

A. I. Nº - 232331.0004/19-4
AUTUADO - JOSÉ FLÁVIO M. DE ALMEIDA
AUTUANTE - LEA LÚCIA MOREIRA WEST
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET -10/03/2020

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0031-03/20

EMENTA: ICMS. 1. REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES NACIONAL. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU ALÍQUOTA APLICADA A MENOS. NÃO RECOLHIMENTO DE PARTE DO ICMS. 2. OPERAÇÕES TRIBUTADAS PELA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, DECLARADAS COMO SE O IMPOSTO JÁ TIVESSE SIDO PAGO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Defesa não apresentou elementos com o condão de elidir qualquer das acusações fiscais. Infrações mantidas. Afastada arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 29/03/2019, traz a exigência de crédito tributário, no valor histórico de R\$222.671,35, acrescido da multa de 75%, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

Infração 1 – 17.02.01 – efetuou recolhimento a menos de ICMS declarado, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando dessa forma, não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita ou da alíquota aplicada a menos, nos meses de janeiro de 2014 a junho de 2017, no valor de R\$155.502,63;

Infração 2 – 17.05.01 – deixou de recolher o ICMS, em razão de considerar receitas tributáveis como não tributáveis (imunidade, isenção ou valor fixo), nos meses de agosto e setembro de 2014, janeiro, março a dezembro de 2015, janeiro de 2016 a dezembro de 2017, no valor de R\$67.168,72.

O autuado impugna o lançamento às fls.168/172. Registra a tempestividade de sua defesa. Reproduz a acusação fiscal. Afirma que vem apresentar impugnação ao lançamento pelas razões que seguem.

Aduz que como é cediço, o lançamento fiscal é ato administrativo, e, por decorrência da sua natureza jurídica, deve, necessariamente, conter motivo, forma prescrita em lei, finalidade pública, sujeito competente e objeto. Inexistindo qualquer desses elementos, resta nulificado o ato. Sobre o tema cita o art. 142 do Código Tributário Nacional.

Diz que em situações específicas, o motivo do ato não poderá ser dispositivo genérico de lei, mas o resultado da subsunção da norma ao fato, à luz do caso concreto. Todavia, a Autuante, após toda a ação fiscal promovida na Autuada, durante a qual teve amplo acesso a seus documentos e informações, sem que qualquer embaraço lhe tenha sido criado, sequer apontou de quais os documentos fiscais ou contábeis retirou as conclusões que expôs de forma tão sucinta do Lançamento. Portanto, o Auto de Infração é carecedor de aspecto fundamental, a informar a origem do suposto débito. Nota omissão e obscuridade na autuação. Aduz que isto lhe impede o livre exercício da defesa e do contraditório.

Comenta que inobstante a incerteza jurídica contida no lançamento ora impugnado, face às razões expostas, sobretudo pela ausência da localização das supostas discrepâncias encontradas,

é possível, ao analisar e numa evidente interpretação autêntica das normas fiscais e de direito, que o auto de Infração deve ser decretado nulo de pleno direito, face a descrição dos fatos está em desacordo com o descrito nas infrações 1 e 2, conforme pg. 1 do A.I.

Afirma que a descrição dos fatos, divergem da descrição das infrações 01 e 02, uma vez que a empresa apresentou todas as fitas detalhe do período fiscalizado, e que os ditos valores constam nas informações do PGDAS, deixando a fiscalização de acostar as provas materiais que embasem o lançamento tributário.

Transcreve as descrições das infrações para acusar divergências com os fatos. Observa que este colegiado já possui decisões pacificadas, que anulam o procedimento fiscal, pois trata-se de matérias de direito, visto que a descrição fática não está em conformidade com o procedimento adotado para apurar o ICMS na infração, pois o fisco deve adotar procedimentos que não contenham vícios formais que desaguem em nulidade da autuação. Cita como exemplo Decisões do CONSEF no Acordão JJF no. 0397-05/09 e JJF no. 0040-04/17. Entende que em razão das nulidades citadas, também o mérito, resta totalmente prejudicado em razão da inexistência do crédito tributário.

Acredita num julgamento justo, mas impugna em sua totalidade todo lançamento tributário apurado, visto que na infração 02, a parte não tributável refere-se aos produtos adquiridos com substituição tributária a qual encerra a tributação do ICMS, que apesar do RICMS/BA não trazer tratativas sobre a segregação de receitas no PGDAS, a orientação encontra-se na própria legislação federal do Simples Nacional, disposição do inciso I, do § 8º, do art. 25-A da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional n. 94/2011, que reproduz.

Ante ao exposto, pede a Autuada: (i) Preliminarmente, o recebimento da impugnação e, a determinação dos efeitos do art. 151, III, do Código Tributário Nacional, com a suspensão da exigibilidade do suposto crédito tributário, objeto da notificação ora impugnada, e seus efeitos, especialmente pela impossibilidade de inclusão do seu nome e de seus associados em cadastro de devedores ou similar; (ii) o julgamento do Auto de Infração pela nulidade face à ausência de pressupostos objetivos, essenciais ao ato administrativo; (iii) na hipótese de não acatamento da preliminar de nulidade do lançamento, o julgamento, no mérito, pela procedência parcial deste lançamento sob os fundamentos aduzidos. À vista de todo exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera e requer seja acolhida a impugnação para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o débito fiscal reclamado.

A Autuante presta a informação fiscal fls.176/178. Destaca que em relação à defesa apresentada pela empresa, produz a informação fiscal, e o faz tempestivamente. Sintetiza os fatos.

Relata que as questões arguidas pela autuada estão associadas à descrição dos fatos apurados no procedimento fiscal e a relação desses fatos com o enquadramento das infrações. A autuada alega que na descrição dos fatos não foram indicados os documentos fiscais ou contábeis que deram origem ao débito; que a descrição está em desacordo com o enquadramento das infrações 01 e 02 e que, da leitura das referidas infrações, não se pode compreender com segurança o que lhe fora imputado.

Diz que para esclarecer tais questionamentos, passa a descrever o procedimento fiscal, conforme a íntegra da descrição dos fatos, folha 01, deste processo.

Explica que no levantamento fiscal das vendas registradas na memória da fita detalhe (MFD) dos ECF's utilizados, e das notas fiscais eletrônicas emitidas no período fiscalizado, verifica que o contribuinte não declarou toda a receita auferida com as vendas de suas mercadorias. O confronto entre as receitas apuradas nos documentos apresentados e as receitas declaradas no PGDAS-D configurou a infração 01, pois o contribuinte efetuou recolhimento a menor do ICMS por erro na informação da receita e, por consequência, erro na aplicação da alíquota.

Posssegue explicando que na análise das receitas declaradas, constata que o contribuinte informou mensalmente, parte da receita sem substituição tributária, como receita não tributável,

pois parcela da receita foi informada com a isenção da cesta básica. Ao informar parte da receita, na condição de isenção para o ICMS, o percentual desse tributo foi desconsiderado sobre esse montante, de modo que não foi oferecido à tributação.

Comenta que o procedimento de cálculo adotado pela empresa está autorizado para aqueles contribuintes, cujo Estado concedeu o benefício em Lei específica aos optantes pelo Simples Nacional (art. 35 da Resolução 94/2011- CGSN). A Legislação do Estado da Bahia, todavia, não prevê o referido benefício para os contribuintes do Simples Nacional. Logo, é devida a cobrança do ICMS sobre parte da receita declarada como isenta.

Assim, o contribuinte foi enquadrado, também, na infração 02, pois deixou de recolher o ICMS, em razão de considerar receita tributável, como não tributável (isenção indevida).

Aponta que da leitura da descrição retro-mencionada, tem-se a informação de que os dados sob análise foram coletados nos documentos apresentados pelo contribuinte, tais como: a memória da fita detalhe (MFD), as notas fiscais eletrônicas e as receitas declaradas no PGDAS-D. Depreende-se, também, desta leitura, a metodologia utilizada no levantamento fiscal.

Observa que além das informações contidas no próprio auto de infração, a autuada dispõe das planilhas e demonstrativos elaborados no levantamento fiscal, que lhe foram entregues conforme Termo de Entrega à fl.13 e Recibo de Arquivos Eletrônicos à fl.165. Diz que na planilha à fl.15, por exemplo, pode-se verificar que no exercício de 2014 consta nos documentos apresentados, vendas no valor de R\$2.975.822,11, e o contribuinte declarou apenas R\$799.709,77. No exercício de 2015, apuram-se vendas no valor de R\$3.202.270,63 e a empresa declarou R\$1.776.889,11, conforme planilha à fl. 22. Nos exercícios de 2016 e 2017, o contribuinte declarou a receita apurada nos documentos fiscais. No entanto, efetuou recolhimento a menor por erro na aplicação da alíquota, pois os fatos ocorridos no período de 2014 e 2015, repercutiram sobre a RTB12 dos anos seguintes, conforme planilhas às fls.31 e 36.

Sustenta que essas ocorrências levaram ao enquadramento na infração 01, recolhimento a menor, por erro na informação da receita e (ou) por erro na aplicação da alíquota.

Quanto às alegações apresentadas no item relativo ao mérito, ressalta a abordagem sobre o enquadramento na infração 02 que, segundo a autuada, está em desacordo com a descrição dos fatos relacionados a esta infração.

Anota que a infração 02, trata da falta de recolhimento do ICMS, em razão de o contribuinte declarar receita tributável, como não tributável.

Aduz que a empresa declarou parte das receitas sem substituição tributária, como receitas da isenção da cesta básica. Sabe-se que o Estado da Bahia não concedeu o referido benefício aos contribuintes optantes pelo Simples Nacional. Portanto, essas receitas são tributadas normalmente. Desse modo, fica configurada a infração 02, conforme planilhas às fls.20, 27, 32 e 37.

Sobre a alegação defensiva de que “*na infração 02, a parte não tributável refere-se aos produtos adquiridos com substituição tributária, a qual encerra a tributação do ICMS ...*”, frisa que de acordo com as informações contidas nos extratos do Simples Nacional, fls.50/162, o contribuinte declarou no PGDAS-D, as receitas com substituição e sem substituição tributária, planilhas fls.15, 22, 28 e 33.

Salienta que além de informar as receitas com substituição tributária, para não serem tributadas novamente, ao declarar as receitas sem substituição tributária, não ofereceu toda a receita à tributação, pois parcela desta, foi informada com a isenção da cesta básica. Assim, esta fração de receita não foi tributada. Se essas receitas são provenientes das vendas dos produtos com fase de tributação encerrada, conforme alega, deveriam ter sido declaradas juntamente com as receitas da substituição tributária.

Afirma que a autuada não comprovou a origem das referidas receitas, se realmente eram provenientes das vendas de mercadorias da substituição tributária. De modo que, é devida a cobrança do ICMS sobre a parcela da receita sem substituição tributária informada como isenta, conforme enquadramento na infração 02.

Concluí que a descrição dos fatos, propriamente dita, juntamente com os demonstrativos e planilhas elaborados no levantamento fiscal, conferiram ao auto de infração a clareza necessária à compreensão das infrações imputadas ao contribuinte.

VOTO

Preliminarmente, o defendant suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, sob a alegação de que a fiscalização sequer apontou de quais documentos fiscais ou contábeis retirou as conclusões que expôs de forma sucinta no Lançamento. Acrescentou que o auto de Infração deve ser decretado nulo, face a descrição dos fatos está em desacordo com o descrito nas infrações 1 e 2, do Auto de Infração.

Analisando os elementos que compõem o presente PAF, verifico que não possui suporte fático ou jurídico tal alegação. Observo que os contribuintes optantes pelo regime do Simples Nacional devem prestar declarações de suas receitas à Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos do art. 25 da Lei Complementar nº 123, que reproduzo abaixo. Verifico que o Defendente cumpriu com esta obrigação acessória, e foi com base nestes dados, que se realizou a fiscalização.

Art. 25. A microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional deverá apresentar anualmente à Secretaria da Receita Federal do Brasil declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, que deverá ser disponibilizada aos órgãos de fiscalização tributária e previdenciária, observados prazo e modelo aprovados pelo CGSN e observado o disposto no § 15-A do art. 18.

Observo dessa forma, que não há qualquer vício que imponha mácula ao lançamento, pois estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura deste Auto de Infração. Verifico também, que não há nos autos, quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação da infração, restando suficientes os elementos presentes, para se determinar, com segurança, a infração, o infrator e o *quantum* devido, conforme demonstrativos fls.14/37, que foram devidamente entregues ao contribuinte, juntamente com CD digital fls.163/165.

Sendo assim, os autos contêm os requisitos indispensáveis à sua validade nos termos do art. 39 do RPAF/99, e não vislumbro qualquer das hipóteses previstas no art. 18, do citado diploma regulamentar, para que seja decretada sua nulidade. Dessa forma, afasto as nulidades suscitadas.

O autuado é estabelecimento de contribuinte optante pelo Regime Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional. Como tal, se submete a um regime diferenciado de apuração de ICMS, estando sujeito às regras dispostas na Lei Complementar nº 123/06.

A Lei Complementar 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. Há previsão na lei acima referida, que a microempresa ou empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, deverá apresentar anualmente à Secretaria da Receita Federal do Brasil declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, que deverá ser disponibilizada aos órgãos de fiscalização tributária e previdenciária, observados prazo e modelo aprovados pelo Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN. Esta declaração se constitui em confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos tributos e contribuições que não tenham sido recolhidos, resultantes das informações nela prestadas, conforme o disposto no § 15-A do art. 18. Também os contribuintes optantes ficam obrigados a emitir documento fiscal de venda ou

prestação de serviço em suas operações, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor, sendo que o valor do tributo não pago, apurado em procedimento de fiscalização, será exigido em lançamento de ofício.

No caso em análise, a Autuada é acusada de deixar de incluir na Receita Bruta do mês, parte dos valores relativos a vendas de mercadorias conforme registrado na (MFD) memória fiscal de seu ECF – Emissor de Cupom Fiscal.

No mérito, a infração 01 acusa o autuado de ter efetuado 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 – Simples Nacional, implicando dessa forma, não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita ou da alíquota aplicada a menos, nos meses de janeiro de 2014 a junho de 2017.

O defensor não rebateu objetivamente os dados numéricos desta infração. Limitou-se a arguir nulidade apresentando entendimento de que a descrição dos fatos apurados no procedimento fiscal e a relação desses fatos com o enquadramento das infrações estavam em desacordo.

Compulsando os elementos que compõem o presente PAF, observo que, ao contrário do que afirmou o impugnante, a descrição dos fatos, juntamente com os demonstrativos e planilhas elaborados pela Autuante, não deixam dúvidas a respeito das irregularidades apuradas, atribuindo ao auto de infração a clareza necessária, à compreensão das infrações que lhe foram imputadas facilitando o amplo exercício de seu direito de defesa.

Em sede de informação fiscal, a Autuante explicou detalhadamente o procedimento utilizado na ação fiscal. Assim, no levantamento fiscal das vendas registradas na memória da fita detalhe (MFD) dos ECF's utilizados, e das notas fiscais eletrônicas emitidas no período fiscalizado, foi verificado que o contribuinte não declarou toda a receita auferida com as vendas de suas mercadorias. O confronto entre as receitas apuradas nos documentos apresentados e as receitas declaradas no PGDAS-D resultaram na infração 01, pois o contribuinte efetuou recolhimento a menor do ICMS por erro na informação da receita e, por consequência, erro na aplicação da alíquota, conforme cópias dos Extratos do Simples Nacional fls.63/162 e arquivo magnético contendo MFD fl. 164.

A título de exemplo, a Autuante informou que, no exercício de 2014 consta nos documentos apresentados (MFD), vendas no valor de R\$2.975.822,11, e o contribuinte declarou apenas R\$799.709,77. No exercício de 2015, apuram-se vendas no valor de R\$3.202.270,63 e a empresa declarou R\$1.776.889,11, conforme planilha à fl. 22. Embora o contribuinte nos exercícios de 2016 e 2017, tenha declarado a receita apurada em conformidade com os documentos fiscais, efetuou recolhimento a menos por erro na aplicação da alíquota, pois os fatos ocorridos no período de 2014 e 2015 repercutiram sobre a RTB12 dos anos seguintes, conforme planilhas às fls.31 e 36.

Neste cenário, considerando que o defensor não trouxe aos autos qualquer elemento com o condão de elidir ou modificar as irregularidades apuradas, a infração 01 é procedente.

A infração 02 trata de falta de recolhimento de ICMS, em razão de considerar receitas tributáveis como não tributáveis (imunidade, isenção ou valor fixo), nos meses de agosto e setembro de 2014, janeiro, março a dezembro de 2015, janeiro de 2016 a dezembro de 2017.

Com relação a esta infração, mais uma vez o defensor não aponta qualquer erro no levantamento fiscal respectivo, limitando-se a arguição de preliminar de nulidades que foram devidamente apreciadas. Esta infração trata da falta de recolhimento do ICMS, em razão de o contribuinte declarar receita tributável, como não tributável.

A Autuante informou que a empresa declarou parte das receitas sem substituição tributária, como receitas da isenção da cesta básica.

Observo que a tributação das empresas enquadradas no Regime do Simples Nacional é feita sobre o faturamento, portanto todas as receitas da empresa são tributadas normalmente.

No caso em análise, a Autuada é acusada de deixar de incluir na Receita Bruta do mês, valores relativos a vendas de mercadorias isentas, quando deveria tê-las incluído no montante a ser tributado, 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.

O defensor alegou que na infração 02, a parte não tributável refere-se aos produtos adquiridos com substituição tributária, a qual encerra a tributação do ICMS.

Analisando o levantamento que dá suporte a esta infração, conjuntamente com as informações contidas nos extratos do Simples Nacional, fls.50/162, verifico que o contribuinte declarou no PGDAS-D, as receitas com substituição e sem substituição tributária, conforme planilhas fls.15, 22, 28 e 33.

Observo que o autuado além de informar as receitas com substituição tributária, para não serem tributadas novamente, ao declarar as receitas sem substituição tributária, não ofereceu toda a receita à tributação, pois parcela desta, foi informada como a isenção da cesta básica. Assim, esta fração de receita não foi tributada. Se essas receitas são provenientes das vendas dos produtos com fase de tributação encerrada, conforme alegou, deveriam ter sido declaradas juntamente com as receitas da substituição tributária.

Registro ainda, que embora alegue que estas receitas seriam provenientes das vendas de mercadorias da substituição tributária, não trouxe aos autos a prova necessária para sustentar sua alegação. De modo que, é devida a cobrança do ICMS sobre a parcela da receita sem substituição tributária informada como isenta, conforme enquadramento na infração 02.

Dessa forma, o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Ressalto que o Autuado foi acusado de ter cometido as irregularidades lançadas na peça acusatória, e não trouxe ao PAF elementos que motivem a revisão do imposto que foi exigido mediante o Auto de Infração em exame. Sendo assim, as infrações 01 e 02 são subsistentes.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o auto de infração nº 232331.0004/19-4, lavrado contra **JOSÉ FLÁVIO M. DE ALMEIDA**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$222.671,35**, acrescido da multa de 75%, prevista no artigo 35 da Lei Complementar 123/06 e inciso I, do art. 44 da Lei Federal nº 9430/96, com redação dada pela Lei Federal nº 11.488/07 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR