

A. I. Nº - 232245.3012/16-8
AUTUADO - PISCICULTURA BONFIM LTDA. - ME
AUTUANTE - JORGE ALVES DE SOUSA
ORIGEM - INFAC PAULO AFONSO
PUBLICAÇÃO- INTERNET – 22.03.2017

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0042-05/17

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. RECOLHIMENTO A MENOR. Valor das saídas com isenção compõe a base de cálculo na apuração do ICMS devido por optantes do Simples Nacional. As operações questionadas pelo sujeito passivo dizem respeito a saídas interestaduais de pescados não alcançadas pelo benefício da isenção prevista no art. 265, inciso II, alínea “e” do RICMS/12. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/09/2016, objetivando reclamar crédito tributário, no valor de R\$49.210,07 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, nos meses de julho a outubro de 2014, janeiro a agosto de 2015, em razão de considerar parte de sua Receita Bruta da venda de peixe como isenta. Multa de 75%. (infração 17.05.01)

O autuado, através de advogado legalmente habilitado, apresenta defesa às fls. 45 a 51. Após falar sobre a tempestividade da defesa informa tratar-se de empresa optante do Simples Nacional, que se dedica a atividade de produção e venda de pescado, tipo Tilápia.

Discorda da acusação que lhe foi imputada pelos motivos que passa a expor:

Diz que a Autoridade fiscal não lastreou de forma zelosa a tipificação de quais dispositivos a Impugnante cometeu o ilícito tributário, “*Recolheu a MENOR ICMS (SN), em razão de considerar parte da sua Receita Bruta de vendas de peixe como isenta, conforme levantamento feito com base nos demonstrativos do Sistema AUDIG*” (...) sem trazer no enquadramento legal o dispositivo infringido dentro do regulamento de ICMS do Estado da Bahia.

Entende ter havido vício material na tipificação do dispositivo infringido informado pela Autoridade Fiscal pois colide frontalmente com o disposto no art. 19, do Decreto nº. 7.629/99, cujo teor transcreveu.

Diz que observando o citado dispositivo e o termo no enquadramento legal, não dá para entender qual foi realmente o ilícito cometido pela Impugnante. Isso porque os dispositivos infringidos destacados no referido Auto de Infração, traz apenas o art. 18, da LC nº. 123/2006, ou seja, fica confusa a interpretação do ilícito tributário, já que tal dispositivo não traz a regra de isenção do ICMS de produtos dentro do Estado da Bahia. Indaga se poderia a referida LC trazer regra de isenção do ICMS para o Estado da Bahia.

Entende não ser razoável já que a referida LC trata, dentre outras regras atinentes a sua responsabilidade, a de definir se determinado produto é isento ou não, sendo competência exclusiva da legislação do Estado da Bahia, mesmo porque a isenção está prevista no art. 265, inciso II, alínea “e”, do RICMS (Decreto nº. 13.780/2012). Ainda que o art. 18, da LC 123/2006, fosse o dispositivo infringido pela Impugnante, resta saber quais incisos e alíneas, posto que o Auditor afirma que houve a segregação da receita, quando coloca que, (...) “*em razão de considerar parte da sua Receita Bruta de vendas de peixe como isenta*” (...).

Diz que observando tal dispositivo, só que em outro parágrafo, mais especificamente § 4º, inciso III, do referido artigo retro mencionado entende que deve haver a segregação da receita, quando existe algum evento na legislação do Estado ou do Município que possa definir redução, isenção ou recolhimento por valor fixo.

Aduz que no momento do referido lançamento de ofício não houve a observância no disposto no art. 19, do Decreto nº. 7.629/99, fato esse que traz a nulidade do presente lançamento, pelo fato de não ter trazido o dispositivo legal da legislação do Estado da Bahia que trata exclusivamente da Isenção, como também não foi mencionado se a operação foi interna ou interestadual.

Requer a nulidade do Auto de Infração.

Fala que observando a legislação interna da Bahia, mais especificamente no regulamento de ICMS/BA, percebe-se que dentro do período fiscalizado 2014/2015, havia no Estado a regra de isenção do ICMS para pescado, conforme o disposto no art. 265, inciso II, alínea “e”, do RICMS (Decreto nº. 13.780/2012).

Esclarece que a isenção para pescado foi revogada a partir do Decreto nº. 16.738/2016, portanto não poderia a Autoridade Fiscal retroagir a norma para aplicação a fatos que ocorreram em 2014 e 2015. Acrescenta que não foi indicado no Auto de Infração **que as operações são interestaduais**, reforçando mais ainda a preliminar de nulidade.

Informa que a linha de defesa está seguindo o que está descrito nas entrelinhas da autuação, e a confusão está diretamente ligada aos dispositivos preambulados e a limitação de informação na tipificação do ilícito tributário, trazendo total cerceamento do direito de defesa quando não há descrição exata da infração cometida.

Traz novamente o art. 18 da LC nº 123/2006, chamando a regra contida no § 20-A, que define que compete ao Estado conceder isenção ou redução do ICMS, harmonizando com a legislação Estadual, não criando ou mitigando regra de incidência, apenas cuidando para que seja preservada a regra interna do ente tributante do ICMS. Transcreve o teor do citado dispositivo.

Explica que a autuação denota que a Lei atual (Decreto nº. 16.738/2016) está sendo aplicada para fatos que tinham outra regra na legislação, indo de encontro aos preceitos o art. 144, do CTN.

Afirma que a norma só pode retroagir para beneficiar. Cita ensinamentos sobre o tema da Professora Misabel Derzi e o Professor Paulo de Barros Carvalho. Destaca que no direito tributário formal, isto é, em relação aos instrumentos empregados pelo Fisco para fazer o lançamento, não há aplicação retroativa, vale dizer, segundo o § 1º do mesmo art. 144, os instrumentos empregados no lançamento devem ser aqueles previstos na legislação vigente na data em que se faz o lançamento (e não na data em que tenha ocorrido o fato gerador).

Conclui que não poderia ter aplicado a fato do passado a nova legislação, a fim de não trazer surpresa desagradável e total insegurança jurídica tributária com aumento do tributo ainda dentro do mesmo exercício.

Aduz que há de se considerar também o benefício da dúvida pois o art. 112, do CTN é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte.

Entende que pelo desenvolvimento dos seus argumentos fica evidenciada a certeza de ver desconstituído o Auto de Infração, em função da ilegalidade da autuação, diante da insubsistência da cobrança, situação que torna o crédito ilíquido, incerto e ilegal. Mas se alguma dúvida restar, de acordo com a determinação contida no art. 112, do CTN, pede a aplicação da interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando improcedente o presente Auto de Infração.

Finaliza requerendo:

- a) a NULIDADE do Auto de Infração nº. 2322453012/16-8, por não ter havido a observância dos preceitos de instrumentalização do lançamento de ofício, nos termos do art. 19, do Decreto nº. 7.629/99;

b) decretada a total IMPROCEDÊNCIA da exigência fiscal, tendo em vista as razões referidas que demonstram a fragilidade do presente lançamento de ofício, já que no período objeto do lançamento de ofício (2014/2015) havia norma regulamentando a isenção para pescado (art. 265, RICMS).

Protesta por todos os meios de provas permitidos em direito, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia e diligência fiscal-contábil.

O autuante ao prestar a informação fiscal às fls. 74/76 diz que a impugnante concentra sua defesa na alegação de que sua principal receita decorre da comercialização de peixes, produto isento do ICMS. Cita vários dispositivos legais inclusive a Lei Complementar nº 123/2006 de 2006 e o art. 265 do Decreto 13.780/2012 do Estado da Bahia. Entretanto comete um equívoco elementar ao confundir o regime de tributação das empresas do Simples Nacional com o regime tributário das Empresas Normais.

Esclarece que a isenção citada existe em benefício das empresas tributadas pelo Regime Normal, entretanto o regime que o impugnante optou não prevê essa isenção e há outros benefícios específicos que não se confunde com o das Empresas Normais.

Diz que o contencioso em apreço se refere a contribuinte optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - denominado Simples Nacional. A autuação se refere a uma única infração, detectada em virtude de erro na determinação da base de cálculo do ICMS.

Ressalta que a infração foi cometida porque o contribuinte deixou de informar parte das receitas auferidas nas vendas, ou seja, a venda de peixes, conforme levantamento feito através do AUDIG fls. 05 a 12, deste PAF, NFe de Saídas as quais estão registradas nos Livros Registro de Saídas, cujas cópias encontram-se anexadas às fls. 13 a 40, da PAF.

Informa que na ação fiscal foi detectado que o contribuinte declarou a menos a base de cálculo do ICMS na receita da comercialização de peixes, imaginando que as receitas de produtos isentos não seriam oferecidas à tributação, porém, a legislação prevê a exclusão somente dos cancelamentos, das devoluções de vendas e das receitas com produtos inclusos na substituição tributária, conforme Art. 3º, II, § 1º, c/c Art. 18, da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, cujo teor transcreveu.

Quanto ao pedido de nulidade requerido pelo contribuinte diz ser totalmente descabido, pois o PAF atende todos os preceitos do Art. 39, do Decreto Nº 7.629/99 (RPAF). Rejeita a improcedência requerida afirmando que o contribuinte confundiu o tratamento tributário do Simples Nacional com a isenção prevista para as Empresas Normais.

Pede a 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, ter recolhido a menor o ICMS em razão de considerar parte de sua receita Bruta como isenta.

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade do lançamento por entender ter havido vício material de tipificação em relação ao dispositivo infringido indicado no Auto de Infração, pois foi informado apenas o art. 18 da Lei Complementar nº 123/2006 e tal dispositivo não traz a regra de isenção do ICMS do produto por ela comercializado, peixes, prevista no Estado da Bahia, cerceando o seu direito de defesa.

Razão não assiste ao sujeito passivo con quanto estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do Auto de Infração em apreço, tendo sido indicados com clareza os enquadramentos legais e multas aplicadas, constando no campo próprio do Auto de Infração, citando o artigo da Lei Complementar 123/2006, que trata do Simples Nacional.

Ademais, não é causa de nulidade da autuação, possível erro na indicação do dispositivo infringido, haja vista que pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, inexistindo as supostas omissões reclamadas no que diz respeito aos dispositivos infringidos. Observo também que não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação das infrações, restando suficientes os elementos presentes nos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Devo registrar, por oportuno, que os valores das Receitas consideradas pela fiscalização e informadas no demonstrativo de fls. 05 a 12, foram extraídos do livro Registro de Saídas escriturado pelo próprio contribuinte às fls. 13 a 41.

Desse modo, não acolho a nulidade suscitada.

No mérito a empresa autuada alega que a fiscalização exigiu o pagamento do imposto sobre “peixe”, que goza do benefício fiscal de isenção conforme determinado no art. 265, inciso II, alínea “e” do RICMS /12.

Não há como prosperar este argumento. Da leitura do dispositivo citado pelo contribuinte que a seguir transcrevo, observo que, à época dos fatos geradores, o benefício da isenção do produto questionado era exclusivamente para as operações realizadas internamente no Estado da Bahia.

Art. 265. São isentas do ICMS:

II - as saídas internas de:

(...)

e) pescado, exceto crustáceo, molusco e rã, sendo que o benefício previsto nesta alínea não se aplica ao pescado enlatado, cozido, seco ou salgado;

Verificando as operações objeto da exigência fiscal informadas no demonstrativo de fls. 5 a 12, constato que se referem a documentos fiscais escriturados pelo sujeito passivo no livro Registro de Saídas, cujas fotocópias foram anexadas às fls. 14 a 40. Todas elas acobertam saídas interestaduais, portanto, não fazem jus ao benefício da isenção.

Ressalto que mesmo admitindo-se que as operações tivessem o benefício da isenção, o que não foi o caso, o cálculo do imposto devido pelas empresas optantes pelo Simples Nacional deve ser efetuado sobre a receita bruta auferida, excluindo em relação ao ICMS, as operações elencadas no inciso XIII do §1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, cujo teor transcrevo:

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 desacobertada de documento fiscal;*
- f) na operação ou prestação desacobertada 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. 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 efetuada 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.

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 ora analisado já que o contribuinte é optante pelo Simples Nacional e as operações em questão não fazem jus ao benefício da isenção prevista no art. 265, inciso II, alínea “e” do RICMS /12, por se tratar de saídas interestaduais de pescados.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232245.3012/16-8, lavrado contra **PISCICULTURA BONFIM LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$49.210,07**, 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, 09 de março de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR