

A. I. N°. - 210415.0043/19-8
AUTUADO - BAHIA FORTE DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO EIRELI.
AUTUANTE - ELIETE NOVAIS ALMEIDA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 17.03.2021

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0003-05/21-VD

EMENTA: ICMS. 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. O contribuinte não apresenta elementos com o condão de elidir a acusação fiscal. Negado pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 17/12/2019, exige ICMS no valor de R\$106.952,28, acrescido da multa de 75%, pela constatação da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 17.02.01 – efetuou o recolhimento de ICMS declarado a menos, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando dessa forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita ou de alíquota aplicada a menos, nos meses de janeiro a dezembro de 2015. Consta na descrição dos fatos, que o estabelecimento autuado esteve na condição de empresa de pequeno porte e fez opção pelo enquadramento no Simples Nacional, nos períodos de 23/05/2011 a 30/09/2013 e 01/01/2014 a 31/12/2015. O segmento no qual está inserido a empresa, tem por atividade econômica principal, comércio atacadista de máquinas e equipamentos para uso comercial, partes e peças CNAE 4665600.

O sujeito passivo apresenta impugnação fls. 124/130. Registra a tempestividade da sua impugnação. Sintetiza os fatos. Diz que não concorda com os lançamentos feitos, uma vez que desarrazoados, especialmente por ter se autorregularizado com relação aos valores outrora não declarados. Entende que a multa aplicada é em valor exorbitante e se configura em confisco, o que não é permitido.

Explica o que seria autorregularização, e que sanadas as irregularidades, a empresa fica isenta de penalidades. Informa que ao ser identificado que houve erro nas declarações, a empresa promoveu a sua regularização, declarando ICMS no valor de R\$1.920.080,21. Diz que a possibilidade de autorregularização é prevista no artigo 3º, do art. 34, da Lei Complementar 123/2006. No entanto, diz que mesmo a empresa tendo regularizado as omissões foi aplicada penalidade em valores exorbitantes, tornando impossível o adimplemento.

Invoca o princípio da boa-fé, cuja função é estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas relações obrigacionais. Sobre o tema cita jurisprudência do STJ na relatoria do ministro Humberto Martins. Invoca o art. 150, IV da CF/88 para imputar confisco e falta de razoabilidade ao lançamento fiscal. Cita o STJ e diz que o auto de infração viola o princípio do não-confisco e da razoabilidade. Sustenta que ao valor do imposto lançado está sendo acrescido R\$40.703,81, mais multa no valor de R\$80.214,15, afirmando não saber do que se trata, pois não estaria discriminado e em seu entendimento não é correção monetária e se trata do valor da multa, dividido em duas cobranças para burlar a limitação imposta pelo STF.

Afirma que a empresa exerce uma função social, sendo um princípio de grande importância. Conceitua a função social da empresa. Cita decisões do STJ com esse fundamento.

Diante do exposto, afirma que regularizada a situação, seja a penalidade aplicada cancelada, ou seja revisto o valor da multa, por se caracterizar em confisco, o que é vedado pela Constituição Federal.

A Autuante presta a informação fiscal fls. 145/148. Reproduz a irregularidade apurada e o respectivo enquadramento. Sintetiza os fundamentos da defesa. Afirma que vem apresentar informação fiscal em objeção ao processo aqui em discussão, tendo em vista a defesa administrativa apresentada, pelos motivos de fato e de direito a seguir delineados.

Explica que o autuado esteve na condição de empresa de pequeno porte e fez opção pelo enquadramento no Simples Nacional, nos períodos de 23/05/2011 a 30/09/2013 e 01/01/2014 a 31/12/2015.

Afirma que o procedimento para o cálculo do lançamento foi descrito na página 01 do Auto de Infração, com indicação dos relatórios e do Termo de Encerramento, às páginas 10 e 11, como descrição complementar, para que o Autuado tivesse pleno entendimento das infrações que lhe foram imputadas, de modo que, a descrição dos fatos seguiu orientação prevista no art. 39, inciso III do RPAF/99.

Esclarece que para o levantamento fiscal, foi aplicado o roteiro TEF mensal, exercício de 2015, no qual confronta o PGDAS-D declarado, versus as NF-e de saída, Cupons fiscais, Arrecadações e Extratos do Simples Nacional. Na descrição dos fatos, pontua que “o preposto da empresa alegou extravio da memória da fita detalhe do ECF nº BE051075600000049847, porém, apresentou o livro de Saídas com os registros devidamente escriturados, os quais serviram de base para compor a receita bruta do exercício de 2015”.

Aduz ter realizado os levantamentos fiscais para apuração do ICMS SIMPLES NACIONAL, através do sistema AUDIG (Auditoria Digital), que é validado pela SEFAZ/BA, e está formatado com base nas diretrizes da LC nº 123/06, art. 18, caput e §§ 1º e 3º e Resolução 140 do CGSN (Comitê Gestor do Simples Nacional).

Esclarece que a regra prevista no art. 21, inciso I da LC 123/06 determina que o contribuinte deverá apurar o ICMS Simples Nacional na forma prevista nos art. 18 a 20 da LC 123/06, e fazer o recolhimento através de documento único de arrecadação (DAS). O procedimento fiscal teve como objetivo verificar se o valor recolhido mensalmente no documento especificado no inciso I, do art. 21 da LC 123/06, foi calculado obedecendo as regras previstas nos art. 18 a 20 da mesma Lei, de maneira que, após apurar o ICMS devido, confrontou-se este, com o valor do ICMS recolhido (ICMS Simples Nacional) e constataram-se diferenças de ICMS Simples Nacional ainda a recolher. Desse modo, conclui que não se desviou da infração imputada à Autuada, nem do procedimento fiscal que apurou o débito.

Prossegue explicando, que para apuração do levantamento fiscal, foram confrontadas as Receitas Brutas com vendas de mercadorias (livros de saída 2015 - cupons fiscal e notas fiscais eletrônicas de venda emitidas em 2015, capturadas através do sistema SEFAZ/BA) em confronto com o TEF e os valores declarados em PGDAS-D (Extrato do Simples Nacional, páginas 66 a 100) que estão demonstradas nos relatórios, exercício de 2015: Anexo 1 – Apuração Mensal das Omissões de Saída das Vendas (página 23); Anexo 2 – Cálculo da Receita Apurada/Apuração de Existência de Divergência de Base de Cálculo/ Apuração da Receita Total da Empresa/Infrações Apuradas-Receitas sem ST/Infrações Apuradas Receitas com ST (páginas 24 a 28); Anexo 3 – Apuração do ICMS por tipo de Infração/ Apuração da Alíquota do ICMS a recolher (páginas 29 e 30); Proporcionalidade da Substituição Tributária baseada nas compras (páginas 31) e Lista de Documentos Fiscais Emitidos (páginas 31 a 45). Observa que não houve declaração retificadora do Simples Nacional após ciência do autuado (resumo da consulta PGDAS-D, página 141 e 142).

Elabora quadro sintetizando os lançamentos zais do exercício 2015.

Esclarece que no período fiscalizado foram lavrados dois Autos de Infração contra a empresa em questão. No caso presente, a informação fiscal é atinente ao ICMS Simples Nacional, conforme já descrito. O segundo auto de infração é o de nº 2104150044/19-4, referente ao ICMS antecipação parcial e ICMS antecipação total que aqui, não está sendo discutido.

Esclarece que a autorregularização invocada, faculta às administrações tributárias utilizar o procedimento da notificação com o objetivo de sanar eventuais erros na declaração da receita. Transcreve o § 3º, do art. 34, da LC 123/06.

Sobre a alegação do impugnante de que a empresa procedeu a regularização, declarando ICMS no valor de R\$1.920.080,21, verificou que no banco de dados INC Fiscal da SEFAZ BA, consta valores equivalentes ao citado, porém se refere a irregularidade diversa da aqui discutida. Informa que a numeração do código de receita difere do código 709 - ICMS Simples Nacional. Constata que há um débito declarado referente ao PAF 8500007865/19-3, lavratura 05/11/2019, período de ocorrência 31/01/2016 a 31/07/2019, Infração 02.12.01, Omissão DMA, valor histórico R\$999.257,17, acréscimo moratório R\$260.255,42, multa R\$499.628,52, honorário R\$175.913,97, total R\$1.935.055,08, (conforme demonstrativo de débito em anexo, página 143 e 144). Portanto, conclui que a alegação de autorregularização, não tem relação com o lançamento ora discutido.

Quanto à reclamação do autuado de que a multa é confiscatória, esclarece que sua base legal está no artigo 96, inciso I da Resolução 140/2018, do Comitê Gestor do Simples Nacional.

Conclui que as justificativas apresentadas pelo impugnante, sem as provas materiais, contrárias àquelas já anexadas aos autos, não foram capazes de elidir a ação fiscal, portanto, considera devido o ICMS Simples Nacional, razão pela qual, pede que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Preliminarmente, observo que o presente Auto de Infração contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois a sua lavratura, obedeceu ao disposto no art. 39 do RPAF/99, incorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício. A irregularidade apurada está devidamente demonstrada no levantamento fiscal fls. 23/45, que servem de base ao Auto de Infração, gerados no Programa AUDIG, onde se pode verificar claramente, que omitiu receitas tributáveis do Fisco detectadas em ação fiscal, no exercício fiscalizado, tendo sido dada ciência ao contribuinte fls. 121/122, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. Assim, a apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

No mérito, o Autuado foi acusado de ter efetuado recolhimento de ICMS declarado a menos, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando dessa forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita ou de alíquota aplicada a menos, nos meses de janeiro a dezembro de 2015.

O Autuado é empresa optante pelo Regime Unificado de Tributação do Simples Nacional, e como tal, se submete a uma tributação diferenciada. Assim, essas empresas devem prestar declarações de suas receitas, anualmente, à Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos do art. 25 da Lei Complementar nº 123/06.

Em sede de informação fiscal, a Autuante esclareceu que para o levantamento fiscal, foi aplicado o roteiro TEF mensal, exercício de 2015, no qual confrontou o PGDAS-D declarado, versus as NF-e de Saídas, Cupons fiscais, Arrecadações e Extratos do Simples Nacional. Desse confronto constatou-se as diferenças de ICMS Simples Nacional ainda a recolher, nos termos das planilhas elaborados e do quadro sintético apontado a seguir:

RECEITA APURADA COM DOC EMITIDOS	RECEITA TOTAL DECLARADA EM PGDAS	DIFERENÇA DE BASE DE CÁLCULO TRIBUT. (SEM ST)
4.641.512,35	1.684.828,99	2.486.764,49
ICMS DEVIDO	ICMS DECLARADO	ICMS A RECOLHER
153.666,26	46.713,35	106.952,28

Da análise dos elementos que compõem o presente PAF, verifico que o procedimento da fiscalização se encontra em consonância com os arts. 18 e 21 da Lei Complementar 123/2006, tendo em vista que, ao se adicionar a receita omitida à receita declarada fica caracterizado o recolhimento a menos do imposto por erro na informação da receita e/ou por aplicação equivocada da alíquota.

Observo que os §§ 1º, 2º e 3º, do art. 18 da Lei Complementar 123/2006, que reproduzo a seguir para melhor entendimento, assim dispõe:

Art.18. O valor devido mensalmente pelas microempresas ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional será determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas, calculadas a partir das alíquotas nominais constantes das tabelas dos Anexos I a V desta Lei Complementar, sobre a base de cálculo de que trata o § 3º deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3º;

No caso em análise, o Autuado é acusado de deixar de incluir na Receita Bruta do mês, valores que foram omitidos do Fisco, 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. Dessa forma, ao absorver estas receitas que foram omitidas, no cálculo do imposto devido incidirá novas alíquotas, tudo em consonância com a multicitada Lei 123/2006.

O defendente alegou, que não concorda com os lançamentos feitos, uma vez que desarrazoados, especialmente por ter se autorregularizado com relação aos valores outrora não declarados. Acrescentou que, ao ser identificado, houve erro nas declarações, a empresa promoveu a sua regularização, declarando ICMS no valor de R\$1.920.080,21, portanto, não teria mais qualquer débito com o fisco para o período autuado.

Sobre a omissão de receita, a possibilidade de autorregularização é prevista no § 3º, do art. 34 da Lei Complementar 123/2006, *in verbis*:

Art. 34. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.

(...)

§ 3º. Sem prejuízo de ação fiscal individual, as administrações tributárias poderão utilizar procedimento de notificação prévia visando a auto regularização, na forma e nos prazos a serem regulamentados pelo CGSN, que não constituirá início de procedimento fiscal.

Da leitura do dispositivo reproduzido, verifica-se claramente que a notificação prévia para autorregularização das informações enviadas ao fisco pelas empresas optantes do Simples Nacional, consiste numa faculdade das administrações tributárias, com o objetivo de sanar eventuais erros na declaração da receita, considerando o termo legislativo “... poderão utilizar”. Entretanto, é fato que, havendo autorregularização antes do início de uma ação fiscal, o adimplemento da obrigação tributária, equivale a uma denúncia espontânea, e deve ser considerado pela fiscalização.

Em sede de informação fiscal, a Autuante explicou que a alegação de autorregularização, não tem relação com a infração imputada, e tampouco, com o levantamento fiscal detalhado no

presente lançamento. Informou que o defendente deve estar associando, equivocadamente, à existência no banco de dados INC Fiscal da SEFAZ BA, de um débito declarado referente ao PAF 8500007865/19-3, lavratura 05/11/2019, período de ocorrência 31/01/2016 a 31/07/2019, Infração 02.12.01 - Omissão DMA, valor histórico R\$999.257,17, mais acréscimo moratório, multa e honorário, totalizando R\$1.935.055,08, (conforme demonstrativo de débito que anexa, página 143 e 144).

Analisando os elementos que compõem o PAF, observo que no presente caso, o contribuinte não comprova que o valor lançado no presente auto de infração, estaria incluso no montante declarado como recolhido aos cofres públicos, decorrente de autorregularização. Ademais, os valores de recolhimentos existentes no banco de dados da SEFAZ, referem-se claramente a Infração 02.12.01 - Omissão DMA, ocorrências 2016 e 2017, portanto, período em que o contribuinte se encontrava fora do regime diferenciado do SIMPLES NACIONAL.

Sendo assim, acato as conclusões da Autuante e declaro a infração integralmente procedente.

Por fim, o defendente requereu o cancelamento ou redução da multa aplicada na autuação, tendo em vista que considera a mesma, desproporcional, desarrazoada e confiscatória.

Saliento que na forma do art. 35 da LC 123/06, para quantificação da multa de ofício, a Autuante fez o enquadramento conforme a Lei 9.430/96, art. 44, I e § 1º, no qual se vê que a sanção prevista será de 75%, nos casos de falta de recolhimento, falta de declaração ou declaração incorreta.

Dessa forma, a multa está prevista em Lei e foi aplicada corretamente. Deixo de acatar o pedido de redução da multa, visto que esta Junta de Julgamento Fiscal não possui competência para tanto, nem pode apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda (art. 167, I RPAF/99).

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do 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 **210415.0043/19-8**, lavrado contra **BAHIA FORTE DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto, no valor de **R\$106.952,28**, acrescido da multa de 75%, prevista no artigo 35 da Lei Complementar 123/06, e inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei Federal nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões Virtuais do CONSEF, 28 de janeiro de 2021.

TOLTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR