

A. I. N° - 210751.0004/17-7
AUTUADO - COMERCIAL NOVA AMÉRICA LTDA. - ME
AUTUANTE - SANDOVAL DE OLIVEIRA SOUZA
INFAZ - INFAC TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇ~]AO - INTERNET – 12.04.2018

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0029-04/18

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. EXCLUSÃO DA RECEITA BRUTA OS VALORES DAS OPERAÇÕES DE VENDAS DE PRODUTOS ISENTOS. IMPOSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ficou comprovado que a exigência fiscal recaiu sobre a diferença lançada a menos pelo autuado relativamente às operações de saídas de mercadorias isentas, não oferecidas à tributação pelo Simples Nacional pelo autuado, em flagrante desobediência à norma prevista pelo Art. 24, Parágrafo único, da Lei Complementar nº 123/06. Adesão ao parcelamento de débito do Simples Nacional, apesar de efetuado em momento que o autuado se encontrava sob ação fiscal, com Auto de Infração já expedido, não incluiu os valores exigidos no presente lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi expedido em 27/01/2017 objetivando reclamar crédito tributário na ordem de R\$93.632,92 em face da seguinte acusação: “*Deixou de recolher o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional*”.

Regularmente notificado do lançamento, o autuado ingressou com Impugnação parcial, fls. 60 a 62, aduzindo os argumentos a seguir sintetizados:

Que a autuação acusa que deixou de recolher o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional no período de Janeiro a Dezembro de 2015 e Janeiro a Dezembro de 2016, porém desconhece a prática de tal infração, uma vez que os débitos de ICMS em questão são objetos de parcelamento junto ao órgão da Receita Federal do Brasil.

Cita que no dia 11/11/2016, mediante Protocolo nº 87714167149, foi feita a confirmação da opção prévia pelo Parcelamento Especial de Débitos do Simples Nacional - Art. 9º da Lei Complementar nº 155/16, com prazo para consolidação e pagamento da primeira parcela até 10 de Março de 2017.

Diz que foi apresentado pelo autuante uma planilha de demonstrativo de Débito de omissões de operações tributadas pelo ICMS em anexo (Doc.8 - Demonstrativo do Débito 2015 / Doc.9 - Demonstrativo do Débito 2016), confrontando valores constantes no PGDAS e documentos fiscais, porém, tais valores, que constam na mesma como “Diferenças de ICMS a Recolher”, são débitos consolidados junto à Receita Federal através do Sistema Unificado de Arrecadação - Simples Nacional, objetos do Parcelamento Especial de Débitos do Simples Nacional.

Sustenta que pode ser constatada através das planilhas em anexo (Doc.10 - Demonstrativo de Débito 2015 / Doc.11 - Demonstrativo de Débito 2016) por ele elaborada, que dentro dos valores cobrados como diferença de ICMS a Recolher, não estão inclusos no Parcelamento Especial de

Débitos do Simples Nacional, apenas o ICMS referente a vendas de Mercadorias Isentas no período de Janeiro de 2015 a abril de 2016, que conforme entendimento neste período não haveria a cobrança do imposto por se tratar de venda de Mercadoria Isenta dentro do Estado da Bahia, aduzindo em seguida que os valores e comprovantes podem ser confirmados conforme os documentos em anexo: Doc. 1 - Auto de Infração / Doc. 2 - Contrato Social / Doc. 3 - Última Alteração Contratual / Doc. 4 - Documento sócio Responsável / Doc. 5 - Confirmação opção prévia pelo Parcelamento Especial de Débitos do Simples Nacional / Doc. 6 - DAS primeira parcela do Parcelamento / Doc. 7 - Recibo de adesão ao Parcelamento do Simples Nacional / Doc. 8 - Demonstrativo do Débito 2015 (autuante) / Doc. 9 - Demonstrativo do Débito 2016 (autuante) / Doc. 10 - Demonstrativo do Débito 2015 (autuada) / Doc. 11 - Demonstrativo de Débito 2016 (autuada).

Após destacar que os demais itens que não foram alcançados na presente Defesa permanecem inalterados, solicita a “elucidação dos fatos” e que não é sua intenção atribuir culpas ou julgar determinados procedimentos por parte do fisco, no entanto é do seu direito solicitar a correção deste.

Conclui solicitando que o Auto de Infração seja julgado Nulo.

O autuante prestou Informação Fiscal, fls. 81 e 82, ponderando que o autuado apresentou defesa pedindo a improcedência do Auto de Infração, alegando que os débitos cobrados no auto, já estavam em parcelamento junto à Receita Federal, anexando à fl. 71 comprovante de confirmação prévia ao parcelamento.

Menciona que a opção prévia, segundo a Receita Federal, significa: *"A opção prévia tem tão somente o efeito de evitar a exclusão do contribuinte em virtude de débitos apurados na forma do Simples Nacional até a competência de maio de 2016, e não o dispensa de efetuar o pedido definitivo do parcelamento a partir de 12/12/2016, com vistas ao processo de consolidação dos débitos e pagamento da primeira parcela, conforme regulamentação a ser editada pelo Comitê Gestor do Simples Nacional"*

Destaca que a ação fiscal ocorreu no mês de janeiro/2017, e durante este período até o encerramento da ação fiscal (lavratura do auto 27/01/2017), nada consta no sistema Sefaz-BA ou da Receita Federal qualquer parcelamento definitivo de ICMS Simples Nacional, do período fiscalizado (01/01/2015 a 31/12/2016).

Diz que o que se pode comprovar analisando o documento - RECIBO DE ADESÃO AO PARCELAMENTO ESPECIAL DO SIMPLES NACIONAL- (fls. 74 e 75) anexado pelo autuado, que a data do recebimento de tal pedido junto à Receita Federal ocorreu em 22/02/2017 (fls. 75), ou seja, o real parcelamento ocorreu quase um mês após a lavratura do Auto de Infração, enquanto que o pagamento da primeira parcela também ocorreu em 23 de fevereiro conforme DAS anexado pela autuada na defesa, fl. 73 e o Auto de Infração foi lavrado em Janeiro/2017.

Pontua que o autuado não deveria incluir ICMS no seu parcelamento, realizado em 22/02/2017 (fl. 75), uma vez que ao tomar ciência do auto também estava ciente dos débitos, e, neste sentido, pagamento ou solicitação de parcelamento posterior à ação fiscal, na tentativa de corrigir erros já definidos anteriormente em ação fiscal, não possui validade.

Em 31/07/2017, o processo foi convertido em diligência à INFAZ de origem/autuante nos seguintes termos:

O Auto de Infração em referência cuida de falta de pagamento do imposto por empresa optante pelo regime do Simples Nacional.

A apuração do imposto está demonstrada, sinteticamente, nos quadros apresentados pelo autuante, fls. 08 e 09, onde se verifica, por exemplo, que no mês de janeiro/2015, foi declarado pelo autuado na PGDASN o imposto na ordem de R\$2.174,14, enquanto que o autuante apurou o ICMS devido naquele mês na ordem de R\$3.244,81, o qual confrontado com o imposto efetivamente recolhido gerou a diferença ora exigida.

Considerando que o autuante não demonstrou como determinou o imposto devido no mês citado, na ordem de R\$3.244,81, limitando-se a escrever de caneta no PGDASN, fl. 12v, essa quantia, situação esta ocorrida em relação aos demais meses objeto da autuação, decidiu esta 4^a Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, por converter o presente processo em diligência à Infaz de origem no sentido de que o autuante esclareça e demonstre como determinou o valor do ICMS apurado, fls. 08 e 09.

Em seguida, deverá o autuado ser cientificado do resultado desta diligência, oportunidade em que deverá lhe ser concedido o prazo de 10 (dez) dias para se manifestar acerca do resultado da diligência.

Atendida a solicitação supra, o processo deverá retornar ao CONSEF para prosseguimento da sua instrução e posterior julgamento.

O autuante, em atendimento à diligência solicitada, se pronunciou às fls. 88 a 90, trazendo os seguintes esclarecimentos:

Que a apuração do imposto está claramente expressa nos demonstrativos fls. 08 e 09, e que na coluna “receita bruta do mês” está discriminada mês a mês a receita informada pela autuada nas suas PGDASN.

Que a receita declarada de cada mês foi multiplicada pela alíquota informada no demonstrativo (coluna 4) que teve como parâmetro para a determinação da mesma a Receita Bruta Acumulada (coluna tres do demonstrativo), também declarada pela autuada em suas PGDASN.

Que as diferenças apresentadas no auto, ocorreram pois o autuado ao efetuar o cálculo, excluiu da receita bruta declarada, as vendas de produtos com isenção, o que não é permitido no Regime do Simples Nacional.

Que as receitas das vendas de produtos isentos de ICMS deverão constar na declaração, apenas como destaque e não podem ser excluídas da receita para fins de tributação do Simples Nacional.

Como exemplo, citou que no mês de janeiro de 2015, o autuado declarou na PGDASN a receita de R\$114.253,76 (fl. 12) referente a “revendas de mercadorias, exceto sem substituição tributária/tributação/monofásica/antecipação com encerramento de tributação (o substituto tributário do ICMS deve utilizar essa opção)”, mas ao efetuar o cálculo, excluiu do valor informado (R\$114.253,76), as vendas de mercadorias isentas no valor de R\$37.699,27 descrita na PGDASN (fl. 12). Ou, seja $R\$114.253,76 - R\$37.699,27 = R\$76.554,49 \times 2,84\% = R\$2.174,14$ valor este informado referente ao ICMS a pagar na PGDASN, fl. 12, esclarecendo que no Auto de Infração foi utilizado o seguinte cálculo: $R\$114.253,76 \times 2,84\% = R\$3.244,81$.

Diz que utilizou a receita declarada na PGDASN sem excluir as vendas com isenção, bem como utilizou a mesma alíquota utilizada pelo autuado (2,84%), sendo este o procedimento utilizado em todos os meses do exercício fiscalizado, ou seja, utilizou a receita declarada nas PGDASN, sem exclusão das vendas isentas, procedimento este não acatado pela autuada nos seus cálculos.

Esclarece que a empresa autuada, optou pela sua inclusão no Simples Nacional, o qual é um regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na Lei Complementar 123/06, sendo que, ao optar por este regime, o contribuinte deve adotar integralmente suas regras, isto é, aquilo que o regime determinar.

Desta maneira, cita que dentre as regras do Simples Nacional 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. Portanto, quem optar pelo Simples Nacional, deve aplicar unicamente os benefícios que este regime especial oferece, excetuados aqueles decorrentes de situações não abrangidas pelo sistema.

Destaca que o contribuinte, ao optar por este regime, deve estar ciente que para efeito de tributação pelo regime diferenciado do Simples Nacional, não há que excluir as vendas de mercadorias sem tributação ou isentas, uma vez que o objeto de tributação é a receita bruta

auferida por vendas, excetuadas apenas as vendas com fase de tributação encerrada, não importando se a mercadoria é ou não tributável pelo ICMS no regime normal de tributação, observando que o Auto de Infração foi expedido com base no que está claramente disposto na LC 123/06, no seu art. 18, 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 irretratável 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.”

Finaliza observando que os valores das receitas constantes nos demonstrativos dos débitos, (fls.08, 09), foram utilizados como base de cálculo nas vendas assumidas e declaradas pelo próprio autuado em seus registros fiscais e nas informações no PGDAS (fls.10 a 57), sendo excluídas apenas as vendas de mercadorias sujeitas a substituição tributária com encerramento de tributação, e destaca que a base de cálculo prevista no Art. 18 da LC 123/06 é a receita bruta aferida pelo estabelecimento, e não estão excetuadas as receitas provenientes das mercadorias isentas do ICMS no regime de apuração normal do imposto.

O autuado foi cientificado do resultado da diligência, fls. 92 a 94, entretanto não se pronunciou.

VOTO

A acusação que versa nos presentes autos está posta nos seguintes termos: “*Deixou de recolher o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional*”.

O autuante, ao se pronunciar através da diligência solicitada, disse que a apuração do imposto está claramente expressa nos demonstrativos fls. 08 e 09. Analisando tais demonstrativos, apresentados de forma sintética, não se vislumbra tal clareza visto que, para se formar um convencimento acerca do lançamento, foi necessário o encaminhamento do processo em diligência.

Dito isto, passo à análise da autuação.

O primeiro argumento defensivo é de que parte substancial do crédito tributário reclamado foi objeto de confirmação de opção prévia pelo Parcelamento Especial de Débitos do Simples Nacional, com data de 11/11/2016, de acordo com o art. 9º da Lei nº 155/2016.

Às fls. 74 e 76 consta Recibo de Adesão ao Parcelamento Especial do Simples Nacional, com data de confirmação em 22/02/2017, o qual foi deferido em 120 parcelas, sendo a primeira paga em 23/02/2017, fl. 73.

Por oportuno, neste momento é importante salientar que desde 04/01/2017 o autuado se encontrava sob ação fiscal, conforme intimação à fl. 05, enquanto o Auto de Infração foi lavrado em 27/01/2017 e recebido pelo autuado em 30/01/2017, situação esta que impedia o autuado de buscar parcelamento de débito relacionado ao ICMS.

Analizando os saldos devedores declarados pelo autuado através da adesão ao parcelamento especial do Simples Nacional, vejo que, em relação ao período autuado, o mês de janeiro/2015 não foi objeto de adesão ao parcelamento, e, por igual, os períodos de 06/2016 até 12/2016. Portanto, em relação a estes meses, não houve concomitância com a autuação.

Quanto aos demais meses, isto é, a partir de 02/2015 até 05/16, estes se encontram alcançados pelo parcelamento do débito e pela autuação. Analisando a planilha apresentada pelo autuado referente aos saldos devedores objeto do parcelamento, tomo, a título de exemplo, o mês de fevereiro/2015, onde o autuado declarou o saldo devedor no valor de R\$8.822,86, valor este que corresponde ao total a recolher informado pelo autuado na PGDASN deste mês, fls. 14 e 15, entretanto, de acordo com o demonstrativo de fl. 08, foi recolhido apenas a quantia de R\$115,48.

Isto posto, vejo que para calcular o valor a recolher à título de ICMS referente ao mês 02/2015, o autuado tomou por base a receita bruta informada na PGDASN na ordem de R\$108.010,85, fl. 14v, da qual deduziu as operações com isenção do imposto no valor de R\$34.605,26, alcançando uma base de cálculo tributável de R\$73.405,59 sobre a qual aplicou a alíquota (percentual) de 2,87%, apurando o valor a recolher a título de ICMS na quantia de R\$2.106,74.

Por outro lado, o trabalho executado pelo autuante consistiu em utilizar a própria receita declarada pelo autuado na PGDASN do mês 02/2015, isto é, R\$108.010,85, sem deduzir as operações isentas no valor de R\$34.605,26 consideradas pelo autuado, sendo que, ao aplicar o mesmo percentual de 2,87%, alcançou o valor a recolher de ICMS nesse mês na ordem de R\$3.099,91.

À luz do quadro acima caberia a exigência da diferença entre o valor apurado pelo autuante e aquele declarado pelo autuado, entretanto, como nesse mês foi recolhido apenas o valor de R\$115,48, o valor reclamado através do Auto de Infração resultou em R\$2.984,43, que é justamente a diferença entre o devido de R\$3.099,91 e o pago de R\$115,48.

Considero importante a ilustração deste cálculo para demonstrar que no valor declarado pelo autuado para efeito de parcelamento de débito perante à Receita Federal não estão incluídos os valores exigidos à título de ICMS reclamado através do presente Auto de Infração, que, à rigor, reclama o imposto calculado apenas sobre as receitas de vendas de produtos isentos excluídos indevidamente pelo autuado da sua receita bruta mensal.

A este respeito destaco que a Lei Complementar nº 123/06, que instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, estabelece expressamente, no art. 24, que essas empresas não poderão utilizar ou destinar qualquer valor a título de incentivo fiscal. Isto significa que o contribuinte não poderá utilizar quaisquer benefícios fiscais, como é o caso da isenção do ICMS, *verbis*:

Art. 24. As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não poderão utilizar ou destinar qualquer valor a título de incentivo fiscal.

Parágrafo único. Não serão consideradas quaisquer alterações em bases de cálculo, alíquotas e percentuais ou outros fatores que alterem o valor de imposto ou contribuição apurado na forma do Simples Nacional, estabelecidas pela União, Estado, Distrito Federal ou Município, exceto as previstas ou autorizadas nesta Lei Complementar. (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

Em conclusão e à luz do quanto acima exposto voto pela Procedência do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210751.0004/17-7** lavrado contra **COMERCIAL NOVA AMÉRICA LTDA. – ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$93.632,92**, acrescido da multa de 75% prevista pelo Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 e Art. 44, inciso I, da Lei Federal nº 9.423/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/2007.

Sala das Sessões do CONSEF, em 13 de março de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA