

**PROCESSO** - A. I. Nº - 211841.3052/16-8  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - IBIRA COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE MÓVEIS LTDA. (IBIRA MÓVEIS)  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JFJ nº 00148-03/17  
**ORIGEM** - INFAZ ILHEUS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 31/08/2017

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C/JF Nº 0266-12/17

**EMENTA:** ICMS. EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. SAÍDAS DE MERCADORIAS ACOBERTADAS COM DOCUMENTAÇÃO FISCAL NÃO DECLARADAS PELO CONTRIBUINTE. O procedimento fiscal, neste caso, foi executado considerando a apuração do imposto de forma não prevista para as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo regime do Simples Nacional, em contradição com o previsto pela Lei Complementar nº 123/2006 e pela Resolução CGSN nº 94/2011. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/09/2016, no valor de R\$208.970,31, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, referentes aos meses de fevereiro a setembro de 2016, acrescido da multa de 60%. Consta ainda a seguinte informação: *“Efetuou operações tributáveis sem o respectivo pagamento do ICMS, constatado na realização de diversas vendas de mercadorias, sem comprovação da origem e/ou registro das entradas, configurando operações de entrada de mercadorias sem a devida documentação fiscal.”*

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 3ª JFJ, decidiu, por unanimidade e com base no voto condutor do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, pela NULIDADE do Auto de Infração, como segue:

### **“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.*

*Consta ainda dos autos que: “Efetuou operações tributáveis sem o respectivo pagamento do ICMS, constatado na realização de diversas vendas de mercadorias, sem comprovação da origem e/ou registro das entradas, configurando operações de entrada de mercadorias sem a devida documentação fiscal.”*

*Em sua defesa, a empresa autuada alega existência de ilegalidade do procedimento adotado para apuração do imposto, pois não foi considerada a sua condição de optante pelo regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional.*

*O autuante em sua Informação Fiscal rebateu este argumento afirmando que: o “Auto de Infração levou em consideração as operações de vendas realizadas pelo autuado, no montante de R\$ 208.970,31, sem comprovação da origem e/ou registro das entradas operações de entrada, configurando operações de mercadorias sem a devida documentação fiscal. Citou o inciso VI do art. 321 do RAIMS/12.*

*Da análise dos documentos que compõe os autos, verifico que a fiscalização elaborou o demonstrativo de fls.11/13, elencando Notas Fiscais eletrônicas de saídas emitidas pelo sujeito passivo, aplicando o percentual de 17% para apuração do imposto devido.*

*Por outro lado verifico que o contribuinte à época dos fatos geradores efetivamente era optante pelo regime do Simples Nacional, conforme se verifica no extrato emitido pelo Sistema INC desta Secretaria anexado à fl. 04.*

*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 artigo 18 da referida Lei estabelece que “o valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional será determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas, calculadas a partir das alíquotas nominais constantes das tabelas dos Anexos I a V desta Lei Complementar, sobre a base de cálculo de que trata o §3º deste artigo”.*

*Por outro lado o inciso XIII do §1º do artigo 13 da citada Lei dimensiona, especificamente as operações alcançadas pelo ICMS que estão excluídas do cálculo do Simples Nacional:*

*Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:*

*(.....)*

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

*§ 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 desembaraço 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. art. 321 do RICMS/BA, que está em conformidade com o dispositivo da Lei Complementar 123/2006 anteriormente transcrito determina:*

*“Art. 321. O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido:*

*I - nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária concentrada em uma única etapa (monofásica) e sujeitas ao regime de antecipação.....;*

*II - por terceiro, a que o contribuinte se ache obrigado, por força da legislação estadual ou distrital vigente; III - 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;*

*IV - por ocasião do desembaraço aduaneiro;*

*V - na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacoberta de documento fiscal;*

*VI - na operação ou prestação desacoberta de documento fiscal;*

*VII - nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros estados e Distrito Federal:*

a) com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006;

b) sem encerramento da tributação (antecipação parcial), hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor, sem prejuízo das reduções previstas nos arts. 273 e 274. “

*Da leitura dos mencionados dispositivos legais verifico que as operações excluídas do cálculo do Simples Nacional estão elencadas no inciso XIII do §1º do artigo 13 Lei Complementar 123/2006 e reproduzida no art. 321 do RICMS/16. Portanto, não vejo na legislação relacionada ao Simples Nacional, qualquer situação em que se autorize exigência do imposto com base no tratamento dado aos demais contribuintes que apuram o imposto considerando o regime normal de apuração, em se tratando de saídas de mercadorias não declaradas pelo contribuinte, já que todas operações objeto da acusação foram oriundas de notas fiscais de saídas emitidas pelo contribuinte e não declaradas, diferentemente do entendimento do autuante que classificou a infração como “operação de entrada de mercadorias sem a devida documentação fiscal”.*

*Ademais, observo que a forma de apuração do imposto no presente lançamento viola o princípio da não cumulatividade uma vez que se fez uma exigência tributária com base no regime normal, com a aplicação da alíquota de 17% sem a concessão de quaisquer créditos inerente às aquisições.*

*Conforme estabelece o art. 18 V do RPAF/BA é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração. Por isso concluo pela nulidade do presente lançamento.*

*Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, observando ainda o disposto na legislação do Simples Nacional, observando a Lei Complementar nº 123/2006 e Resoluções do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).*

*Ante ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.*

A Junta de julgamento recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

## **VO TO**

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela Junta de Julgamento Fiscal, no sentido de julgar a Decisão da 3ª JFJ deste CONSEF, tendo em vista o reexame necessário em razão da desoneração do Contribuinte imposta pela Decisão de primeiro grau.

Verifico, inicialmente, que o Auto de Infração foi lavrado em decorrência da falta de recolhimento do ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

Constando a seguinte informação adicional: “*Efetou operações tributáveis sem o respectivo pagamento do ICMS, constatado na realização de diversas vendas de mercadorias, sem comprovação da origem e/ou registro das entradas, configurando operações de entrada de mercadorias sem a devida documentação fiscal.*”

Dai, pode-se observar, que o ilustre Julgador da Decisão de piso, verificando que na Lei Complementar nº 123/2006, que trata do SIMPLES NACIONAL e o Art. 321 do RICMS/16 que o recepcionou, inexistente qualquer situação que ampare a exigência do imposto com base no tratamento dado aos demais contribuintes que o apura considerando o regramento do regime normal, e que as operações objeto da acusação foram oriundas de notas fiscais de saídas emitidas pelo próprio Contribuinte e não declaradas, mas o autuante classificou indevidamente a infração como: “*operação de entrada de mercadorias sem a devida documentação fiscal*”.

E, por fim, observou que a apuração do imposto no lançamento violou o princípio da não cumulatividade ao calculá-lo com base no regime normal, com a aplicação da alíquota de 17%, sem a concessão de quaisquer créditos correspondentes às aquisições.

Em vista do exposto, em sede de reexame necessário, verifico que não cabe reparo à Decisão Recorrida por entender que está correta, pois constato no Auto de Infração em lide a existência

de flagrante desconformidade entre a acusação, que trata de falta de recolhimento de ICMS, e o que realmente foi constatado na ação fiscal, que se refere à falta de registro de notas fiscais de entradas. Desse fato deflui, ainda, incerteza da ocorrência da alegada infração.

Assim, à vista dos termos do art. 18 V do RPAF/BA, também considero o lançamento NULO, por não conter elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração em comento.

Isso posto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 211841.3052/16-8, lavrado contra **IBIRA COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE MÓVEIS LTDA. (IBIRA MÓVEIS)**. Recomenda-se a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, observando ainda o disposto na legislação do Simples Nacional, observando a Lei Complementar nº 123/2006 e Resoluções do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de julho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS