125.812,86, com fulcro no art. 319 do RICMS-BA/2012 c/c os artigos 18, 21, 25 e 26 da Lei Complementar 123/06 e com a Resolução CGSN nº 94/11.

A Infração 02 cuida do recolhimento a menos de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas

de Pequeno Porte optantes do Simples Nacional, implicando, dessa forma, não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita.

Ao compulsar os elementos que integram o presente Auto de Infração, precipuamente as razões de defesa articuladas pelo Impugnante, constato que o sujeito passivo, não impugna o montante do ICMS que foi lançado, não aponta qualquer equívoco na apuração dos valores cobrados e nem contesta a metodologia adotada explicitada nos demonstrativos acostadas às fls. 19 a 21, cujas cópias lhe foram entregues.

Assim, depois de verificar que a exigência fiscal atinente aos dois itens da autuação afiguram-se devidamente lastreada em levantamento fiscal que demonstra de forma minudente a origem de todos os elementos que integram a apuração do débito, concluo pela subsistência das Infrações 01 e 02.

No que diz respeito ao pleito do Autuado para seja reduzido em 90% o valor da multa sugerida no Auto de Infração com base na previsão estatuída pelo art. 38-B da LC nº 147/2014, uma vez que, além de faltar competência a este órgão administrativo de julgamento para redução ou cancelamento de multa por descumprimento de obrigação principal, o dispositivo apontado se refere a descumprimento de obrigação acessória, portanto inaplicável ao presente caso.

Nos termos expeditos e considerando que a multa sugerida para as irregularidades cometidas é a prevista nos artigos 34 e 35 da LC 123/06 e no inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96, fica mantida a multa de 75%.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **211329.0102/16-1**, lavrado contra **BRASIL NUTRIÇÃO COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$141.757,59**, acrescido da multa de 75%, prevista nos artigos 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06 e no inciso I, do artigo 44 da Lei Federal nº 9.430/96 alterada pela Lei nº 11.488/2007, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de agosto de 2017.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA