

PROCESSO - A. I. Nº 210751.3003/16-3
RECORRENTE - COMERCIAL ESMERALDA LTDA. (SACOLA CHEIA) - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0231-01/16
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0161-12/18

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 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. 265. Infração subsistente em parte. Indeferido o pedido de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração em epigrafe, lavrado em 16/08/2016, 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%.

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a 1ª JF, decidiu, por unanimidade, pela procedência da infração com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito.

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.

Regularmente intimada, a Recorrente, inconformada com o julgamento realizado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, materializado no Acórdão JF nº 0231-01/16, vem, por seu representante legal, às fls.93/99, expor as razões que motivam seu recurso voluntário.

Inicialmente discorre sobre a autuação e a decisão de piso para asseverar que não podem serem mantidos por falta de embasamento e afronta ao direito líquido e certo da Recorrente.

Aduz que:

“A Autuada inconformada com a decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, busca novo entendimento acerca das suas alegações ao AI em questão, pois, entende que o AI encontra-se eivado de vícios, que podemos destacar, inclusive a não observação de vários princípios constitucionais, dentre eles:

PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE – Um dos mais conhecidos princípios, quanto ao ICMS, ao IPI e aos Impostos Residenciais da União Federal, deve-se compensar o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas operações anteriores pelo mesmo ou outro Estado Membro ou pelo Distrito Federal.

Art. 49. O imposto é não-cumulativo, dispondo a lei de forma que o montante devido resulte da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente aos produtos saídos do estabelecimento e o pago relativamente aos produtos nele entrados. CTN.”

Explica que:

“O respeito a não cumulatividade é pressuposto constitucional para a cobrança do ICMS. A importância desse princípio é reforçada no caso em exame, porquanto a Constituição determina que deve ser favorecido o tratamento tributário das micro e das pequenas empresas.

PRINCÍPIO DA ISONOMIA (ou igualdade), que proíbe tratamento desigual aos contribuintes que se encontram em situação equivalente, assim como qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos. Visa coibir discriminação entre os cidadãos, sendo sagrada a sua observação e cumprimento por todos os brasileiros”.

Destaca que a decisão da 1ª Junta de Julgamento revela: *“discriminação acerca das empresas optantes pelo Simples Nacional, pois, tira tais empresas da livre concorrência, uma vez, que torna a sua carga tributaria muito mais elevada.”*

Discorre sobre o princípio Constitucional da vedação do confisco que teria sido ferido pela autuação pela cobrança de ICMS e multa.

Aponta que, conforme apresentado na sua Impugnação: *“a guia de recolhimento do simples nacional – pede o preenchimento do campo “mercadorias isentas”, afim de que seja calculado corretamente o tributo. Não fazendo sentido deixa-lo em branco, uma vez que existem mercadorias isentas de tributação. Ademais, o próprio RICMS/BA., explicita no seu artigo 265, as mercadorias passíveis de isenção.*

O Autuante buscando amparo legal para não proceder com a exclusão das mercadorias isentas do rol de tributação, invoca o artigo 18 da LC 123/06, vejamos:

“Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, sera determinado mediante aplicação da tabela do Anexo 1 deste Lei Complementar.

Paragrafo 1º – Para efeito de determinação da alíquota, o sujeito passivo utilizara a receita bruta acumulada nos 12(doze) meses anteriores ao do período de apuração” LC 123/06.”

Daí conclui: “o artigo 18, nos encima que a receita bruta dos últimos 12 meses, sera utilizado tao simplesmente para determinação da alíquota a ser aplicada para fins de calculo do imposto mensal devido, ate mesmo, que qualquer entendimento contrario, fere de morte o nosso ordenamento jurídico.

Portanto, necessário se faz, para evitar dupla tributação, que as mesmas sejam excluídas do faturamento mensal tributado.”

Ao final requer: À vista de todo o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera e requer a recorrente seja acolhido o presente recurso para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o débito fiscal reclamado.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, e com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

O apelo recursal é atinente à decisão de primeiro grau que julgou procedente o Auto de Infração em epigrafe que acusa o Contribuinte de ter deixado de recolher o ICMS referente ao Regime do SIMPLES NACIONAL. E, pelo que pude entender, cinge-se a aduzir que a autuação em lide estaria eivada de vícios, destacando a não observação de vários princípios constitucionais, dentre eles o da Não Cumulatividade do ICMS e o da Isonomia quanto ao tratamento do Contribuinte.

Tratando essa assertiva suscitada pela Recorrente como uma arguição de nulidade da presente autuação, por primeiro passo a analisá-la.

Assim, com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto 7.629/99, sobretudo o art. 39, vejo que não há qualquer vício que imponha mácula ao lançamento, pois estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração. Observo também que inexistem nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e em relação à capitulação da infração, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Devo registrar, por oportuno, que também não se vislumbra qualquer dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação, eis que os documentos de sustentação da peça acusatória são incontestavelmente claros.

Quanto ao mérito, constato que não cabe reparo à decisão de piso, tendo em vista que, conforme apontado pelo i. Julgador da JJF, tratando-se de falta de recolhimento do tributo, mesmo que relativo a comercialização de produtos hortifrutigranjeiros, a receita realtiva a essa saídas devem ser integradas à base de cálculo do recolhimento do Simples Nacional, a qual será a receita bruta auferida pelo Contribuinte para fim, inclusive, de determinar a respectiva alíquota do recolhimento do Simples Nacional, nos termos que determina o Art. 18 da Lei Complementar nº 123/06.

Eis que, no momento em que o Contribuinte optou pelo regime do Simples Nacional, aceitou seu regramento, qual seja: a base de cálculo do imposto devido será a receita bruta proveniente do faturamento da Empresa optante.

Assim, considerando que não cabe reparo à Decisão recorrida, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Presente 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 **210751.3003/16-3**, lavrado contra **COMERCIAL ESMERALDA LTDA. (SACOLA CHEIA)- EPP**, devendo ser intimado o recorrente 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, 17 de maio de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS