

PROCESSO - A. I. Nº 180007.0005/14-8
RECORRENTE - GRANJA VENEZA LTDA. – ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0173-01/15.
ORIGEM - INFAZ PAULO AFONSO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/05/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0070-12/16

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. Restou comprovado que o sujeito passivo excluiu, indevidamente, as receitas de operações com aves, beneficiadas com o diferimento do ICMS no período autuado, desde que atendida à legislação sanitária estadual e federal, o que não restou provado nos autos pelo contribuinte. Impossibilidade de dedução, ainda que as operações fossem beneficiadas pela isenção do imposto, cuja dedução somente é admitida para fatos geradores ocorridos a partir de agosto de 2014. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/11/2014, para exigir do recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 66.375,87, em decorrência do cometimento da seguinte infração fiscal:

Infração 01: Efetuou recolhimento a menor 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 menor.

Omissão de receita não declarada ou receita tributável declarada como isenta/substituída.

ICMS no valor de R\$ 66.375,87. Multa de 75%.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide, por unanimidade, da seguinte forma, “*in verbis*”:

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 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 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 das alíquotas e base de cálculo pelo Regime do Simples Nacional é definida pelo 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 ou empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação das alíquotas constantes das tabelas dos Anexos 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, vem como a de locação de bens moveis;

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 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, conforma análise dos dispositivos acima, sendo indubitoso que inexistente previsão para redução ou eliminação parcial da receita de vendas 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 pelo 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 de ACÓRDÃO CJF Nº 0255-13/13, cuja Ementa é reproduzida abaixo:

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF 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.

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 à 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 o 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 à 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 PROCDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a decisão de primeiro grau, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário para, após breve histórico dos fatos, repisar o argumento de que a legislação vigente dispensa o recolhimento do ICMS incidente nas suas operações de venda de frango e que, portanto, o valor da receita decorrente destas operações deveria ser abatido da base de cálculo do imposto recolhido com base no regime simplificado – SIMPLES.

Afirma ainda o Recorrente que as provas por ele juntada aos autos não terem sido observadas, requerendo que estas sejam apreciadas por esta Câmara de Julgamento.

Instado a se manifestar, a Procuradoria do Estado da Bahia apresentou Parecer Jurídico, no qual afirma que “*pela leitura das normas vigentes à época dos fatos geradores, que inexistia qualquer determinação legal que expungisse do cálculo da receita bruta, as receitas referentes a venda de produtos isentos, só havendo a possibilidade de segregação destas receitas a partir da Lei Complementar nº 147 de 2014, que só produziu efeitos a partir de 8 de agosto de 2014*”.

Conclui o Ilmo. Procurador José Augusto Martins Junior, pelo Conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário ora apresentado.

VOTO

Preliminarmente verifica-se que o Recurso Voluntário preenche os requisitos de admissibilidade delineados na legislação pertinente e, portanto, deve ser Conhecido.

Quanto ao mérito, da análise dos autos verifica-se que o cerne da questão objeto do Recurso Voluntário apresentado cinge-se na possibilidade de exclusão da receita decorrente da comercialização de frangos - beneficiados pelo diferimento do ICMS da base de cálculo do Simples Nacional.

Como bem esclareceu o julgador de primeira instância, no momento da ocorrência dos fatos geradores, as operações com frango estavam beneficiadas pelo diferimento do ICMS, cujo recolhimento era dispensado àqueles que cumprissem os requisitos previstos no §5º, II do artigo

353 do RICMS/BA/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

É de ver-se portanto, que não estamos diante de operações isentas, mas sim de operações tributadas cujo recolhimento do imposto é diferido para uma etapa posterior, desde que atendida à legislação sanitária estadual e federal, o que não restou provado nos autos pelo contribuinte. Em assim sendo, não há que se falar em exclusão da base de cálculo do imposto.

Registre-se que, ainda que estivéssemos diante de uma operação isenta – como afirma o recorrente – entendo que os valores das receitas destas operações também não poderiam ser excluídos da base tributável, senão veja-se.

O regime simplificado, instituído pela Lei Complementar n.º 123/20016, é uma opção dada ao contribuinte que, cumprindo com os requisitos legais, submete-se as regras do regime simplificado em substituição à tributação normal.

Dito isto, é necessário analisar a supramencionada Lei Complementar, no que se refere à base de cálculo do Simples, veja-se:

Art.18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação das alíquotas constantes das tabelas dos Anexos 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, vem como a de locação de bens moveis;

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 comercial exportadora ou da sociedade de propósito específico prevista no art. 56 desta Lei Complementar.

Acerca das deduções, a mesma Lei Complementar, no texto vigente à época dos fatos geradores (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) assim dispunha em seu §12, do art. 4º, *in verbis*:

§ 12. Na apuração do montante devido no mês relativo a cada tributo, o contribuinte que apure receitas mencionadas nos incisos IV e V do § 4o deste artigo terá direito a redução do valor a ser recolhido na forma do Simples Nacional calculada nos termos dos §§ 13 e 14 deste artigo.

Ainda delineando sobre o tema, a LC assim dispõe acerca da utilização de benefício 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.

Parágrafo único. Não serão consideradas quaisquer alterações em bases de cálculo, alíquotas e percentuais ou outros fatores que alterem o valor de imposto ou contribuição apurado na forma do Simples Nacional, estabelecidas pela União, Estado, Distrito Federal ou Município, exceto as previstas ou autorizadas nesta Lei Complementar.

A regra proveniente dos artigos reproduzidos acima nos permite concluir, sem muito esforço interpretativo, que, à época dos fatos geradores as receitas isentas não poderiam ser excluídas da base de cálculo do Simples Nacional.

A norma que vigia não fazia qualquer alusão à possibilidade de exclusão das receitas isentas da base de cálculo, devendo, portanto, serem estas computadas para fins de determinação da alíquota a ser adotada pela optante, bem como para cálculo do valor a ser recolhido mensalmente.

Decerto que o ingresso no Simples Nacional é, repita-se, uma opção do contribuinte, e esta implica a aceitação da base de cálculo, das alíquotas e dos percentuais fixados pela Lei Complementar nº 123/2006.

Somente em agosto de 2014 a redação do parágrafo acima foi alterada, incluindo-se a possibilidade de exclusão das receitas isentas, com vigência apenas a partir daquela data:

§ 12. Na apuração do montante devido no mês relativo a cada tributo, para o contribuinte que apure receitas mencionadas nos incisos I a III e V do § 4o-A deste artigo, serão consideradas as reduções relativas aos tributos já recolhidos, ou sobre os quais tenha havido tributação monofásica, isenção, redução ou, no caso do ISS, que o valor tenha sido objeto de retenção ou seja devido diretamente ao Município. (Grifo nosso)

É lógico que as normas são feitas para reger situações que se apresentem a partir do momento em que entram em vigor, só havendo a possibilidade de retroatividade quando haja a expressa previsão ou, tratando-se de cláusula penal, se mais benéfica ao contribuinte.

No caso ora analisado, a alteração realizada pela Lei Complementar n.º 104/2014 vigeu somente a partir de agosto de 2014, não sendo, portanto, possível admitir-se que esta alcance fatos geradores anteriores àquela data.

Em assim sendo, sou do entendimento de que, no período autuado, as receitas oriundas das operações com aves devem ser incluídas na base de cálculo do imposto devido pelo regime simplificado, ainda que estas fossem – o que não são, beneficiadas pela isenção do ICMS.

Quanto a alegação de que as provas apresentadas pelo Recorrente não foram devidamente analisadas pelo Junta de Julgamento, entendo que esta não possui pertinência, isto porque, o autuante apurou as divergências a partir dos números apresentados pelo próprio sujeito passivo.

As diferenças apontadas referem-se, em sua integralidade, como o próprio Recorrente afirma, às receitas isentas, matéria cujo mérito fora analisado no presente julgamento.

Desta forma, entendo pelo acerto da decisão de piso e voto por CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao 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 **180007.0005/14-8**, lavrado contra a **GRANJA VENEZA LTDA. – ME**, devendo ser intimado o recorrente 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, 04 de abril de 2016.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

EVANY CÂNDIDA VIEIRA DOS SANTOS – RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS