

**PROCESSO** - A. I. Nº 209205.0003/14-6  
**RECORRENTE** - BRASTOMATE AGROINDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA. (BRASTOMATE)-EPP  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0220-03/14  
**ORIGEM** - INFAZ CRUZ DAS ALMAS  
**INTERNET** - 03/06/2015

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO CJF Nº 0132-12/15

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CLASSIFICADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE INCLUSÃO DAS OPERAÇÕES ISENTAS NAS DECLARAÇÕES COMPETENTES, ASSIM COMO NO RECOLHIMENTO. SIMPLES NACIONAL. A determinação da base de cálculo do tributo devido em razão do Regime Simplificado Nacional é levada a efeito de acordo com a receita bruta e não há previsão para redução ou eliminação parcial de ganhos. Rejeitado pedido de conversão de diligência suscitada, de ofício, pelos conselheiros classistas. Não acolhida a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão contida no Acórdão 3ª JF Nº 0220-03/14, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 22/05/2014 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 259.129,79, acrescido da multa de 75%, prevista nos artigos 35 da LC 103/2006 e 44, I da Lei Federal nº 9.430/1996, sob a acusação de falta de recolhimento, em razão de ter considerado receitas tributáveis como não tributáveis (“*imunidade, isenção ou valor fixo*”).

A Junta de Julgamento Fiscal (JF) apreciou a lide no dia de 01/10/2014 (fls. 109 a 115), decidindo pela Procedência por unanimidade, nos termos a seguir reproduzidos.

*“O Auto de Infração em tela exige ICMS em razão da falta de recolhimento do referido imposto em razão de considerar receita tributável como não tributável referente (imunidade, isenção ou valor fixo), consoante demonstrativos constantes às fls. 09 a 13 e 40 a 44.*

*Inicialmente quanto à preliminar de nulidade argüida pelo defendente, que além de invocar afronta ao princípio da Tipicidade Tributária, suscitou não constar dos autos fundamentação demonstrando a irregularidade apontada e a inexistência de previsão legal para o lançamento, constato que não deve prosperar a pretensão do impugnante, eis que o Auto de Infração encontra-se revestido das formalidades legais, nele estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário apurado e, precipuamente, a natureza da infração e seu correspondente enquadramento legal.*

*A falta de recolhimento do imposto em decorrência de não ter o autuado considerado na receita bruta auferida todas as operações previstas expressamente no §§ 1º e 4º do art. 18 da Lei Complementar 123/06, é o que se depreende nitidamente do teor da acusação fiscal explicitada no Auto de Infração, nos demonstrativos de apuração e de débito elaborados pelo autuado, entregues ao impugnante e acostados aos autos às fls. 09 a 13 e 40 a 44, e principalmente, na indubitável condição do contribuinte autuado de optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.*

*Neste termos, não acolho a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal. Como demonstrado, inexistem nos autos qualquer afronta ao princípio da Tipicidade Tributária, uma vez que a acusação fiscal, além de demonstrar que a irregularidade apurada se subsume ao dispositivo legal infringido, afigura-se veiculada com clareza contemplando de forma inequívoca a fundamentação da infração imputada. Por seu turno, os levantamentos fiscais explicitam a origem e a discriminação dos valores e que embasaram a exigência fiscal, em*

*plena observância ao direito à ampla defesa e ao contraditório.*

*No mérito, o impugnante em sede defesa aduziu que a receita auferida proveniente da comercialização de produtos hortifrutigranjeiros por seu estabelecimento no período apurado no Auto de Infração não pode ser tributada em função da isenção prevista no art. 14 do RICMS-BA/97. Em suma, este é o eixo da argumentação adotada pelo impugnante para elidir a acusação fiscal.*

*Cabe destacar que a Lei Complementar nº 123/06, que instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte, denominado Simples Nacional, estabelece expressamente, no art. 24, abaixo reproduzido, que as microempresas e as empresas de pequeno porte inscritas neste regime, não poderão utilizar ou destinar qualquer valor a título de incentivo fiscal:*

*Art. 24. As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não poderão utilizar ou destinar qualquer valor a título de incentivo fiscal.*

*No mesmo sentido, no âmbito da legislação estadual, esta vedação se encontra inserida no RICMS-BA/97, art. 385, e no art. 320 do RICMS-BA/12.*

*Da interpretação do dispositivo acima transcrito, infere-se que, ao optar pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, o contribuinte fica impedido de utilizar simultaneamente qualquer benefício ou desoneração tributária.*

*É importante salientar que a adesão ao Simples Nacional é facultativa e não obrigatória. Cabendo ao contribuinte, antes de fazer sua opção pelo Regime Unificado de Arrecadação, proceder à uma análise sobre a conveniência, ou não de aderir ao regime, já que, sendo a preponderância de suas operações isentas, caberia uma avaliação comparativa da repercussão na carga tributária de suas operações resultante da adoção do Regime Unificado - Simples Nacional e do Regime Normal de Apuração.*

*O Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional é específico de apuração simplificada com base na Receita Bruta auferida pelo optante, que serve de parâmetro para o cálculo de vários impostos, contribuições fiscais e previdenciárias.*

*A apuração alíquotas e base cálculo pelo regime do Simples Nacional é definido pelo o art. 18 e dos §§ 1º e 4º, itens I a V da Lei Complementar nº 123/06, in verbis:*

*Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I desta Lei Complementar.*

*§ 1º Para efeito de determinação da alíquota, o sujeito passivo utilizará a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao do período de apuração.*

*[...]*

*§ 4º O contribuinte deverá considerar, destacadamente, para fim de pagamento:*

*I - as receitas decorrentes da revenda de mercadorias;*

*II - as receitas decorrentes da venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte;*

*III - as receitas decorrentes da prestação de serviços, bem como a de locação de bens móveis;*

*IV - as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária e tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), bem como, em relação ao ICMS, antecipação tributária com encerramento de tributação;*

*V - as receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou da sociedade de propósito específico prevista no art. 56 desta Lei Complementar.*

*Assim, a apuração da base de cálculo depende da Receita Bruta auferida, conforme análise dos dispositivos acima, não resta dúvida alguma de que inexistia previsão para redução ou eliminação parcial da receita de vendas de mercadorias. Como evidenciado o art. 18 da Lei Complementar nº 123/06, bem como o art. 3º, §9º da Resolução nº 31/08 só autorizam a segregação das receitas oriundas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.*

*Fica patente que por falta de previsão legal, o contribuinte optante do Simples Nacional, 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 alicerçado exclusivamente nas receitas auferidas que expressamente define e não contempla a exclusão de receitas decorrentes de operações beneficiadas por mecanismo ou instituto tributário não previsto.*

*Saliento que este tem sido o entendimento consolidado das Câmaras de Julgamento deste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos e do ACÓRDÃO CJF nº 0255-13/13, conforme ementa, in verbis:*

**3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO CJF Nº 0255-13/13**

**EMENTA:** ICMS. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Os contribuintes inscritos no Simples Nacional não podem realizar operações amparadas por isenção ou por quaisquer outros benefícios fiscais. As receitas auferidas nas operações com produtos horti-fruti-granjeiros deverão integrar a receita bruta mensal do estabelecimento para fins de recolhimento mensal do imposto. Lei Complementar nº 123/06, art. 24 e RICMS-BA/97, art. 385. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

*De igual modo, este entendimento encontra-se firmado em Parecer /DITRI nº 05931/2009, que em resposta a consulta sobre matéria semelhante, informa que a comercialização de mercadorias com esse tipo de benefício fiscal, não serão desoneradas do imposto, devendo as receitas relativas a estas saídas, integrarem a receita bruta mensal auferida pelo estabelecimento, para fins de recolhimento do Simples Nacional.*

*Logo, ante inexistência de previsão legal para ser considerada destacadamente no cálculo da receita bruta mensal, as operações sujeitas ao benefício fiscal da isenção, como no presente caso, devem ser incluídas na receita de vendas, revendas ou de prestação de serviços, restando, portanto, caracterizada a autuação.*

*No que diz respeito à multa sugerida no Auto de Infração, constato que se encontra prevista no art. 35 da Lei Complementar 123/06, art. 44, inciso I da Lei Federal nº 9.430/96 de 27/12/96 com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/2007, sendo a correta para infração praticada por contribuinte optante do SIMPLES NACIONAL, inclusive em relação ao ICMS, portanto, deve ser mantida.*

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

Inconformado e com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999, o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 127 a 142, no qual inicia aduzindo a tempestividade da peça, ressaltando a sua idoneidade e sintetizando os fatos.

Em preliminar, tomando por base os princípios da tipicidade tributária e o da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/1988), juntamente com doutrina, assevera que “o núcleo legal enquadrado pelo fiscal não traz a lume a infração correspondente à descrição dos fatos”. A seu sentir, o agente de tributos fundamentou o ato administrativo de forma genérica e atentou contra o princípio da moralidade administrativa, fulminando assim o lançamento de ofício com nulidade de tal monta que não é possível sequer retificá-lo.

No mérito, entende que há isenção relativa aos produtos que comercializa (hortifrutigranjeiros), o que afirma com fulcro no art. 14, RICMS/1997, transcrito às fls. 138/139. Por isso, conclui que as receitas respectivas não podem ser tributadas

Prossegue afirmando que a multa é confiscatória, já que os fatos constatados não resultaram em falta de recolhimento de tributo. Segundo alega, a interpretação literal do disposto na legislação não atinge o escopo maior da lei, qual seja, a justiça ao caso concreto.

Requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Instada a se manifestar, a PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 153/154, opina pelo não provimento do apelo, afastando a tese de nulidade, uma vez que a tipificação é a falta de recolhimento do ICMS – Simples Nacional. O recorrente praticou operações tributáveis como não tributáveis.

No mérito, apesar de os produtos serem qualificados como isentos na legislação genérica do ICMS, o sujeito passivo optou pelo indigitado Regime, o qual inclui essas receitas (isentas) na cesta de tributos sujeitos ao mesmo.

Na assentada de julgamento, o conselheiro José Antônio Marques Ribeiro propôs a conversão do feito em diligência, mas restou vencido.

## **VOTO**

No que diz respeito à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, que

analisou todas as questões ventiladas na peça de defesa, o agente de tributos e os julgadores de primeira instância expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram a acusação, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados e cálculos, assim como apontando o embasamento jurídico, que se mostra correto, específico e compreensível, e não genérico.

Não foi identificada violação aos princípios da motivação dos atos ou da moralidade administrativa, do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º, Decreto nº 7.629/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados pelo contribuinte, quer na petição recursal, quer na impugnação.

Conforme muito bem assinalado no julgamento de origem, a LC 123/2006 dispõe, no seu art. 24, que as microempresas e as empresas de pequeno porte inscritas no Simples Nacional não poderão utilizar ou destinar qualquer valor a título de incentivo fiscal. Na legislação estadual há dispositivos correspondentes, encontrados no art. 385, RICMS/1997, assim como no art. 320, RICMS/2012.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

O aspecto supostamente confiscatório da multa não pode ser apreciado neste foro, a teor do art. 167, I do RPAF/1999.

No mérito, uma vez rejeitada a proposta de diligência, a determinação da base de cálculo do tributo devido em razão do Regime Simplificado em enfoque é levada a efeito de acordo com a receita bruta e não há previsão para redução ou eliminação parcial de ganhos. Aliás, há expressa vedação (art. 385, RICMS/1997 e art. 320, RICMS/2012).

O art. 18 da Lei Complementar nº 123/2006 e o art. 3º, §9º da Resolução (do Comitê Gestor do Simples Nacional) nº 31/2008 somente autorizam a segregação das receitas decorrentes de operações sujeitas ao regime de substituição tributária.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **209205.0003/14-6**, lavrado contra **BRASTOMATE AGROINDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA. (BRASTOMATE)-EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$259.129,79**, acrescido da multa de 75%, prevista nos artigos 35, da LC 103/2006 e 44, I, da Lei Federal nº 9.430/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA – REPR. DA PGE/PROFIS