

A. I. N° - 222560.0074/15-2
AUTUADO - EDICEL COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI - ME
AUTUANTE - WADJA DE SOUZA BARBOZA
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 09.11.2020

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0118-05/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO E RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO REFERENTE AO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES, DEVIDO PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. As exigências fiscais em lide, derivam de levantamento fiscal que confrontou as informações do contribuinte relacionadas às suas receitas submetidas e declaradas à tributação, com aquelas que foram fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito/debito. As diferenças apuradas resultaram em falta de recolhimento e recolhimento a menor do imposto, todas calculadas dentro da sistemática do Simples Nacional, de forma que a receita omitida foi tributada, e com isso, revista toda a declaração do contribuinte, com o recálculo dentro das faixas de tributação e alíquotas desse específico regime de tributação simplificado. O contribuinte, nas razões de mérito, confessa ter omitido receitas tributáveis, porém, contesta parte da exigência fiscal, afirmado que uma parcela dela deriva de ingressos não tributados pelo ICMS, mas pelo ISS, por se referirem a serviços de organização de eventos (aniversários e confraternizações), sem fornecimento de mercadorias (bebidas e comida), e. que somente houve fornecimento da expertise da empresa e mão-de-obra sua. Nos autos não foi apresentada nenhuma prova documental, livro, documento fiscal ou mesmo contrato de prestação de serviço de eventos, que demonstrem que o contribuinte tenha auferido receitas decorrentes dessas atividades. Os cupons fiscais emitidos e as declarações feitas pela empresa à Receita Federal (PGDAS), mês a mês, e documentos inseridos neste PAF, não evidenciam nenhuma receita segregada como prestação de serviço, com o devido destaque e recolhimento do ISS. O sujeito passivo não se desincumbiu do ônus de provar as suas alegações, também no mérito, no sentido de demonstrar ter auferido receitas que seriam exclusivamente tributadas pelo ISS municipal. Não acolhidas as preliminares de nulidade suscitadas pela defendant. Indeferido o pedido defensivo de remessa dos autos em diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 28/12/2015, para exigir ICMS no valor principal de R\$69.722,24, contendo duas imputações fiscais com as seguintes descrições:

Infração 01 – 17.01.01 – Deixou de recolher ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional. Fatos geradores verificados nos meses, janeiro a dezembro de 2013 e 2014, e de janeiro a setembro de 2015. Valor exigido: R\$67.151,14, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35, da Lei Complementar nº 123/06 e art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007.

Infração 02 – 17.02.01 – Efetuou recolhimento a menor 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, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação de receita e/ou alíquota aplicada a menor. Fatos geradores verificados nos meses de fevereiro a dezembro de 2013; janeiro a dezembro de 2014, e de janeiro a setembro de 2015. Valor exigido: R\$2.571,10, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35, da Lei Complementar 123/06 e art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007.

O contribuinte foi notificado do lançamento através de intimação pessoal, em 28/12/2015. Apresentou defesa administrativa protocolada em 25/02/2016, peça processual anexada às fls. 124/131, subscrita pela advogada Priscila Vitaly Pereira Mascarenhas, OAB-Ba 30.516, com procuração nos autos, doc. fl. 133 dos autos.

Inicialmente a impugnante destacou a tempestividade da peça defensiva para em seguida, arguir a nulidade do que denominou ser uma notificação fiscal eivada de vícios. Enfatizou que a “notificação” deveria relacionar todas as notas fiscais discriminadas uma a uma, requisito indispensável para configurar a infração cometida. Disse que a legislação tributária determina que o Auto de Infração deverá identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos dados como infringidos e capitular a penalidade. Ante a falha apontada, que originou a apuração de valores indevidos e aleatórios, disse ainda a defesa que a empresa também presta serviço de organização de festas, tais como aniversários e confraternizações, que não incluem bebida e comida, fornecendo a sua expertise e a sua mão-de-obra, estando sujeita, nessas prestações, ao imposto municipal sobre serviços (ISS) e não ao ICMS.

Ponderou que a conduta da fiscalização de fazer tributar dois impostos sobre o mesmo serviço gera nulidade *ab initio*, corroborando as alegações de iliquidez e incerteza do Auto de Infração. Frisou na sequencia que ao deixar de ser informada as notas fiscais, os emitentes e os valores corretos que geraram a “notificação fiscal” restou configurado cerceamento do direito de defesa, não possuindo o ato de lançamento condições de executividade forense.

Nessa linha de entendimento a defendant transcreveu na inicial, decisão judicial anulatória de Auto de Infração (Ac. nº 101-79.775/90). Além da nulidade acima mencionada a defesa sustenta a existência de outra nulidade, pois a “notificação” não teria descrito a legislação aplicável na incidência do imposto e na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas, acarretando novo cerceamento de defesa.

Caso não seja decretada a nulidade do lançamento a impugnante pede que o feito seja convertido em diligência para a apuração dos reais valores devidos, evitando assim o locupletamento indevido do Estado.

No mérito a defendant afirma que a agente fiscal demonstra em seu relatório a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias presumida por meio de levantamento de cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradoras de cartão e o recolhimento a menor por empresa do Simples Nacional, no período de 01/01/2013 a 30/09/2016. O contribuinte confessa que de fato não procedeu ao recolhimento devido, bem como incorreu em recolhimento a menor do ICMS, mas não nos valores apurados na ação fiscal. Apesar do confessado erro da empresa, a defesa reitera, no mérito, que a agente fiscal não abateu em seus cálculos os valores referentes a prestação de serviços de organização de festas de aniversário e confraternizações, que não incluem bebida e comida, fornecendo sua expertise e mão-de-obra,

estando assim, sujeita à incidência do ISS e não do ICMS, conforme a Lei Municipal nº 7.186/2006. Reafirma que nesse caso há uma clara tentativa de recolhimento tributário em duplidade para serviços distintos.

A partir de entendimentos jurisprudenciais citados na peça defensiva, observa que a atividade comercial desenvolvida pela autuada é de natureza mista, uma vez que agrega circulação de mercadorias e também prestação de serviços de organização de festas, conforme já suscitado linhas acima.

Destacou que o art. 1º, § 2º e os serviços descritos no Anexo da Lei Complementar 116/2003 que cuida do ISS, prescreve que *“Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos à incidência do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias”*.

Transcreveu, na sequência, os itens **12, 17.05 e 17.10** da Lista de Serviços, anexa à LC 116/03, com a seguinte redação: **12** – *Serviços de diversões, lazer, entretenimento e congêneres;* **17.05** – *Fornecimento de mão-de-obra, mesmo em caráter temporário, inclusive de empregados ou trabalhadores avulsos, contratados pelo prestador de serviço;* **17.10** – *Organização de festas e recepções.*

Pede que seja abatido proporcionalmente do valor atribuído como total da infração aquele correspondente ao pagamento pela organização de eventos, como forma de prevalecer o princípio do “non bis in idem” que afirma que ninguém deve ser penalizado duas vezes sobre o mesmo fato ou assunto.

A defendant requereu, ao final, a produção de todas as provas admitidas em Direito.

Prestada a INFORMAÇÃO FISCAL pela agente autuante, em 08/10/2019, peça processual juntada à fl. 136/137 deste PAF.

Quanto às nulidades suscitadas pela defesa a autuante informa que à fl. 13 do Auto existe um recibo que comprova a entrega de todas as peças que embasam o débito apurado, assinado pelo sócio da empresa, o que torna sem efeito o argumento defensivo. Entende ser também frágil a queixa defensiva de falta de descrição clara e precisa dos fatos da autuação, visto que no campo “Descrição dos Fatos” estão escritas as duas infrações e a metodologia utilizada no levantamento fiscal.

Ao ingressar no mérito, a agente autuante declarou que o contribuinte reconhece ser devedor do ICMS, contestando apenas o valor apurado nesta autuação, com a inclusão dos serviços de organização de festas de aniversários e confraternizações, que não continham fornecimento de bebidas e comida, mas apenas a expertise da empresa nessa área e mão-de-obra, tributados pelo ISS municipal.

Disse, em relação a essa parte da impugnação, que a partir dos batimentos realizados na ação fiscal através do confronto das informações do banco de dados da SEFAZ-Ba, dos cupons fiscais emitidos e das declarações feitas pela empresa à Receita Federal (PGDAS), mês a mês, em todo período fiscalizado, documentos inseridos às fls. 21 a 119 deste PAF, não constou nenhuma receita segregada como prestação de serviço, com o devido destaque do ISS. Portanto, não foi identificada essa modalidade de receita nas declarações feitas pelo próprio contribuinte.

Ao finalizar a peça informativa, pede que este CONSEF julgue PROCEDENTE na sua totalidade o Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de duas imputações fiscais, conforme foi detalhadamente exposto no relatório, parte integrante e inseparável do presente Auto de Infração.

O contribuinte suscitou nulidades do presente Auto de Infração, ao argumento de que na autuação deveriam ser relacionadas todas as notas fiscais, discriminando uma a uma, as operações objeto do lançamento, requisito indispensável para configurar a infração cometida. Que ante a falha apontada, que originou a apuração de valores indevidos e aleatórios, disse ainda a defesa que a empresa também presta serviço de organização de festas, tais como aniversários e confraternizações, que não incluem bebida e comida, fornecendo a sua expertise e a sua mão-de-obra, estando sujeita, nessas prestações, ao imposto municipal sobre serviços (ISS) e não ao ICMS. Ponderou que a conduta da fiscalização de fazer tributar dois impostos sobre o mesmo serviço gera nulidade *ab initio*, corroborando as alegações de iliquidez e incerteza do Auto de Infração. Frisou, na sequência, que ao deixar de ser informada as notas fiscais, os emitentes e os valores corretos que geraram a “notificação fiscal” restou configurado, cerceamento do direito de defesa, não possuindo o ato de lançamento condições de executividade forense.

Além da nulidade acima mencionada, a defesa sustenta a existência de outra nulidade, pois a “notificação” não teria descrito a legislação aplicável na incidência do imposto e na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas, acarretando novo cerceamento de defesa.

As alegações de nulidade articuladas na peça de defesa não se sustentam. Inicialmente, cabe consignar, que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99. Base de imponível e cálculo do imposto apurados e demonstrados pela autuante, em atendimento aos procedimentos previstos na legislação regente da matéria. Os valores apurados na ação fiscal se encontram contidos nos demonstrativos de débito (docs. fls. 17 a 20); Declarações do Simples Nacional enviadas pelo contribuinte anos calendário 2013, 2014 e 2015, mês a mês (docs. fls. 21 a 119); além da mídia digital – CD de dados – (doc. fl. 121), que contém o TEF diário das informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito. O inteiro teor dessas peças processuais foi entregue ao contribuinte quando da notificação do lançamento, conforme assinatura firmada pelo sócio da empresa, sr. Edivaldo Barbosa Souza, Termo/Recibo juntado à fl. 11, datado em 28/12/2015.

Portanto, o lançamento em lide deriva de levantamento fiscal que confrontou as informações do contribuinte, relacionadas às suas receitas submetidas e declaradas à tributação, com aquelas que foram fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito/débito, sendo apurado que os valores declarados pelo contribuinte à Fazenda Pública, foram inferiores. Estabelecida, portanto, a presunção relativa em benefício do fisco, nos termos do art. 4º, § 4º, inc. VI, letra “a” da Lei nº 7.014/96, cabendo ao contribuinte o ônus processual de desconstituir essa presunção legal.

Quanto ao enquadramento legal das infrações e consectários legais (multas, juros e atualização monetária), as mesmas estão inseridas nos campos “Enquadramento” e “Multa Aplicada”, do Auto de Infração, e no campo intimação Demonstrativo de Débito, da mesma peça (fls. 5 a 8).

Sob o aspecto formal, observo ainda que na peça acusatória, consta a indicação correta do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da indicação dos dispositivos da legislação considerados infringidos. Registre-se ainda, que a descrição das infrações na peça acusatória foi clara e determinada. O contribuinte contraditou os termos da acusação fiscal exercendo na plenitude o seu direito de defesa. Pedidos de nulidade rejeitados.

Indefiro o pedido de remessa dos autos para a realização de diligência e/ou perícia técnica, considerando que estão presentes nos autos elementos fático-probatórios suficientes para instrução e deliberação acerca do mérito da exigência fiscal, conforme será melhor detalhado no exame de mérito. Ademais, a questões suscitadas na peça de defesa não demandam análise técnica especializada, a exigir a intervenção de perito para a solução da lide.

No tocante ao mérito, conforme já alinhavado acima, as exigências fiscais em lide derivam de levantamento fiscal que confrontou as informações do contribuinte, relacionadas às suas receitas submetidas e declaradas à tributação, com aquelas que foram fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito/débito. As diferenças apuradas que resultaram em falta de recolhimento e

recolhimento a menor do imposto, foram calculadas dentro da sistemática do Simples Nacional, de forma que a receita omitida foi tributada e com isso revista toda a declaração do contribuinte, com o recálculo dentro das faixas de tributação, e alíquotas desse específico regime de tributação simplificado.

O contribuinte, nas razões de mérito, confessa ter omitido receitas tributáveis, porém, contesta parte da exigência fiscal, afirmando que uma parcela delas deriva de ingressos não tributados pelo ICMS, mas pelo ISS, por se referirem a serviços de organização de eventos (aniversários e confraternizações), sem fornecimento de mercadorias (bebidas e comida), e. que somente houve fornecimento da expertise da empresa e mão-de-obra sua.

Ocorre que nos autos não foi apresentada nenhuma prova documental, livro, documento fiscal ou mesmo contrato de prestação de serviço de eventos, que demonstrem que o contribuinte tenha auferido receitas decorrentes dessas atividades. Ademais, no caso concreto, conforme foi apurado na ação fiscal, os cupons fiscais emitidos e as declarações feitas pela empresa à Receita Federal (PGDAS), mês a mês, e documentos inseridos às fls. 21 a 119 deste PAF, não constou nenhuma receita segregada como prestação de serviço, com o devido destaque e recolhimento do ISS. Portanto, não foi identificada essa modalidade de receita nas declarações feitas pelo próprio contribuinte.

O sujeito passivo não se desincumbiu do ônus de provar as suas alegações, também no mérito, no sentido de demonstrar ter auferido receitas que seriam exclusivamente tributadas pelo ISS municipal.

Isto posto julgo, no mérito, **PROCEDENTE**, o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 222560.0074/15-2, lavrado contra **EDICEL COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI – ME**, devendo ser intimado o contribuinte, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$69.722,24**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 e art. 44, inc. I da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, em 17 de setembro de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR