

A.I. Nº - 443274.0001/16-2
AUTUADO - FRIGORÍFICO COSTA ANDRADE LTDA. ME
AUTUANTE - GIRLÂNDIA MARIA DE BRITO SILVA
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
PUBLICAÇÃO- INTERNET – 19/10/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0201-03/16

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. RECOLHIMENTO NÃO EFETUADO. **a)** período de 01 de janeiro a 31 de dezembro de 2011. Nulos os lançamentos. Os fatos geradores referentes ao exercício de 2011 somente podem ser lançados através de Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), emitido por meio do Sistema Eletrônico Único de Fiscalização. **b)** período de 01 de janeiro a 31 de dezembro de 2014. Valor da receita informada na DASN inferior ao encontrado nos documentos emitidos. Valor das saídas com isenção compõe a base de cálculo na apuração do ICMS devido por optantes do Simples Nacional. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 23/03/2016, objetivando reclamar crédito tributário, no valor de R\$102.730,50 em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS:

Infração 01-17.05.01- Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$144.442,88, em razão de ter considerado receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo). Multa de 75%.

O autuado, através de advogado legalmente habilitado, apresenta defesa (fls.26 a 31). Após descrever a infração informa ser contribuinte optante do Simples Nacional e por esta razão há de ser aplicada a legislação federal que regulamenta a matéria, qual seja a Lei Complementar 123/06, regulamentada pelo Comitê Gestor do Simples Nacional através da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011. Afirma que esta condição não foi observada pelo fiscal, e culminou no cometimento de ilegalidade do lançamento fiscal, conforme será demonstrado.

Esclarece que, entendendo fazer jus à isenção legal conferida pela legislação estadual do ICMS, procedeu à exclusão da alíquota dessa exação no cálculo do valor do Simples Nacional para as competências de janeiro/2011 a dezembro/2014.

Diz que uma vez identificada infração à legislação tributária que regulamenta a matéria, cumpriria a autoridade fiscal, obrigatoriamente, atender ao quanto disposto no art. 75 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, cujo teor transcreveu. Isso porque, conforme afirmado pela autoridade fiscal, o contribuinte procedeu à exclusão da base de cálculo do Simples Nacional da parte devida a título de ICMS por entender ser titular de isenção fiscal, incorrendo em infração ao art. 29 da Lei Complementar 123 e ao art. 4º da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011.

Afirma que no âmbito federal, as decisões proferidas pelas Juntas de Julgamento da DRJ não destoam do entendimento ora sustentado, conforme se infere do julgado que transcreveu.

Entende estar evidente a ilegalidade cometida pela fiscalização, vez que a mesma se omitiu da obrigação legal de proceder à exclusão do contribuinte do Simples Nacional após identificação de reiterada (48 infrações) à legislação tributária – em total prejuízo ao contribuinte que goza de isenção do ICMS concedida pela legislação estadual. Isso porque, uma vez perpetrada a exclusão do contribuinte do Simples Nacional, ao fiscal cumpre proceder à constituição do crédito tributário a partir da legislação estadual que regulamenta o ICMS na unidade da federação respectiva – o contribuinte autuado é isento a partir da legislação do Estado da Bahia.

Conclui que se infere a ilegalidade do auto de infração, vez o mesmo não ter sido precedido de exclusão de ofício do contribuinte que incorreu em comportamento reiterado de infração à legislação tributária.

Acrescenta que a fiscalização não seguiu na íntegra a legislação federal que regulamenta a matéria, tendo utilizado exclusivamente os dispositivos que favorecem ao fisco estadual, à revelia do procedimento legal estampado na norma regente. Indica e transcreve o art. 79 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, assim como comentários sobre o citado dispositivo legal do professor Fábio Rodrigues de Oliveira.

Aduz que nesse esteio, infere-se a manifesta inconstitucionalidade e ilegalidade do lançamento fiscal realizado pela Secretaria da Fazenda da Bahia – ente federado – para fins de constituir crédito tributário decorrente de obrigação principal mediante “Auto de Infração” próprio da SEFAZ, vez que há previsão legal vinculando a autoridade fazendária para proceder ao lançamento através de Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), emitido por meio do Sistema Eletrônico Único de Fiscalização, o que macula o auto de infração de vício insanável.

Conclui requerendo a nulidade do auto de infração, em razão das inúmeras ilegalidades e inconstitucionalidades cometidas pela fiscalização, em especial a ilegalidade do lançamento fiscal realizado em rito diverso do previsto no art. 79 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, que determina que a constituição de crédito tributário principal seja perpetrada mediante Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), emitido por meio do Sistema Eletrônico Único de Fiscalização, maculando o processo administrativo fiscal de vício insanável.

A autuante ao prestar a informação fiscal às fls. 98/105 diz que o procedimento fiscal foi realizado em atendimento à ordem de serviço nº 500606/16, emitida pela Inspetoria Fiscal de Alagoinhas no primeiro trimestre do corrente ano, para verificação fiscal do período de janeiro/2011 a dezembro/2014.

Após, rebate o argumento do defendente de nulidade da autuação por ter a fiscalização se omitido da obrigação legal de proceder à exclusão do contribuinte do Simples Nacional após identificação de reiterada infração à legislação tributária, com base no artigo 29 da Lei Complementar 123/2006.

Externa o entendimento de que a adesão ou permanência no Regime do Simples Nacional é facultativa e não obrigatória, cabendo ao contribuinte proceder análise sobre a conveniência em fazer a opção pelo Regime Simplificado, ou no decorrer de suas atividades permanecer no referido regime. Tendo em vista a alegação do contribuinte que a preponderância de suas operações, pelo Regime Normal de Conta Corrente, seriam desoneradas pelo ICMS, caberia a ele fazer avaliação, comparando a repercussão da adoção deste Regime Normal de Apuração. Salienta que o Regime do Simples Nacional não trata apenas do ICMS, mas sim de uma "cesta de tributos" e a avaliação deve ser realizada de forma globalizada de todos os tributos que o compõem, e não apenas sobre o prisma do imposto Estadual.

Diz que esse argumento defensivo de nulidade da ação fiscal não merece acolhimento, pois, concretamente, não há na peça guerreada qualquer mácula ao devido processo legal e a ampla defesa que o inutilize para o fim a que se propôs o Art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Quanto à segunda argumentação, ainda em preliminar, o contribuinte invoca o disposto no Art. 79 da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/2011, sob a seguinte alegação: Verificada infração à legislação tributária por ME ou EPP optantes pelo Simples Nacional, deverá ser lavrado Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), emitido por meio do Sistema Eletrônico Único de Fiscalização. Logo, na visão do defendente, o AINF seria o documento único de autuação, a ser utilizado por todos os entes federativos, em relação ao inadimplemento da obrigação principal prevista na legislação do Simples Nacional.

Diz não assistir razão ao contribuinte uma vez que, segundo o disposto no § 8º do artigo 129, da mesma Resolução CGSN nº 94, atualizada pela Resolução nº 125, de 08/12/2015, vigente na data de lavratura da presente ação fiscal, mesmo após a disponibilização do SEFISC, poderão ser utilizados alternativamente os procedimentos administrativos fiscais previstos na legislação de cada ente federado, até 31 de dezembro de 2016, conforme redação do dispositivo que transcreve. Rechaça a tese defensiva de que há previsão legal vinculando a autoridade fazendária para proceder ao lançamento tributário de empresas optantes do Simples nacional, apenas, através de Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), emitido por meio do Sistema Eletrônico Único de Fiscalização.

Ressalta que os atos foram praticados por servidor competente devidamente designado através de Ordem de Serviço, o processo está devidamente fundamentado com a descrição do lançamento tributário de forma compreensível, estão indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, o imposto e sua base de cálculo foram apurados consoante os levantamentos explicitados através de demonstrativos e papéis de trabalho que lhe assegura clareza cristalina, não havendo preterição de defesa, pois, mediante protocolo de fls. 21, todos os papéis de trabalho, documentos e demonstrativos de apuração foram entregues à autuada, além de mídia eletrônica “CD”, contendo tais demonstrativos, bem como as Declarações do Contribuinte, referentes a 2011, 2012, 2013 e 2014, anos da ação fiscal.

Quanto ao mérito, observo que o Contribuinte não apresentou nenhum fato, dado, prova ou mesmo argumento, suficiente para modificar o resultado apresentado pela fiscalização, pelo contrário, admite literalmente na sua peça defensiva o cometimento da infração.

Finaliza opinando pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, não ter recolhido o ICMS, em razão de ter considerado receita tributável como não tributável.

Em sua defesa, a empresa autuada alega inobservância do devido processo legal em razão da fiscalização ter identificado infração à legislação tributária reiteradamente (48 meses) e não ter procedido à sua exclusão no Simples Nacional, conforme disposto no art. 75 da resolução 94, de 29 de novembro de 2011.

Não há como prosperar este argumento. Isso porque a exclusão de ofício do Simples Nacional é uma prerrogativa e não uma obrigação dos sujeitos ativos apontados no dispositivo legal apontado pelo contribuinte, inclusive esta Secretarias da Fazenda, ocorrendo as situações apontadas no art. 29 da Lei Complementar 123/2006.

Ressalto que o ingresso ao Simples Nacional é uma prerrogativa do contribuinte. Compete a ele avaliar se é vantajoso ou não essa opção em comparação com a adoção do regime normal de apuração do imposto, que utiliza o regime de conta - corrente fiscal. Neste caso, às operações isentas não são oferecidas à tributação, o que não é o caso presente, já que o contribuinte é optante pelo Simples Nacional. Assim, não acato esta preliminar de nulidade.

Foi alegado ainda, que o lançamento fiscal foi realizado em rito diverso do previsto no art.79 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, que determina que a constituição de crédito

tributário principal seja perpetrada mediante Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), emitido por meio do Sistema Eletrônico Único de Fiscalização.

Assiste razão o autuado em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2011, pois a possibilidade de utilizar alternativamente os procedimentos fiscais previstos na legislação estadual estão determinadas nos incisos I e II do § 8º da Resolução CGSN nº 94, atualizada pela Resolução nº 125, de 08/12/2015:

“Art. 129. Enquanto não disponibilizado o Sefisc, deverão ser utilizados os procedimentos administrativos fiscais previstos na legislação de cada ente federado, observado o disposto nos arts. 125 e 126. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, § 4º) (.....)”

§ 8º Observado o disposto neste artigo, depois da disponibilização do Sefisc poderão ser utilizados alternativamente os procedimentos administrativos fiscais previstos na legislação de cada ente federado: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, § 4º)

I – para fatos geradores ocorridos:

a) entre 1º de janeiro de 2012 a 31 de dezembro de 2014, até 31 de dezembro de 2016;

b) a partir de 1º de janeiro de 2015, até 31 de dezembro de 2017;

II – para todos os fatos geradores, até 31 de dezembro de 2017, nas seguintes situações:

a) declaração incorreta de valor fixo pelo contribuinte;

b) ações fiscais relativas ao SIMEI;

c) na hipótese de desconsideração, de ofício, da opção pelo Regime de Caixa, na forma do art.

71

d) apuração de omissão de receita prevista no art. 83.”

Neste caso, como a lavratura do auto de infração ocorreu em 2016, e não diz respeito às situações descritas no item II, os fatos geradores ocorridos no exercício de 2011 somente podem ser lançados através de Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), emitido por meio do Sistema Eletrônico Único de Fiscalização, conforme determinação contida no item I, do § 8º do dispositivo legal acima transcrito.

Em face da irregularidade apontada voto pela nulidade dos valores referentes aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2011, que totaliza o valor de R\$38.294,30.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento, a salvo de falhas.

No que concerne ao mérito, o sujeito passivo não apresentou nenhum documento ou demonstrativo para contrapor aos elaborados pela autuante.

Por outro lado, verifico que o Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar 123/2006, que estabelece um tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias.

O Art. 13 da referida Lei determina que através de um único recolhimento mensal, o contribuinte efetue o pagamento de diversos impostos e contribuições:

I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ;

II - Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;

IV - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

V - Contribuição para o PIS/PASEP, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

VI - Contribuição Patronal Previdenciária - CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e da

empresa de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º-C do art. 18 desta Lei Complementar;

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

VIII - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS.

Por outro lado o, inciso XIII do §1º do artigo anteriormente citado dimensiona, especificamente as operações alcançadas pelo ICMS que estão excluídas do cálculo do Simples Nacional:

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

- a) nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária;*
- b) por terceiro, a que o contribuinte se ache obrigado, por força da legislação estadual ou distrital vigente;*
- c) na entrada, no território do Estado ou do Distrito Federal, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, bem como energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou industrialização;*
- d) por ocasião do desembarço aduaneiro;*
- e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacoberta de documento fiscal;*
- f) na operação ou prestação desacoberta de documento fiscal;*
- g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:*
 - 1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar;*
 - 2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;*
- h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;*

Já o art. 320 do RICMS/BA assim determina:

“Art. 320. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos fiscais relativos ao ICMS, bem como não poderão utilizar qualquer valor a título de incentivo fiscal.”

Da leitura dos mencionados dispositivos legais constato que o cálculo do imposto devido pelas empresas optantes pelo Simples Nacional deve ser efetuadas sobre a receita bruta auferida no mês, sendo excluídas, em relação ao ICMS, as operações elencadas no inciso XIII do §1º do art. 13, da Lei Complementar nº 123, acima transcrito, não incluindo portanto, as operações alcançadas pelo benefício da isenção, como questionado pelo sujeito passivo.

Dessa forma entendo estar caracterizada a infração apontada no Auto de Infração, sendo devido o imposto apurado nos demonstrativos elaborados pela autuante, onde foi considerada a condição do autuado como optante do Simples Nacional, e conseqüentemente incluindo as receitas oriundas de saídas internas beneficiadas com a isenção.

Face ao exposto, voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **443274.0001/16-2**, lavrado contra **FRIGORÍFICO COSTA ANDRADE LTDA. ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar

o pagamento do imposto no valor de **R\$ 106.148,58**, acrescido da multa de 75%, prevista no art.35 da Lei Complementar 123/06, art. 44, I da Lei Federal 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR