

A. I. Nº - 210751.3003/16-3  
AUTUADO - COMERCIAL ESMERALDA LTDA. (SACOLA CHEIA)- EPP  
AUTUANTE - SANDOVAL DE OLIVEIRA SOUZA  
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/01/2017

#### 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0231-01/16

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. 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 hortifrúti 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. 265. Infração subsistente em parte. Indeferido o pedido de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 16/08/16 para constituir crédito tributário, em face das irregularidades a seguir descritas: *"Deixou de recolher o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL"*. Períodos julho/dezembro de 2014; janeiro/dezembro de 2015. Valor R\$157.663,01 e multa de 75%.

O autuado apresenta impugnação (fls. 50/56), aduzindo, inicialmente, a tempestividade das suas alegações; relata os fatos impugnados, aduzindo que esta enquadrada no Simples Nacional e se dedica à comercialização de gêneros alimentícios, sobretudo, vendas de hortifrutingranjeiros, gerando emprego e renda para o município, Estado e para o Brasil.

Diz que o Auto de Infração contra si lavrado incorre em erro e deve ser anulado.

Diz que não tem esteio tributário e que a multa exponenciada significa um enriquecimento ilícito do Estado, em ofensa à igualdade das partes.

Pede a suspensão da exigibilidade da autuação, nos termos do art. 156, I, CTN.

Pede a nulidade dos autos. Alega que o auto de infração é ato administrativo que deve ser praticado por um agente capaz (art. 104, CC) e como ato vinculado deve obedecer os requisitos da lei. Somente dessa forma permitirá a obtenção de informações seguros que subsidiem a sua defesa constitucionalmente garantida.

Explica que entre as irregularidades apontadas, diz que o fiscal apurou valores indevidos a partir do site da Receita Federal, Ressalta que o fiscal não se atentou para as mercadorias com tributação isentas. Conclui que a inclusão incorreta de tais mercadorias ocasionou a cobrança indevida, em ofensa ao art. 142, CTN.

Diz que houve cerceamento do seu direito de defesa. Pede a declaração de nulidade da autuação.

No mérito, alega que o Fiscal cometeu equívocos, durante sua ação entre eles, deixou de excluir da base de cálculo do ICMS, as mercadorias isentas de tributação nesse Estado. Explica que a Guia de recolhimento do simples nacional é feita diretamente no site, devendo ser preenchido todos os campos referentes ao faturamento e dentro eles consta o faturamento de mercadorias

isentas.

Diz que quando da realização dos relatórios para fins de apuração do faturamento procedeu corretamente com os seus lançamentos. Quando da transcrição para o relatório da infração 01 deixou de considerar as mercadorias com tributação isenta.

Aduz que o próprio RICMS BA prescreve em seu artigo 265, as mercadorias passíveis de isenção. Defende que as mesmas sejam excluídas do levantamento.

Conclui que o Auto de Infração está destituído de fundamentação e requer a sua improcedência.

O Agente do Fisco presta Informação, fls. 73/76, esclarecendo que a "empresa" autuada, em 01/01/2012, optou pela sua inclusão no Simples Nacional e esse modelo é um regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na Lei Complementar 123, de 14-12-2006.

Explica que ao optar pelo regime, o contribuinte deve adotar integralmente as suas regras. Entre tais, consta que as microempresas e empresas de pequeno porte, que ingressarem no sistema, não poderão usufruir de outro tipo de regime especial de tributação, incentivos ou benefícios fiscais, relacionados ao ICMS, tais como: isenções, reduções de base de cálculo, diferimentos e suspensões, aplicáveis às empresas em geral, não enquadradas no Simples Nacional, ressalvados aqueles que vierem a ser implantados por Lei Complementar, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal. Define, portanto, que quem optar pelo Simples Nacional, deve aplicar unicamente os benefícios que este regime especial oferece.

Sobre a alegação defensiva de que o RICMS/BA prescreve no seu artigo 265, as mercadorias passíveis de isenção, rebate que a isenção estabelecida no citado artigo RICMS é estabelecida para os contribuintes do regime normal de tributação e não se aplica à empresa que tem como atividade venda de hortifruti, optante pelo regime do Simples Nacional.

Reitera que o contribuinte, ao optar por este regime, deve estar ciente que para efeito de tributação diferenciada do Simples Nacional, não há que se falar em vendas de mercadorias sem tributação ou isentas, uma vez que o objeto de tributação é a receita bruta auferida, excetuado apenas as vendas com fase de tributação encerrada (regime da substituição tributária).

Contesta por incabível o argumento de falta de fundamentação legal; sua autuação está claramente amparada no disposto da LC, no seu art. 18, ao estabelecer que a base de cálculo do ICMS-SIMPLES NACIONAL é a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao do período de apuração, devendo ser considerado, destacadamente, para fim de pagamento, todas as receitas previstas nos incisos do então vigente §4º, abaixo transcrito, *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.*

*§ 2º Em caso de início de atividade, os valores de receita bruta acumulada constantes das tabelas dos Anexos Ia V desta Lei Complementar devem ser proporcionalizados ao número de meses de atividade no período.*

*§ 3º Sobre a receita bruta auferida no mês incidirá a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º deste artigo, podendo tal incidência se dar, à opção do contribuinte, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irrevogável para todo o ano-calendário.*

*§ 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.”*

Reitera que a base de cálculo prevista no art. 18 da LC 123/06 é a receita bruta aferida pelo estabelecimento; não estão excetuadas as receitas provenientes das mercadorias isentas do ICMS no regime de apuração normal do imposto.

Informa que o levantamento fiscal (fl. 03) foi feito a partir das declarações do próprio contribuinte, em seus registros fiscais (fls. 38 a 32), nas informações no PGDAS, (fls. 43/44) e que foram excluídas as vendas com mercadorias sujeitas a substituição tributária com encerramento de tributação. Diz 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.

Aduz que demais argumentos do autuado são equivocados e sua defesa incabível.

### VOTO

A presente acusação exige ICMS de empresa inscrita no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, pela falta de recolhimento do imposto na promoção das saídas de mercadorias, nas operações internas consideradas isentas de tributação de ICMS, no período de julho de 2014 a dezembro de 2015, valor total de R\$157.663,01.

O autuado, em suas razões, alega preliminarmente que a autuação deve ser anulada porque o fiscal apurou valores indevidos, não atentou para as mercadorias com tributação isentas. Tal inclusão estaria em ofensa ao art. 142, CTN e anula a exigência.

O direito não assiste ao sujeito passivo. Não houve qualquer cerceamento ao seu direito de defesa ou qualquer lesão aos direitos do contribuinte que o conduziu à decretação de nulidades.

O auto de infração em tela foi formalmente lavrado em obediência ao devido processo legal e na forma do art. 39, RPAF BA (Decreto nº 7.629/99), além do art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN. O PAF está revestido das formalidades legais, sem violação aos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo fiscal, sendo entregues ao autuado as peças geradas do PAF e necessárias à sua defesa, que a exerceu amplamente, contraditando da forma que melhor lhe aprouve.

As multas aplicadas consideradas exponenciais estão prevista na Lei Complementar nº 123/06.

A exigência encontra-se suspensa, pela impugnação do sujeito passivo, nos termos do art. 156, I, do Código Tributário Nacional - CTN.

A discussão acerca da inclusão das operações de vendas com mercadorias com tributação isenta do ICMS (hortifrutigranjeiros), na base de cálculo do Simples Nacional será objeto da apreciação no análise de mérito.

Não houve cerceamento de direito de defesa. Indefiro o pedido de nulidade dos autos.

Ultrapassadas as questões formais, procedo às discussões acerca da materialidade da lide.

Resta conhecida como infração, (Resolução CGSN nº 30 de 07 de fevereiro de 2008), toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, da ME ou EPP optante que importe em inobservância das normas do Simples Nacional. Considera-se, portanto, ocorrida a infração quando constatada omissão de receitas.

A opção pelo Simples Nacional implica na aceitação de um Regime Especial Unificado de Arrecadação, previsto nos artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 123/06, com forma de arrecadação prevista no seu art. 18 e §§, cujo pressuposto básico é a “*receita bruta*”, a qual define a alíquota aplicável, bem como a determinação da base de cálculo. Assim sendo, o valor

dessa “receita bruta” no âmbito do Simples Nacional servirá para o cálculo dos diversos tributos e contribuições envolvidos nesse Regime Especial.

Sirvo-me, inclusive, do entendimento extraído de Parecer DITRI nº 05931/2009, quanto ao questionamento esposado pela defesa com relação aos produtos hortifrutigranjeiros. O Parecer Final à Consulta dispõe que “*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 hortifrutigranjeiros 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*”.

Portanto, a comercialização de produtos hortifrutigranjeiros não será desonerada do imposto e as receitas relativas a estas saídas devem integrar a receita bruta mensal auferida pelo estabelecimento, para fins de determinações de alíquotas, bases de cálculos e recolhimento do Simples Nacional.

As exclusões aceitas ou previstas no Simples Nacional, dizem respeito apenas às vendas canceladas, às devoluções de vendas, aos descontos incondicionais concedidos e às receitas decorrentes de exportação ou de venda de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária com encerramento da fase de tributação. A Lei Complementar nº 123/06, estabelece em seu artigo 24, que as microempresas e as empresas de pequeno porte inscritas no regime proposto (Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – SN), não poderão utilizar ou destinar qualquer valor a título de incentivo fiscal e, no âmbito da legislação estadual, vedada a utilização de qualquer benefício fiscal, incluindo aí a isenção do ICMS.

Após tais considerações, o crédito tributário constituído nesse PAF resta caracterizado, no valor de R\$157.663,01. Sou 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 **210751.3003/16-3**, lavrado contra **COMERCIAL ESMERALDA LTDA. (SACOLA CHEIA)- EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$157.663,01**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35, da Lei Complementar nº 123/06, art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ DOMNGUEZ – JULGADOR