

A. I. Nº - 180007.0005/14-8
AUTUADO - GRANJA VENEZA LTDA. - ME
AUTUANTE - REINALDO RUI LIMA DE CARVALHO
ORIGEM - INFAZ PAULO AFONSO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 29.10.2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0173-01/15

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. FALTA DE INCLUSÃO NA RECEITA BRUTA NO PGDAS DE OPERAÇÕES ISENTAS. A receita auferida pelo contribuinte decorrente de vendas de mercadorias amparadas por isenção não deve ser excluída da base de cálculo do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional. Na realidade, inexistia a isenção aduzida pelo autuado, mas sim a possibilidade de dispensa do lançamento e do pagamento do imposto, inclusive o devido por substituição tributária, desde que atendida à legislação sanitária estadual e federal. No presente caso, o autuado apenas alegou a realização de vendas de frangos e que atende a legislação sanitária, contudo, nada trouxe no sentido de comprovar quais valores teriam sido computados indevidamente pela Fiscalização. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 25/11/2014, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$66.375,87, acrescido da multa de 75%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: 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, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menos. Omissão de receita não declarada ou receita tributável declarada como isenta/substituída. Período de ocorrência: outubro a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, janeiro a maio de 2012, janeiro a dezembro de 2013.

O autuado apresentou defesa (fls. 50 a 54) observando que o autuante realizou o levantamento dos valores não declarados de ICMS, aplicando alíquota de 1,86% somadas a multa de 75%, considerando que as vendas de frango foram omitidas da declaração do Simples Nacional, tendo apurado diferença de recolhimento de imposto, conforme demonstrativo de débito.

Sustenta que a exigência fiscal não é totalmente procedente, haja vista que o autuante, por lapso, deixou de observar que as vendas realizadas no respectivo período, que supostamente comporia a base de cálculo para recolhimento de ICMS são provenientes de produtos isentos de tributação, conforme determina o art. 353, §5º, II, c/c o art. 347, §8º, II, todos do RICMS/BA/97, cuja redação reproduz.

Argumenta que exerce sua atividade desde o ano de 2007, sendo periodicamente vistoriado pela Vigilância Sanitária, conforme comprova por laudos de vistoria que anexa, portanto, cumprindo suas obrigações sanitárias vigentes, estando de logo, amparado pela isenção delineada pelas normas tributárias do Estado da Bahia.

Afirma que não sendo a SEFAZ/BA órgão competente para vistoriar e fiscalizar o cumprimento das obrigações sanitárias do estabelecimento, que recai sobre a SEAGRI, conforme inclusive determina o RICMS, considerando a ausência de fiscalização do órgão competente, reforça-se a improcedência do Auto de Infração.

Reitera que, lastreado pelo disposto nos art. 347, §8º, II c/c o art. 353, §5º, II, a do RICMS/BA/97, não houve omissão de informação declarada ao Fisco, muito menos erro de lançamento, ou de classificação tributária do lançamento efetuado, restando demonstrado o lapso do autuante, que, certamente, por divergência no entendimento do dispositivo legal, bem como na ausência de conhecimento de que a empresa cumpre as obrigações sanitárias para o funcionamento de seu estabelecimento, lavrou o Auto de Infração de forma equivocada.

Salienta que inobstante a tese de incompetência de poder fiscalizatório da SEFAZ/BA, quanto ao cumprimento das normas sanitárias, para que as empresas do seu ramo de atividade exerçam suas atividades é imprescindível a fiscalização sanitária pela Vigilância Sanitária do município, à qual a Lei Federal nº 6.437/77 e o Decreto Estadual nº 29.414/83 conferem poderes de fiscalizar, autuar e interditar quaisquer estabelecimentos comerciais que não se enquadrem na legislação sanitária em vigor.

Registra que em conformidade com os laudos de notificação que anexa, verifica-se que a empresa sempre sofreu fiscalização do órgão municipal, tendo atendido às notificações e cumprido as exigências de adequação física identificada pelos fiscais, comprovando, portanto o atendimento às normas, uma vez que jamais foi interditada, tendo sempre renovado seu Alvará de Funcionamento.

Finaliza requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal (fls .64-B/65) na qual contesta as alegações defensivas. Afirma que a menção pelo impugnante dos artigos 347 e 353, do RICMS/BA/97, não se justifica, haja vista que a autuação não trata de adiamento de pagamento de impostos nem de cobrança de ICMS da substituição tributária.

No tocante à alegação defensiva de que se trata de mercadorias isentas, assevera que também fazem parte da base de cálculo para apuração do ICMS do Simples Nacional. Consigna que se está diante de um Regime Especial Arrecadação de Tributos, sendo que referido Regime cobra os tributos sobre o faturamento das empresas e exclui deste faturamento apenas as vendas atinentes à substituição tributária. Assegura que procedeu dessa forma.

Ressalta que considerou todas as informações de faturamento prestadas pelo contribuinte em suas declarações do Simples Nacional, conforme fls. 66 a 70 dos autos, sendo respeitadas também as informações relativas às vendas com substituição tributária.

Conclui mantendo o Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, cabe-me consignar que não vislumbro no lançamento de ofício em exame qualquer vício ou falha que o inquine de nulidade, haja vista que realizado com observância das disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99 – aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No mérito, observo que o autuado alega que o autuante realizou o levantamento dos valores não declarados de ICMS, aplicando alíquota de 1,86% somada a multa de 75%, considerando que as

vendas de frango foram omitidas da declaração do Simples Nacional, tendo apurado diferença de recolhimento de imposto, conforme demonstrativo de débito.

Sustenta que a exigência fiscal não é totalmente procedente, haja vista que o autuante, por lapso, deixou de observar que as vendas realizadas no respectivo período, que supostamente comporiam a base de cálculo para recolhimento de ICMS, são provenientes de produtos isentos de tributação, conforme determina o art.353, §5º, II, c/c o art. 347, §8º, II, todos do RICMS/BA/97.

De início, verifica-se que o impugnante incorre em equívoco ao dizer que as vendas de frangos consideradas pelo autuante na composição da base de cálculo são provenientes de produtos *isentos de tributação*.

Isso porque, tratando-se de mercadorias cujas operações estejam amparadas por isenção do ICMS, o contribuinte optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte, Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123/06, obrigatoriamente terá que oferecer à tributação a receita de tais vendas, haja vista que não pode utilizar simultaneamente qualquer benefício ou desoneração tributária, consoante determina o seu art. 24, abaixo reproduzido:

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.

Vale observar que o Simples Nacional se trata de um regime 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 definida pelo o art. 18, §§ 1º e 4º, itens I a V, da Lei Complementar nº 123/06, conforme transcrito abaixo:

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.

Portanto, a apuração da base de cálculo depende da receita bruta auferida, conforme análise dos dispositivos acima, sendo indubitoso que inexistente previsão para redução ou eliminação parcial da receita de revendas de mercadorias cujas saídas ocorreram amparadas por isenção.

Relevante observar que o art. 18 da Lei Complementar nº 123/06 e o art. 3º, § 9º da Resolução nº 31/08, determinam, exclusivamente, a segregação das receitas oriundas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Assim sendo, o contribuinte optante do Simples Nacional não pode excluir da receita bruta o valor decorrente da revenda de mercadorias amparadas por isenção, haja vista que a forma de apuração do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, Simples Nacional, é específica e não contempla a exclusão de operações de saídas de mercadorias amparadas por qualquer benefício isencional.

Registre-se, a título ilustrativo, que o entendimento acima esposado também foi manifestado pela 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, nos termos do ACÓRDÃO CJF nº 0255-13/13, cuja Ementa é reproduzida abaixo:

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. Grifei.

Vale também o registro de que este entendimento foi manifestado pela Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA, consoante o Parecer /DITRI nº 05931/2009, que em resposta a consulta sobre matéria semelhante esclarece que a comercialização de mercadorias amparadas pelo benefício isencional 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 ICMS devido na condição de contribuinte optante do Simples Nacional.

Entretanto, no presente caso, há que se observar que os dispositivos do RICMS/BA/97, invocados pelo autuado, no caso o art.353, §5º, II, c/c o art. 347, § 8º, II, todos do RICMS/BA/97, não tratam de isenção.

Na realidade, o art.347, § 8º, II, cuida de operações ocorridas com diferimento do ICMS, nas saídas de aves para abate, inclusive o da antecipação do ICMS relativo às operações internas subsequentes com os produtos comestíveis resultantes do abate, sendo que nas saídas para abate em estabelecimento de contribuinte localizado neste Estado que atenda a legislação sanitária estadual e federal, fica dispensado o lançamento e o pagamento do imposto diferido, bem como o referente à operação própria.

Já o art. 353, trata da responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, do contribuinte alienante, neste Estado, de produtos comestíveis resultantes do abate de aves, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado.

Ou seja, inexistente a isenção aduzida pelo autuado, mas sim a possibilidade de dispensa do lançamento e do pagamento do imposto, inclusive o devido por substituição tributária, desde que atendida à legislação sanitária estadual e federal.

Ocorre que, no presente caso, o autuado apenas alegou a realização de vendas de frangos e que atende a legislação sanitária, contudo, nada trouxe no sentido de comprovar quais valores foram computados indevidamente pela Fiscalização. Ou seja, apenas alegou nada apresentou.

É certo que, consoante estabelece o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99 – aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, *a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária* (art. 142), assim como, *a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal* (art. 143).

Diante disso, a autuação é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **180007.0005/14-8**, lavrado contra **GRANJA VENEZA LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no

valor de **R\$66.375,87**, acrescido da multa de 75%, prevista nos artigos 35, da Lei Complementar nº 123/06 e 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de setembro de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR