

A. I. Nº - 225061.0029/13-4
AUTUADO - DANIELLA DE JESUS E SILVA CIRILO
AUTUANTE - CÂNDIDO DE ARAÚJO CORREA JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 17/12/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0317-03/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. O lançamento de crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito, estipuladas nas leis e regulamentos, existem rotinas administrativas a serem observadas, visando à correção da atividade fiscalizadora. A falta de anexação de notas fiscais oriundas do Sistema CFAMT e do SINTEGRA ao processo, cerceou o direito de defesa do contribuinte, a partir do descumprimento do quando previsto no art. 46 do RPAF/99. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 27/08/2013, exige crédito tributário no valor de R\$113.060,64 em razão do recolhimento a menos do 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, o não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita ou de alíquota aplicada a menos, nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2011, no valor de R\$113.060,64, acrescido da multa de 70%;

O Autuado ingressa com defesa fls. 61/67. Frisa que é adequada e tempestiva. Transcreve a acusação fiscal e sua fundamentação legal. Diz que no que pese a proficiência da atividade desempenhada pelo agente de tributos, impõe-se a apresentação da presente defesa, requerendo a improcedência do auto de infração ante as razões fáticas e jurídicas a seguir aduzidas.

Observa que o exercício da atividade fiscalizatória por agente de tributos somente passou a produzir efeitos a partir de 01.07.2009, nos termos do Decreto nº. 11.806/2009. Períodos anteriores a tal data não pode ser objeto de autuação por quaisquer agentes de tributos, mas tão somente por auditores fiscais. Transcreve o inciso II, art. 42 da legislação citada. Diz que o referido decreto alterou a redação anterior, que, por sua vez, limitava a competência para a lavratura de auto de infração aos auditores fiscais.

Aduz que o auto de infração em comento, mostra-se improcedente quanto ao período de janeiro à junho/2009, pois o agente de tributo que lavrou o auto de infração em comento, não possui competência tributária para tal fim, competência esta, somente existente a partir de 01.07.2009.

Menciona que ao lavrar o auto de infração, o agente de tributos omitiu-se de indicar qual o artigo da legislação tributária faz menção a incidência de ICMS em operações realizadas no fornecimento de carne bovina ao consumidor final, bem como se absteve de indicar qual base legal utilizou para definição de alíquotas.

Assevera que a ausência de capitulação implica nulidade do auto de infração, pois impede que o contribuinte tenha acesso as informações que embasaram a lavratura do referido auto. Diz que a omissão/ausência de qualquer dispositivo legal lastreia suposta hipótese de incidência tributária e

dever de recolhimento de tributo, implica inviabilização do direito a ampla defesa e ao contraditório, bem como ao devido processo legal. Pugna pela nulidade do auto de infração.

No mérito, esclarece que é empresa de pequeno porte que atua no comércio de carne, classificando-se como açougue, isto é, adquire mercadoria junto a frigoríficos, e, posteriormente, revende ao consumidor final. Diz que a comercialização de carne ao consumidor final, conforme previsto no atual Regulamento do ICMS, quanto no anterior, não é tributável, especificamente, sob a modalidade de isenção. Discorre sobre o benefício da isenção.

Afirma ter efetuado a operação de venda de mercadoria (carne bovina) ao consumidor final, mediante a exação de um preço. Diz que a *priori* restariam preenchidos todos os requisitos necessário para configuração da obrigação tributária (sujeitos passivo e ativo, base de cálculo, alíquota, critérios temporais e espaciais), contudo, o Estado no exercício de sua competência tributária, dispensou o recolhimento de qualquer valor a título de tributo, *in casu*, ICMS.

Sobre o tratamento legal dado a matéria no Estado da Bahia, transcreve o art. 271 do RICMS/BA. Conclui que não tem a obrigação tributária de recolher ICMS referente a comercialização de carne, pois houve a efetiva dispensa tanto do lançamento quanto do seu pagamento.

Indaga se eventual descumprimento de obrigação acessória poderia erigir uma obrigação de pagar ICMS, mesmo quando estar-se diante de isenção. Diz que a resposta negativa se impõe, pois o eventual descumprimento de obrigação acessória não é apta a fazer surgir uma obrigação principal. menciona que a isenção concedida não é condicionada ao cumprimento de qualquer obrigação acessória e a obrigação principal, segundo o art. 113, § 1º do CTN, “*surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente*”, logo, admitir o surgimento de obrigação principal por suposto descumprimento de obrigação acessória, implicaria violação ao princípio da legalidade. Compara a questão em análise com o tratamento dado pela receita federal aos rendimentos não tributáveis com relação ao imposto de renda.

Salienta que não há no RICMS/BA qualquer previsão de incidência de ICMS nas operações relativas comercialização de carne realizadas por açougues aos consumidores finais, muito menos, a incidência do imposto nestas operações, quando a referida empresa for enquadrada no Simples Nacional. Pugna pela total improcedência do auto de infração.

Argui que a multa de 75% aplicada no presente auto de infração é calculada a partir de quantia devida a título de obrigação principal, de modo que se a quantia a ser pagar é 0 (zero), a multiplicação desta por 75% também será 0 (zero). Conclui ser esta inaplicável à matéria analisada.

Menciona que o art. 44, I, da Lei 9.430/96 indicado pela autoridade autuante como hábil a lastrear a aplicação de multa de 75%, somente pode ser aplicável no âmbito federal quando se está diante de tributos federais. Diz que no caso em voga, o ICMS é tributo estadual, cujo auto de infração foi lavrado por agente de tributo estadual, de tal sorte que se mostra plenamente ilegal a aplicação da vergastada multa.

Requer o conhecimento da presente Impugnação, para julgar improcedente o auto de infração. O Autuante em informação fiscal fls. 83/84 C, repete a acusação fiscal.

Diz que na defesa apresentada pelo autuado o argumento citado nas páginas 62 e 63, do período de fiscalização, que diz: “... o agente de tributos que lavrou o auto de infração em comento não possui competência tributária para tal fim, competência esta, somente existente a partir de 01/07/2009”, é improcedente e protelatório. Menciona que contra fatos não há argumentos, pois o Auto de Infração possui respaldo legal, competência tributária e objetividade.

Sobre a alegação de ausência de capitulação legal, o Auto de Infração, na página 02 informa o enquadramento [Art. 21, I da Lei Complementar 123/06], assim sendo, foi dado ao autuado amplo direito de defesa.

Quanto à razão do mérito citada pelo autuado na página 64, destacando o art. 271 [Redação anterior], afirma que ao analisar com mais cautela os relatórios nas páginas 10, 20 e 36 constata erro no enquadramento da infração e, por conseguinte no auto de infração [Improcedente].

Por fim, declara cumprir o dever moral de reconhecer sua falha.

VOTO

No presente lançamento o contribuinte foi acusado de ter declarado a menos o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando dessa forma, o não recolhimento de parte do ICMS, decorrente de erro na informação da receita ou de alíquota aplicada a menos.

Na fase defensiva o autuado alegou nulidade aduzindo que a ação fiscal foi desenvolvida por servidor incompetente, visto que no âmbito da Secretaria da Fazenda estadual, os agentes de tributos somente passaram a ter competência para lavratura de auto de infração a partir de 01.07.2009, nos termos do Decreto nº 11.806/2009. Nesse sentido, aduziu que os valores correspondentes aos meses de janeiro a junho de 2009 seriam nulos.

Observo que este entendimento encontra-se equivocado. Na verdade a competência tributária para lavratura de auto de infração até o advento da citada Lei era privativa dos auditores fiscais. Logo, os agentes de tributos estaduais não poderiam realizar lançamento fiscal até o dia 30.06.2009. A partir da vigência do Decreto nº 11.806/2009, ou seja, 01.07.2009, é plena a competência dos agentes de tributos para exercerem a fiscalização no trânsito de mercadorias e nas empresas optantes pelo Simples Nacional, como é o caso da autuada. Importante registrar que o Auto de Infração foi lavrado em 27/08/2013, portanto, data em que o citado diploma legal se encontra em plena vigência.

O sujeito passivo pugna pela improcedência da autuação, pois entende que como se trata de empresa de pequeno porte que atua no comércio de carne, classificando-se como açougue, adquire mercadoria junto a frigoríficos, e, posteriormente, revende ao consumidor final, portanto conforme previsto no Regulamento do ICMS/BA, a venda de carne não seria tributável, visto que tais operações gozam do benefício da isenção.

Quanto a esta alegação, constato que o autuado, optante do Simples Nacional desde 01/07/2007, com fundamento no art. 271 do RICMS/BA que isentou do ICMS as operações com os produtos comestíveis, inclusive embutidos, resultantes do abate de aves e gado, entendeu que essas operações, que se constituem na quase totalidade de suas transações comerciais, deveriam ser excluídas do cálculo da Receita Bruta para fins do cálculo dos impostos devidos.

Registre-se que a adesão ao Simples Nacional é facultativa e não compulsória. Constituinte-se em submissão a um regime específico de apuração simplificado com base na Receita Bruta auferida pelo optante que serve de parâmetro unificado para o cálculo de vários impostos, contribuições fiscais e previdenciárias.

A Lei Complementar nº 123/06, que instituiu o Simples Nacional em seu art. 24, estabelece a vedação da utilização de qualquer valor a título de incentivo fiscal.

Como se depreende do dispositivo legal, ao optar pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições fica o contribuinte impedido de utilizar simultaneamente qualquer benefício ou desoneração tributária.

Ademais, como a apuração da base de cálculo no Simples Nacional depende da Receita Bruta auferida, da análise do art. 18 e dos §§ 1º e 4º, itens I a V da Lei Complementar nº 123/06, que trata das Alíquotas e Base Cálculo, verifica-se não restar dúvida alguma de que inexistente, sob qualquer pretexto, previsão para redução ou eliminação parcial da receita de vendas de mercadorias.

Assim, entendo que o contribuinte optante do Simples Nacional, por total falta de previsão legal, não pode excluir da receita bruta decorrente da revenda de mercadorias qualquer valor, mesmo se tratando de mercadorias amparadas por isenção, uma vez que o sistema de apuração do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições é exclusivo e não contempla a exclusão de qualquer mecanismo ou instituto tributário. Na utilização da Receita Bruta para o cálculo do imposto devido é necessário que o contribuinte apenas considere destacadamente as diversas receitas para fim de pagamento.

Poderia o contribuinte, ao fazer sua opção pelo Regime Simplificado, proceder a uma análise sobre a conveniência, ou não de aderir ao Simples Nacional, já que, sendo a preponderância de suas operações isentas, caberia uma avaliação comparando a repercussão da adoção de Regime Normal de Apuração.

Neste passo, ao contrário da conclusão a que chegou o autuante, entendo que existem receitas que não foram oferecidas à tributação pelo autuado.

No entanto, da análise dos elementos que compõem o PAF, vejo que o autuante deixou de colacionar as notas fiscais que serviram de base para o levantamento fiscal.

Observo que já se encontra sedimentado neste Conselho o entendimento de que é imprescindível o Fisco trazer aos autos a comprovação da realização da operação obtida junto ao fornecedor, anexando ao processo as notas fiscais colhidas pelo SINTEGRA, a fim de que se possa determinar, com segurança, a infração imputada ao sujeito passivo.

Este órgão Julgador tem decidido no sentido de que há a necessidade da juntada ao PAF de todas as notas fiscais coletadas no SINTEGRA e CFAMT, a exemplo do acórdão CJF nº 0015-12/10 que confirmou decisão de primeira instância deste CONSEF no sentido de que houve cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, a partir do descumprimento do quando previsto no art. 46 do RPAF/99, devido a falta de anexação de notas fiscais oriundas do Sistema CFAMT ao processo, a partir de terceiro que não é sujeito passivo na presente ação fiscal, enquadrando o fato no previsto no art. 18, II e IV, a, do RPAF/BA.

Ante ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Diante disso, com fulcro no art. 156 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99 represento a autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, a fim de exigir o crédito tributário em novo Auto de Infração a salvo do vício aqui apontado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **225061.0029/13-4**, lavrado contra **DANIELLA DE JESUS E SILVA CIRILO**.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR