

PROCESSO - A. I. Nº 225203.0040/14-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - BRASIL COMÉRCIO DE PRESENTES IMPORTADOS LTDA. – ME
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0191-01/17
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 27/08/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0171-11/18

EMENTA: ICMS. 1. EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÕES DE ENTRADAS E DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. APURAÇÃO COM BASE NO TRATAMENTO DADO AOS CONTRIBUINTES NÃO OPTANTES PELO SIMPLES NACIONAL. NULIDADE. **2.** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE NOTA FISCAL MODELO 1 OU MODELO 1-A EM SUBSTITUIÇÃO A NOTA FISCAL ELETRÔNICA. Conforme consta no sistema INC – Informações do Contribuinte tanto a Atividade Econômica Principal como as Atividades Econômicas Secundárias exercidas pelo autuado não se encontravam listadas nos Protocolos ICMS 10/07 e 42/09, condição esta indispensável para obrigatoriedade de emissão da Nota Fiscal eletrônica estabelecida pelo § 2º do art. 83 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12. Infração não caracterizada. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decretada, de ofício, **Improcedente** o Auto de Infração. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício contra a decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Nulo o Auto de Infração em lide, lavrado em 27/08/2014, para exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$510.762,73, em decorrência das seguintes:

- 1. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, nos exercícios de 2012 e 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$506.995,42, acrescido da multa de 100%;*
- 2. Utilização indevida da Nota Fiscal Modelo 1 ou Modelo 1-A em substituição a Nota Fiscal Eletrônica, nos meses de agosto a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$3.767,31.*

Após a devida instrução processual, a 1ª JJF decidiu, por unanimidade, pela Nulidade da autuação, conforme voto a seguir transcrito:

VOTO

O Auto de Infração em exame versa sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado. A primeira infração diz respeito à falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, nos exercícios de 2012 e 2013. A segunda infração se refere à utilização indevida da Nota Fiscal Modelo 1 ou Modelo 1-A em substituição a Nota Fiscal Eletrônica, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória.

Inicialmente, cabe observar que, em face da alegação defensiva de que não recebera os elementos – planilhas,

demonstrativos, etc. - elaborados pela autuante, inclusive por meio de mídia magnética, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência à Inspetoria Fazendária de origem, a fim de que fossem entregues referidos documentos, inclusive mediante mídia magnética, conforme manda o § 3º do art. 8º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. A diligência foi cumprida, tendo sido entregues ao autuado os elementos elaborados pela Fiscalização, em papel e mídia magnética, inclusive com a reabertura do prazo de defesa.

Certamente que a providência adotada por esta Junta de Julgamento Fiscal ao converter o feito em diligência – atendendo inclusive o pleito do impugnante - afastou qualquer possibilidade de ofensa ao direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte, que, vale registrar, foi exercido plenamente, inclusive com a reabertura do prazo de defesa de 60 dias. Portanto, no presente caso, inexistiu qualquer prejuízo ao contribuinte, descabendo, desse modo, falar-se em nulidade do lançamento, sob o fundamento de não ser possível corrigir o equívoco incorrido pela Fiscalização.

No tocante ao novo pedido de diligência, considero desnecessária a sua realização pois os elementos que compõem o presente processo se apresentam suficientes e necessários para formação do meu convencimento e decisão da lide, razão pela qual, com fulcro no art. 147, I, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, indefiro o pedido.

O impugnante ao exercer o seu direito de defesa, arguiu a existência de ilegalidade do procedimento adotado para apuração do imposto, sob o fundamento de que se trata de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, tendo o lançamento decorrente de levantamento quantitativo de estoque (infração 1), adotado a cobrança do imposto com base no regime normal de apuração, portanto, ignorando sua condição de optante do Simples Nacional.

Indubitavelmente, assiste razão ao impugnante no tocante à infração 1. Isto porque, no período objeto da autuação – 31/12/2012, 31/12/2013 – o autuado se encontrava inscrito na condição de optante pelo Simples Nacional, carecendo, desse modo, de amparo legal, o procedimento adotado pela autuante já que não aplicáveis, no caso, as disposições do art. 13, § 1º inc. XIII, “e” da Lei Complementar nº 123/2006, que fundamentou a autuação, haja vista que o referido dispositivo legal tem a sua aplicação exclusivamente nas atividades que envolvam fiscalização de trânsito e similares, quando os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional.

Vale observar que inexistente na legislação referente ao Simples Nacional, qualquer situação em que se autorize exigência do imposto com base no tratamento dado aos demais contribuintes que apuram o imposto pelo regime de apuração conta-corrente fiscal (“normal”), em se tratando de omissão de saídas de mercadorias com base em levantamento quantitativo de estoque.

Neste sentido, considero relevante registrar a existência de decisão proferida pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, Acórdão JF nº 0210-04/16, no qual o ilustre Relator Dr. Fábio Cabral Ferreira, em esclarecedor voto, discorreu sobre a inaplicabilidade de exigência do imposto pelo regime normal de apuração no caso de levantamento quantitativo de estoques de contribuintes optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

No referido voto foi consignando o seguinte:

[...]

Em sua segunda intervenção, o autuado, por seu patrono, suscitou a existência de ilegalidade do procedimento adotado para apuração do imposto, por se tratar de empresa inscrita no regime do Simples Nacional, tendo o lançamento decorrente de levantamento quantitativo de estoque, adotado a cobrança do imposto com base no regime normal de apuração, ignorando sua condição de optante do Simples Nacional. A este respeito, a autuante rebateu o argumento defensivo pontuando que “na realidade a autuada não foi desenhada do Simples Nacional, e o que ocorreu é que esta deu entrada de mercadorias sem Documentação Fiscal o que enseja a cobrança do Imposto devido na forma dos demais contribuintes, conforme consta no Art.13, § 1º inc. XIII, “e”.

Analizando estes argumentos, de crucial importância para o deslinde da questão, vejo que assiste razão ao autuado. Isto porque, a legislação aplicável ao caso em discussão se apresenta na forma que passo a mencionar.

A Resolução CGSN nº 94/2011 (Comitê Gestor do Simples Nacional), com fulcro no Art. 13, incisos I a VIII da Lei Complementar 123/2006, estabelece em seu Art. 4º os tributos que compõem a “cesta” com abrangência pelo Simples Nacional, dentre os quais se encontra o ICMS.

Já em seu Art. 5º (Resolução CGSN nº 94/2011), pontua os tributos não abrangidos pelo Simples Nacional, em que os optantes por este regime (ME ou EPP) recolherão nos termos da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, além daqueles previstos pela Lei Complementar nº 123/2006, em seu art. 13, § 1º, incisos I a XV, destacando a referida Resolução no inciso X, alíneas “e” e “f” do citado artigo que deverá ser

recolhido o **"ICMS devido"**, na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacobertada de documento fiscal, bem como na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal.

Seguindo a interpretação das normas inerentes às ME ou EPP optantes pelo regime do Simples Nacional, temos, no artigo 18 da LC 123/06:

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação das alíquotas constantes das tabelas dos Anexos I a VI desta Lei Complementar sobre a base de cálculo de que trata o § 3º deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3º.

§ 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.

(...)

§ 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 irretratável para todo o ano-calendário.

Já a Resolução CGSN 94/2011, com base nos dispositivos acima transcritos, em sua Seção IV, **que trata do cálculo dos tributos devidos pelas ME ou EPP optantes pelo regime do Simples Nacional**, na subseção referente a base de cálculo do imposto prevê em seu Art. 16:

Art. 16. A base de cálculo para determinação do valor devido mensalmente pela ME ou EPP optante pelo Simples Nacional será a receita bruta total mensal auferida (Regime de Competência) ou recebida (Regime de Caixa) conforme opção feita pelo contribuinte (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, **caput** e § 3º).

Adiante, na subseção relacionada a alíquota aplicável, o Art. 21 da referida Resolução diz:

Art. 21. O valor devido mensalmente pela ME ou EPP optante pelo Simples Nacional será determinado mediante a aplicação das alíquotas constantes das tabelas dos Anexos I a V e V-A, sobre a receita bruta total mensal, observado o disposto no § 9º do art. 2º e nos arts. 16 a 19, 22 a 26. 33 a 35 e 133 (Lei Complementar nº 123/2006, art. 18, § 1º).

§ 1º. Para efeito de determinação da alíquota, o sujeito passivo utilizará a receita bruta total acumulada auferida nos 12 (doze) meses anteriores ao do período da apuração. (Lei Complementar nº 123/2006, art. 18, § 1º).

No capítulo relacionado a "Omissão de Receitas" a multicitada Resolução estabelece:

Art. 82. Aplicam-se à ME e à EPP optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 34).

(...)

§ 2º Nas hipóteses em que o lançamento do ICMS decorra de constatação de aquisição, manutenção ou saídas de mercadorias ou de prestação de serviços sem documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo, **nas atividades que envolvam fiscalização de trânsito e similares, os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional, consoante disposto nas alíneas "e" e "f" do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 2006. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 13, § 1º, inciso XIII, alíneas "e" e "f"; art. 33, § 4º)**

Art. 83. No caso em que a ME ou EPP optante pelo Simples Nacional exerça atividades incluídas no campo de incidência do ICMS e do ISS e seja apurada omissão de receita de que não se consiga identificar a origem, a autuação será feita utilizando a maior das alíquotas relativas à faixa de receita bruta de enquadramento do contribuinte, dentre as tabelas aplicáveis às respectivas atividades. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 2º)

§ 1º Na hipótese de as alíquotas das tabelas aplicáveis serem iguais, será utilizada a tabela que tiver a maior alíquota na última faixa, para definir a alíquota a que se refere o **caput**. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º; art. 39, § 2º).

Finalmente, na subseção que trata das infrações e penalidades, está definido que:

Art. 84. Constitui infração, para os fins desta Resolução, toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, da ME ou da EPP optante que importe em inobservância das normas do Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º; art. 33, § 4º)

Art. 85. Considera-se também ocorrida infração quando constatada: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º; art. 33, § 4º)

- I - omissão de receitas;*
- II - diferença de base de cálculo;*
- III - insuficiência de recolhimento dos tributos do Simples Nacional.*

Após estas incursões na legislação do Simples Nacional, verifico que o lançamento levado a efeito pela autuante não possui amparo legal, enquanto que o Art.13, § 1º inc. XIII,"e" da LC 123/2006, citado pela autuante para embasar seu procedimento, só é aplicado **nas atividades que envolvam fiscalização de trânsito e similares, quando os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional**, conforme acima explicitado. 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 denominado regime normal de apuração, em se tratando de omissão de saídas de mercadorias com base em levantamento quantitativo de estoque.

Importante salientar que o presente processo foi convertido em diligência SAT/DPF/GECEs que através da sua Coordenação do Simples Nacional pontuou que “o processo supracitado foi enviado em diligência à DPF/GECEs para pronunciamento a respeito da manifestação do contribuinte de ilegalidade no procedimento adotado na apuração do imposto em que a autuante cobrou uma tributação aplicada ao regime de apuração conta corrente fiscal, sem entretanto excluir a empresa do Simples Nacional”.

Neste passo, esclareceu a SAT/DPF/GECEs que apesar da Lei Complementar nº 123/2006, estabelecer em seu Art. 13, § 1º, inciso XIII que o ICMS referente as alíneas “e” e “f” , [consideradas pela autuante como base legal para o lançamento] deverá ser cobrado observada a legislação aplicada as demais pessoas jurídicas, a Resolução CGSN 94/2011 que regulamentou a referida Lei Complementar, em seu artigo 82 restringiu o lançamento de ofício com base no referido artigo para as operações relativas ao trânsito de mercadorias, conforme já citado acima.

Concluindo seu Parecer de fls. 735 e 735v, a SAT/DPF/GECEs, através da Coordenação do Simples Nacional, definiu que “No caso em questão a autuante poderá aplicar a Exclusão de Ofício por prática reiterada, após fazer o lançamento de ofício referente a 02 períodos de apuração consecutivos ou alternados, utilizando a base de cálculo e alíquotas pela faixa de receita aplicadas ao simples, referente a uma mesma infração conforme determina o artigo 29, inciso V, § 9º, I da Lei complementar 123”.

Convém aqui observar que a exclusão de ofício deve obedecer regras específicas. Assim, o Art. 30 da LC 123/2006, § 2º determina que “A comunicação de que trata o caput deste artigo dar-se-á na forma a ser estabelecida pelo Comitê Gestor”.

Desta maneira, a Resolução nº 94/2011 do CGSN estabelece em seu Art. 75 quem tem competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional, neste caso, a Secretaria da Fazenda, sendo que, em seus §§ 1º ao 6º consta que:

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 2º Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º)

§ 3º Na hipótese de a ME ou EPP, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 6º)

§ 4º Não havendo, dentro do prazo estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou o processo, impugnação do termo de exclusão, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, §6º)

§ 5º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federado que a promoveu, após vencido o prazo de impugnação estabelecido pela legislação do ente federado que iniciou ao processo, sem sua interposição tempestiva, ou, caso interposto tempestivamente, após a decisão administrativa definitiva desfavorável à empresa, ficando os efeitos dessa exclusão, observado o disposto no art. 76, condicionados a esse registro. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º; art. 39, § 6º)

§ 6º Fica dispensado o registro previsto no § 5º para a exclusão retroativa de ofício efetuada após a baixa no CNPJ, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados à efetividade do termo de exclusão na forma prevista nos §§ 3º e 4º. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º).

Convém pontuar que os efeitos da exclusão de ofício do Simples Nacional estão delineados através ao Art. 76 da referida Resolução.

Observo, ainda, que além das questões acima mencionadas, a exigência do imposto na forma constante do Auto de Infração sob análise, representa violação ao princípio da não cumulatividade do imposto já que se fez uma exigência tributária com base no regime normal de apuração, sem que tenha havido concessão do crédito fiscal inerente às aquisições.

Cabe, também, observar que em relação a infração 01, cujo lançamento ocorreu com base em presunção legal de omissão de saídas anteriores em face da constatação de omissão de entradas de mercadorias, que a Resolução 94/11 do CGSN estabelece o que segue:

Art. 82. Aplicam-se à ME e à EPP optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 34).

Art. 83. No caso em que a ME ou EPP optante pelo Simples Nacional exerça atividades incluídas no campo de incidência do ICMS e do ISS e seja apurada omissão de receita de que não se consiga identificar a origem, a autuação será feita utilizando a maior das alíquotas relativas à faixa de receita bruta de enquadramento do contribuinte, dentre as tabelas aplicáveis às respectivas atividades. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39, § 2º)

§ 1º Na hipótese de as alíquotas das tabelas aplicáveis serem iguais, será utilizada a tabela que tiver a maior alíquota na última faixa, para definir a alíquota a que se refere o caput. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º; art. 39, § 2º)

§ 2º A parcela autuada que não seja correspondente aos tributos federais será rateada entre Estados, Distrito Federal e Municípios na proporção dos percentuais de ICMS e ISS relativos à faixa de receita bruta de enquadramento do contribuinte, dentre as tabelas aplicáveis. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º; art. 39, § 2º)

*Finalmente, com base na análise dos dispositivos legais acima transcritos, e, sobretudo no entendimento externado através do parecer emitido pela Coordenação do Simples Nacional – SAT/DPF/GECES, fl. 735, concluo que o lançamento se encontra em descompasso com a norma legal prevista para as empresas optantes pelo regime do Simples Nacional, razão pela qual voto pela **nulidade** do presente Auto de Infração, recomendando, entretanto, que seja instaurado novo procedimento fiscal observando o prazo decadencial.*

Diante disso, acorde com os fundamentos que nortearam o voto acima reproduzido, haja vista que o procedimento fiscal foi executado considerando a apuração do imposto pelo regime normal de apuração, portanto, de forma não prevista para as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, ou seja, em desacordo com o previsto pela Lei Complementar nº 123/2006 e pela Resolução CGSN nº 94/2011, este item da autuação é nulo. Conforme manda o art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de instauração de novo procedimento, a salvo de falhas, respeitando o prazo decadencial.

No tocante à infração 2, observo que a autuante fundamentou a autuação no artigo 83, § 2º, do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, cuja redação tem o seguinte teor:

Art. 83. A NF-e será emitida pelo contribuinte obrigado ao seu uso ou que tenha optado:

[...]

§ 2º São obrigados à emissão de NF-e os contribuintes que tenham como atividade econômica as listadas nos Protocolos ICMS 10/07 e 42/09, além das operações neles especificadas.

Conforme consta no sistema INC – Informações do Contribuinte, o autuado exerce como Atividade Econômica Principal 4751201 – Comércio varejista especializado de equipamentos e suprimentos de informática e como “Cnaes Secundárias” as atividades com códigos 4753900, 4755502, 4761003, 4763601, 4781400, 4789001.

Ocorre que as atividades exercidas pelo autuado - conforme os códigos acima referidos - não estão listadas nos Protocolos ICMS 10/07 e 42/09, significando dizer que o autuado não estava obrigado à emissão de Nota Fiscal eletrônica, haja vista que inaplicável o disposto no § 2º do art. 83 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, conforme a imputação.

Vale consignar que, além disso, consta no mesmo sistema INC – Informações do Contribuinte o registro de que o contribuinte não está obrigado à emissão de Nota Fiscal eletrônica.

Diante disso, esta infração é insubsistente.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Com base no art. 169, I, “a” do RPAF/99, a referida Junta de Julgamento Fiscal recorreu de Ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento deste CONSEF.

VOTO

Inicialmente, informo que não merece reparo o julgamento da 1ª JF, a não ser pela conclusão da infração 2 que é improcedente, pelos argumentos que passo a expor.

A preliminar de nulidade, em face da alegação defensiva de que não recebera os elementos – planilhas, demonstrativos, etc. - elaborados pela autuante, inclusive por meio de mídia magnética, foi afastada conforme fundamentação exposta no voto.

Apesar da informação fiscal prestada pela autuante (fls. 933/934), asseverando que todos os elementos que fundamentaram a autuação foram entregues à sócia Katiana Crispim de Sousa, em 27/08/2014, conforme documento de fl. 931, a Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência à Inspeção Fazendária de origem, a fim de que fossem entregues referidos documentos, inclusive mediante mídia magnética, conforme manda o § 3º do art. 8º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, afastando qualquer possibilidade de ofensa ao direito da ampla defesa e do contraditório, que foi plenamente exercido pelo contribuinte, inclusive, com reabertura do prazo de defesa de 60 dias.

Com relação à Infração 01, o autuado, no período objeto da autuação – 31/12/2012, 31/12/2013 – se encontrava inscrito na condição de optante pelo Simples Nacional e, neste caso, a apuração do imposto não podia ser feita pelo regime normal de apuração, como feito pela autuante, e sim na forma prevista na Lei Complementar nº 123/2006 e na Resolução CGSN nº 94/2011. Portanto, o procedimento adotado pela autuante não tem amparo legal. Neste caso, não é aplicável o previsto no art. 13, § 1º inc. XIII, "e" da Lei Complementar nº 123/2006, que fundamentou a autuação, já que o referido dispositivo legal tem a sua aplicação exclusivamente nas atividades que envolvam fiscalização de trânsito e similares, quando os tributos devidos devem ser exigidos observando a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional.

O julgador de piso, como forma de robustecer sua fundamentação, cita e transcreve, parcialmente, a decisão proferida pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, Acórdão JF Nº 0210-04/16, da lavra do Relator Dr. Carlos Fábio Cabral Ferreira, em esclarecedor voto, onde discorreu sobre a inaplicabilidade de exigência do imposto pelo regime normal de apuração no caso de levantamento quantitativo de estoques de contribuintes optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

Também, em relação à infração 1, cujo lançamento ocorreu com base em presunção legal de omissão de saídas anteriores em face da constatação de omissão de entradas de mercadorias, a Resolução 94/11 do CGSN, vigente à época dos fatos geradores, estabelece o que segue:

Art. 82. Aplicam-se à ME e à EPP optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 34)

§ 1º A existência de tributação prévia por estimativa, estabelecida em legislação do ente federado não desobrigará:

I - da apuração da base de cálculo real efetuada pelo contribuinte ou pelas administrações tributárias; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, caput e § 3º)

II - da emissão de documento fiscal previsto no art. 57, ressalvadas as prerrogativas do MEI, nos termos do inciso II do art. 97. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 26, inciso I e § 1º)

*§ 2º Nas hipóteses em que o lançamento do ICMS decorra de constatação de aquisição, manutenção ou saídas de mercadorias ou de prestação de serviços sem documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo, **nas atividades que envolvam fiscalização de trânsito e similares**, os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional, consoante disposto nas alíneas "e" e "f" do inciso XIII do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 2006. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 13, § 1º, inciso XIII, alíneas "e" e "f"; art. 33, § 4º) (grifo não original)*

Art. 83. No caso em que a ME ou EPP optante pelo Simples Nacional exerça atividades incluídas no campo de incidência do ICMS e do ISS e seja apurada omissão de receita de que não se consiga identificar a origem, a autuação será feita utilizando a maior das alíquotas relativas à faixa de receita bruta de enquadramento do contribuinte, dentre as tabelas aplicáveis às respectivas atividades. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 39,

§ 2º)

§ 1º Na hipótese de as alíquotas das tabelas aplicáveis serem iguais, será utilizada a tabela que tiver a maior alíquota na última faixa, para definir a alíquota a que se refere o caput. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º; art. 39, § 2º)

§ 2º A parcela autuada que não seja correspondente aos tributos federais será rateada entre Estados, Distrito Federal e Municípios na proporção dos percentuais de ICMS e ISS relativos à faixa de receita bruta de enquadramento do contribuinte, dentre as tabelas aplicáveis. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º; art. 39, § 2º)

Quanto à infração 2, onde a acusação é a de utilização indevida da Nota Fiscal Modelo 1 ou Modelo 1-A em substituição a Nota Fiscal Eletrônica, nos meses de agosto a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, fundamentada no artigo 83, § 2º, do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, cuja redação tem o seguinte teor:

Art. 83. A NF-e será emitida pelo contribuinte obrigado ao seu uso ou que tenha optado:

[...]

§ 2º São obrigados à emissão de NF-e os contribuintes que tenham como atividade econômica as listadas nos Protocolos ICMS 10/07 e 42/09, além das operações neles especificadas.

Conforme consta no sistema INC – Informações do Contribuinte, o autuado exerce como Atividade Econômica Principal 4751201 – Comércio varejista especializado de equipamentos e suprimentos de informática e como “CNAE’s Secundárias” as atividades com códigos 4753900, 4755502, 4761003, 4763601, 4781400, 4789001 (fls. 12/verso).

Ocorre que as atividades exercidas pelo autuado - conforme os códigos acima referidos - não estão listadas nos Protocolos ICMS 10/07 e 42/09, significando dizer que o autuado não estava obrigado à emissão de Nota Fiscal eletrônica, haja vista que inaplicável o disposto no § 2º do art. 83 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, conforme a imputação.

Também, o julgador de piso registra em seu voto, que consta no sistema INC – Informações do Contribuinte o registro de que o contribuinte não estaria obrigado à emissão de Nota Fiscal eletrônica, desconstituindo, assim, esta infração.

Portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, entretanto, de ofício, retifico o resultado da Decisão de piso, para considerar o Auto de Infração IMPROCEDENTE, sendo a infração 1 Nula e a infração 2 Improcedente, conforme fundamentação exposta no voto do julgador de Primeira Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso de Ofício apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **225203.0040/14-7**, lavrado contra **BRASIL COMÉRCIO DE PRESENTES IMPORTADOS LTDA. – ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de julho de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

CARLOS ANTONIO BORGES COHIM SILVA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS