

PROCESSO	- A. I. Nº 210371.0017/18-0
RECORRENTE	- BROAD & GUIMARÃES LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0157-02/19
ORIGEM	- INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 13.10.2020

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0183-11/20-VD

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. RECEITA TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Exigência de recolhimento a menor em função da segregação indevida de receitas de mercadorias sujeita ao ICMS-ST nas PGDAS. Dados do levantamento fiscal não contestados. Rejeitada a nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 2ª JJF - através do Acórdão JJF nº 0157-02/19 - após julgamento pela Procedência do Auto de Infração acima epigrafado, lavrado em 12/09/2018 para exigir o débito de R\$54.551,71, inerente ao período de: janeiro, março, junho, julho, setembro a dezembro 2014; janeiro, março a dezembro 2015, janeiro a dezembro 2016, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), sob a acusação de: *“Deixou de recolher o ICMS em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas a substituição tributária por antecipação como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado”*.

A Decisão recorrida foi pela Procedência do Auto de Infração após consignar inexistir nos autos vício a macular o PAF e, no mérito, as seguintes considerações:

### VOTO

[...]

*No mérito, não objetando qualquer dos dados expressos no levantamento fiscal do qual resultou o lançamento tributário em sede de revisão neste órgão administrativo judicante, pois não aponta erro ou equívoco relacionado ao levantamento fiscal, em especial quanto ao demonstrativo ANEXO 2-B (fls. 19, 27 e 35) que, após a estratificação das receitas do período autuado, expõe as bases de cálculos das ocorrências contidas no Demonstrativo de Débito do AI, como exposto no relatório acima.*

[...]

*Ocorre que a motivação do AI foi a constatação de que a movimentação empresarial do contribuinte com repercussão fiscal informada à SEFAZ nos PGDAs do período compreendido pelo procedimento fiscal (exercícios 2014 a 2016) não correspondem à realidade dos fatos, pois, como descrito no AI, a empresa autuada deixou de recolher ICMS em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas a substituição tributária por antecipação, como se o ICMS devido já houvesse sido substituído ou antecipado.*

*Como expresso na descrição da Infração e visto na planilha de fls. 13-36, o procedimento fiscal apenas cuida de adequar a tributação dos valores, ainda que declarados em PGDAs – mas como não tributáveis – dentro da sistemática de cálculo do regime do Simples Nacional, evidentemente, estratificando a tributação conforme a alíquota da faixa de receita totais. Portanto, tudo atendendo ao comando da Lei Complementar 123/2006.*

*É que a LC nº 123/2006 prevê que sobre a receita bruta auferida no mês, incidirá a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º do artigo 18, podendo o contribuinte optar que a incidência se dê sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irretratável para todo o ano-calendário.*

*No caso em análise, a autuada é acusada de deixar de incluir na Receita Bruta do mês, valores relativos a vendas de mercadorias tributáveis, as considerando sem tributação quando deveria tê-las incluído no montante a ser tributado (conforme demonstrado na relação de vendas mostrada nas planilhas suportes da infração), haja vista que a sistemática de apuração dos valores mensais a recolher exige que se considere no cômputo da receita bruta o total do produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos*

*serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, conforme §1º, do art. 3º da Lei nº 123/06.*

*Ora, o autuante demonstra os valores das receitas brutas apurados mês a mês com base nos dados obtidos das informações prestadas pelo próprio contribuinte através do PGDAS-D (que tem caráter declaratório) e a acusação funda-se na constatação de que o Autuado considerou na apuração mensal do ICMS a recolher, receita tributável como não tributável, incorrendo em erro na determinação da base de cálculo e na aplicação das alíquotas, o que repercutiu em falta de pagamento do ICMS devido a título do SIMPLES NACIONAL, tudo demonstrado nas planilhas suporte da autuação (coluna “ICMS A RECOLHER, fls. 19, 27 e 35).*

*Portanto, no procedimento fiscal, os dados da movimentação comercial constantes nos documentos e registros fiscais da escrituração fiscal do contribuinte foram adequados na fiscalização entabulada com a utilização da ferramenta fiscal AUDIG, especialmente desenvolvida para os trabalhos fiscais em contribuinte optante pelo SIMPLES NACIONAL, conforme os CFOPs constantes nos documentos e sua escrituração fiscal.*

*Assim, considerando que os demonstrativos correspondentes à auditoria constam dos autos às fls. 13-36, deles o autuado recebeu cópia (inclusive em arquivo magnético, fl. 38) e os dados neles constantes não foram sequer contestados, nem contra a exação fiscal o sujeito passivo se apresentou com as necessárias provas documentais na oportunidade da Impugnação, como previsto no artigo 123, §5º do RPAF, por consequência, materialmente, incidem sobre o caso as disposições contidas nos artigos 140, 142 e 143 do citado regulamento, que reproduzo:*

*[...]*

*Assim, considerando ainda que nenhuma falta foi alegada com relação aos demonstrativos de levantamento do débito objeto da autuação ou mesmo quanto ao valor da exação fiscal pelo fisco, e que do exame do levantamento fiscal nada foi apurado que maculasse o feito empreendido pela fiscalização, tenho a Infração como subsistente.*

*Quanto ao argumento de inconstitucionalidade ou ilegalidade genericamente arguido, inclusive com respeito ao entendimento de confiscatoriedade da multa pelo descumprimento da obrigação tributária principal, limito-me a citar o art. 167 do RPAF que exclui da competência dos órgãos administrativos julgadores: I - a declaração de inconstitucionalidade; II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida. III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.*

*Quanto à multa proposta, registro que a legislação do Simples Nacional estabelece que em relação as infrações que tratam de descumprimento de obrigação principal, devem ser aplicadas as penalidades previstas na legislação do imposto de renda. Ao caso presente, como tipificado no AI, aplica-se o art. 44, I da Lei Federal 9.430/96. Portanto, aqui não cabem os argumentos defensivos da multa de 50% prevista no artigo 38-B da LC 123/06, pois tal dispositivo trata de descumprimento de obrigações acessórias, o que não é o caso, descabendo qualquer redução da mesma.*

*Face ao acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

Inconformado com a Decisão proferida pela 2ª JJF, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, às fls. 128/143 do PAF, onde preliminarmente requer a nulidade do Auto de Infração sob a alegação de que o demonstrativo fiscal deveria relacionar todas as notas fiscais necessárias a fundamentá-lo, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida.

Em seguida, em que pese o recorrente afirmar que a notificação não tem qualquer esteio tributário e que demonstrará nas próximas linhas, em atenção ao princípio da eventualidade, passa a tecer as seguintes considerações sobre:

1. o histórico de sua atividade ilibada;
2. o sistema tributário do Simples Nacional;
3. o tratamento diferenciado que os empresários optantes pelo “SIMPLES” deveriam ter, de modo um tanto mais favorecido, para que possam se manter no mercado gerando emprego, renda e receitas tributárias para o Estado;
4. a inconstitucionalidade da cobrança no Simples Nacional da diferença de alíquotas interestadual e interna;
5. as limitações ao poder de tributar decorrente da não cumulatividade, eis que a LC 133/06 fere diretamente a Constituição Federal em razão da ausência de previsão de compensação tributária do ICMS para os optantes do Simples Nacional;

6. as exponenciadas penalidades aplicadas, as quais significam enriquecimento ilícito do Estado, do que entende que somente poderia incidir na quantia de 2%;
7. a constitucionalidade do art. 44 da Lei nº 9.430/96, por ferir o princípio da vedação ao confisco, eis que a aplicação da multa de 75% sobre o valor exigido tem caráter confiscatório;

Ainda em atenção ao princípio da eventualidade, requer a redução de 50% da multa com base no art. 38-B, II, da Lei Complementar nº 123/06, que determina essa redução das multas aplicadas em razão da falta de prestação ou à incorreção no cumprimento de obrigações acessórias sempre que a legislação que estabelece a obrigação não prever valores específicos e mais favoráveis às empresas optantes pelo Simples.

Por fim, o recorrente requer:

- a) seja, pelos motivos citados, declarada a nulidade da notificação objeto, destinando-a ao arquivo administrativo suportando, posteriormente, o notificante, os custos havidos na produção do Recurso, ou ainda, se assim não entendido;
- b) seja considerada a constitucionalidade da cobrança no Simples Nacional de alíquotas interestadual e interna;
- c) alternativamente, seja considerado o caráter confiscatório da penalidade imposta ou aplicada a redução de 50% do valor da multa com base no art. 38-B, II, da LC nº 123/06, intimando o recorrente de todo o andamento do processo administrativo para regular exercício da ampla defesa.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, optante do Simples Nacional, no sentido de modificar a Decisão de 1<sup>a</sup> instância que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado sob a acusação de falta de recolhimento do ICMS em razão de o contribuinte considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas a substituição tributária por antecipação como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado, inerente aos exercícios de 2014 a 2016, consoante demonstrativos às fls. 13 a 36 dos autos.

Válido registrar que o recorrente, em momento algum, insurge-se contra os dados ou números apurados, limitando-se sua irresignação à preliminar de nulidade do Auto de Infração, sob a alegação de que o demonstrativo fiscal deveria relacionar todas as notas fiscais necessárias a fundamentá-lo e, no mérito, a afirmar que a notificação não tem qualquer esteio tributário, do que diz que demonstrará, mas não o faz, restringindo-se a arguir fatos estranhos à matéria em análise, tipo: a constitucionalidade da cobrança no Simples Nacional da *diferença de alíquotas interestadual e interna*, assim como as limitações ao poder de tributar decorrente da não cumulatividade do ICMS para os optantes do Simples Nacional.

Quanto à arguição de nulidade do Auto de Infração sob a alegação de que o demonstrativo fiscal deveria relacionar todas as notas fiscais necessárias a fundamentá-lo, há de destacar que, conforme consignado na acusação, assim como nas demais informações do autuante, tratam-se de receitas declaradas erroneamente pelo próprio contribuinte como se fossem mercadorias sujeitas a substituição tributária nos PGDAS (Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional). Logo, não há como o próprio declarante questionar os valores por ele mesmo informados no PGDAS, sendo, portanto, desnecessária a relação das notas fiscais que compõem tais receitas de vendas.

Por fim, para apurar a proporção da substituição tributária, às fls. 13, 21 e 29 dos autos, e comparar com as receitas com ICMS-ST declarada em PGDAS (fls. 14, 22 e 30 dos autos), de modo a constatar os valores indevidos de receitas ICMS-ST informadas pelo contribuinte, o autuante partiu das mercadorias adquiridas sem ICMS-ST e com ICMS-ST, conforme excerto às fls. 89 dos autos a saber:

*Quando da fiscalização no sistema AUDIG, ferramenta oficial da SEFAZ, para fiscalizar as empresas enquadradas no Simples Nacional, optamos para fazer os cruzamentos pelo (CFOP) das informações inseridas no AUDIG pelas entradas de mercadorias, para que pudéssemos saber realmente qual era a verdadeira proporcionalidade das mercadorias da substituição tributária, conforme demonstrativo em anexo, (fls. 13, 21 e 29).*

Para efeito de análise, a exemplo do exercício de 2016, observa-se que o sujeito passivo comprou mercadorias sem ICMS-ST no valor de R\$570.225,18 e com ICMS-ST no valor de R25.622,06 (fl. 89) e declarou no PGDAS receitas sem ICMS-ST de R\$440.722,59 e com ICMS-ST de R\$942.438,31 (fl. 30).

A partir do percentual das entradas das mercadorias adquiridas com ICMS-ST se apurou sobre o total das receitas declaradas na PGDAS o real valor das receitas com ICMS-ST (fl. 31), para efeito de segregação, cujo valor remanescente impactou na receita bruta tributada (fl. 32), para efeito de apuração do real valor do ICMS a recolher sob o regime do Simples Nacional (fl. 35).

Diante de tais considerações, rejeito a preliminar de nulidade do Auto de Infração eis que, conforme já dito, tratam-se de valores declarados pelo próprio apelante nos PGDAS, sendo, portanto, desnecessária a relação das notas fiscais que compõem tais receitas de vendas, como também por ter o sujeito passivo recebido cópia de todos os demonstrativos, conforme recibo à fl. 38 dos autos, não tendo apresentado qualquer óbice aos dados apurados.

Inerente às demais razões recursais, restam evidentes destoarem integralmente do objeto da ação fiscal e, como tal, incapazes de elidir a exação fiscal, pela qual se adequa a real receita bruta do mês, ao incluir valores relativos a vendas de mercadorias tributáveis, tidas como sujeitas à mercadorias com ICMS-ST, uma vez que, para a apuração dos valores mensais a recolher, o contribuinte deverá segregar as receitas relativas às mercadorias em que o ICMS-ST já tenha sido recolhido por substituto tributário.

Portanto, alegações estranhas à matéria, tipo: inconstitucionalidade da cobrança no Simples Nacional da *diferença de alíquotas interestadual e interna* e limitações ao poder de tributar decorrente da não cumulatividade do ICMS para os optantes do Simples Nacional, nada tem relação com a exigência de recolhimento a menor em função de segregação indevida de receitas de mercadorias sujeitas ao ICMS-ST.

Por fim, questões relativas ao caráter confiscatório da multa e inconstitucionalidade do art. 44 da Lei nº 9.430/96, falece competência a este Colegiado tal análise ou mesmo a não aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, nos termos do art. 125, I e III, do COTEB.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 210371.0017/18-0, lavrado contra BROAD & GUIMARÃES LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$54.551,71, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da LC nº 123/06, c/c o art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de agosto de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. PGE/PROFIS