

ESTADO DA BAHIA  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)  
A.I. Nº - 217445.0005/17-9  
AUTUADO - CERÂMICA IBICARAÍ LTDA - EPP  
AUTUANTE - JOAQUIM NETO DE OLIVEIRA  
ORIGEM - IFMT SUL  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 23. 04. 2018

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0034-01/18**

**EMENTA: ICMS.** 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Dispensa do pagamento da diferença de alíquotas alcançava todos os contribuintes enquadrados na condição de microempresas e empresas de pequeno porte, independentemente do regime de apuração adotado. A partir de 01/01/2016 passou a ser exigida também das microempresas e empresas de pequeno porte. Infração 01 procedente em parte. 2. a) FALTA DE APRESENTAÇÃO DA EFD. MULTA. Autuado excluído do Simples Nacional, não apresentou a EFD a que estaria obrigado. Infração 02 procedente. b) FALTA DE ATENDIMENTO DE INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DA EFD. MULTA. Multa aplicada antes do decurso do prazo de entrega da EFD mediante intimação fiscal. Infração 03 improcedente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 02/03/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$89.460,46, em razão das seguintes infrações imputadas ao autuado:

Infração 01 (06.02.01) – deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, ocorrido nos meses de janeiro de 2015 a junho de 2016 e de agosto a dezembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$26.797,74, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

Infração 02 (16.14.02) – deixou de entregar o arquivo eletrônico da EFD nos prazos previstos na legislação tributária, ocorrido de janeiro de 2015 a dezembro de 2016, sendo exigido multa no valor de R\$33.120,00, prevista na alínea “l” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

Infração 03 (16.14.03) – deixou de atender intimação para entrega da EFD na forma e no prazo previsto na legislação, ocorrido de janeiro a dezembro de 2015, sendo exigido multa no valor de R\$29.542,72, prevista na alínea “l” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

O autuado apresentou defesa às fls. 31 a 37 dos autos. Alegou que, sem que houvesse cometido quaisquer das condutas previstas em lei que autorizam a sua exclusão do regime do Simples Nacional, foi informado de que estaria, a partir do exercício de 2015, submetido ao regime normal de apuração do Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços – ICMS. Em razão disso, protocolou justificativa onde demonstrou que os débitos existentes estavam ao abrigo de parcelamento e com recolhimento regular, mas foi informado pela Receita Federal que o pedido foi indeferido sob a alegação de que a exclusão não decorreu de tais

débitos, mas sim de dívidas trabalhistas, que declarou não existirem. Lembrou que a decisão somente foi comunicada ao final do exercício de 2015 (fls. 40 e 41).

O autuado ressaltou que a autuação ora imposta não pode prevalecer, posto que a exclusão do Simples Nacional ocorreu de forma equivocada, e a exigência do recolhimento do diferencial de alíquotas e da manutenção de Escrituração Fiscal Digital, no caso em tela, fere determinações legais, assim como a utilização dos valores de saídas como base de cálculo para a multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea L, da Lei 7.014/96.

Reclamou que a exclusão da empresa do regime do SN foi equivocada posto que decorrente de fatos que não estão previstos em lei como causa de exclusão. Disse que as regras de exclusão estão previstas na LC 123/06, em seu art. 17, e as hipótese de vedação ao ingresso no regime estão elencadas em vinte e seis incisos. Mas nenhuma das hipóteses legais referidas podem ser aplicadas ao defendant.

Garantiu que ingressará com ação judicial visando a anulação do ato de exclusão, posto que o considera descabido e ilegal. Afirmou que a exigência de recolhimento do diferencial de alíquotas não se aplica às empresas optantes do SN, como se vê no art. 272 do Dec. 13.780/2012, que aprovou o Regulamento do ICMS/BA – RICMS. E que também está dispensada da entrega de EFD por ser empresa optante do Simples Nacional.

Disse que, ainda que a multa fosse devida, ainda assim não poderia ter como base de cálculo os valores utilizados pelo preposto fiscal, posto que a base de cálculo prevista na Lei 7.014/96 é de “multa de 1% (um por cento) do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas”.

Disse que o somatório das entradas no exercício de 2015 importou em R\$150.592,42 (cento e cinquenta mil quinhentos e noventa e dois reais e quarenta e dois centavos), conforme demonstra cópia do livro de registro de entradas (fls. 42 a 65). Assim, aplicando-se o percentual previsto em lei, de 1% (um por cento), a multa teria um valor, se devida fosse, de R\$1.509,92 (um mil quinhentos e nove reais e noventa e dois centavos).

Lembrou que o Código Tributário Nacional, em seu art. 108 e incisos, autoriza a aplicação da lei a fato pretérito quando a lei nova torne a pena menos severa, e a exclusão do termo “saídas” do texto da multa aplicada, sem sombra de dúvida beneficia ao contribuinte, posto que, normalmente os valores das saídas são superiores aos valores das entradas. O preposto fiscal deveria ter aplicado a norma em vigor na data da autuação.

Concluiu que, considerando a indevida exclusão da empresa do regime do Simples Nacional - posto que a motivação agride normas legais, como será demonstrado em ação judicial a ser manejada para que se reconstitua a normalidade da empresa, a presente autuação, por consequência, também será anulada, mas ainda que não o fosse, seria necessário proceder-se a alteração do valor da multa constante da infração 03, em face do princípio da retroatividade benigna da lei.

O autuante apresentou informação fiscal às fls. 67 a 73. Afirmou que os demonstrativos, planilhas e documentos constantes do processo comprovam o crédito tributário devido pelo autuado e que tudo está devidamente enquadrado nos termos legais. Não há que se falar em improcedência do processo ou da ação fiscal, ou qualquer outro fato que não seja o correto lançamento do crédito tributário no auto de infração referido.

Quanto à exclusão do autuado do Simples Nacional, entendeu que ele deveria adotar as medidas necessárias e previstas nas normas atinentes ao caso para a sua devida regularização. Por não ter sido excluída pelo Estado da Bahia, em nada altera o procedimento fiscal do autuante tomando por base as informações contidas no sítio da Receita Federal do Brasil, bem assim, dos dados dos arquivos da SEFAZ.

Concluiu que o auto de infração deverá ser totalmente procedente porque da exclusiva competência para lavratura do autuante, conforme prevê a legislação que regulamenta a matéria enfocada. Trata-se de empresa de pequeno porte com forma de apuração do imposto através de conta corrente fiscal, portanto não optante pelo simples nacional.

No que se refere à aplicação da multa de 1% sobre as suas entradas para determinação da base de cálculo do tributo reclamado, acreditou que o autuado se equivocou quanto à sua arguição de ilegalidade desse procedimento fiscal, porque previsto pela norma legal.

Disse que o lançamento tributário deve ser considerado totalmente procedente porque assim prevê a legislação que regulamenta a matéria enfocada, notadamente o prescrito na alínea “I” do inciso XIII – A do Art. 42 da Lei 7.014/96, vigente à época do fato gerador.

## VOTO

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Antes da análise das infrações reclamadas neste Auto de Infração, cabe uma discussão acerca do pressuposto que embasa toda a exigência fiscal, a da exclusão do autuado do regime de apuração do Simples Nacional. O autuado alegou que foi excluído equivocadamente do Simples Nacional por motivo de dívida trabalhista. Consta nos dados cadastrais do autuado, extraído do sistema de informações do contribuinte da Secretaria da Fazenda, fl. 22, que a sua exclusão do Simples Nacional ocorreu em 31/12/2014.

Em contestação à exclusão já ocorrida anteriormente, o autuado anexou às fls. 40 e 41 o Despacho Decisório nº 256/2015, de 20 de novembro de 2015, emitido pela Delegacia da Receita Federal em Itabuna/BA, indeferindo o pedido de inclusão retroativa do autuado no Simples Nacional devido ao fato de que o interessado não regularizou tempestivamente as pendências que já haviam ensejado a sua exclusão do referido regime, que teriam sido de natureza trabalhista.

O inciso V do art. 17 da Lei Complementar nº 123/06, estabelece que não poderá recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional, a microempresa ou a empresa de pequeno porte que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa. De acordo com o art. 32 da referida lei complementar, as microempresas ou as empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Diante dos documentos apresentados e da análise da legislação em vigor, não restam dúvidas de que o autuado estava excluído do regime de apuração do Simples Nacional desde 01/01/2015.

Em relação à infração 01, o autuante apresentou planilha das fls. 11 a 19 com o cálculo do imposto devido e indicação dos remetentes, das mercadorias e do número das respectivas notas fiscais de aquisição, revelando tratar-se de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento. O autuado não questionou os dados apresentados na referida planilha, limitando-se a questionar a validade de sua exclusão do regime de apuração do Simples Nacional.

A alínea “b” do inciso I do art. 272 do RICMS estabeleceu, até 31/12/2015, a dispensa do lançamento e do pagamento relativo a diferença de alíquotas nas aquisições de material de uso e consumo efetuadas por microempresas e empresas de pequeno porte. Tal dispensa não limitava a sua fruição a um regime de apuração do imposto específico. Assim, não importava se o contribuinte era optante do Simples Nacional ou se apurava o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal, a fruição estava condicionada apenas ao enquadramento do contribuinte na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte.

ESTADO DA BAHIA

SECRETARIA DA FAZENDA

CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)

Entretanto, a diferença de alíquotas passou também a ser exigida de microempresas e empresas de pequeno porte a partir de 01/01/2016, por força da alteração da alínea "b", do inciso I, do art. 272 do RICMS/12, dada pelo Decreto nº 16.434/15.

Desse modo, é improcedente a exigência fiscal relativa ao exercício de 2015, mas procedente à relativa ao exercício de 2016. Infração 01 procedente em parte, no valor de R\$ 12.567,21.

A exigência fiscal contida na infração 02, visa a punição do autuado em razão do descumprimento da obrigação acessória de envio da EFD. Desde a sua exclusão do regime de apuração do Simples Nacional, o autuado já deveria observar as normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, no cumprimento de suas obrigações tributárias acessórias e principal. Dentre estas obrigações está a de entregar mensalmente a EFD, refletindo a apuração do imposto pelo regime de conta-corrente.

Apesar de excluído do Simples Nacional, em ato expedido desde 2015, o autuado permaneceu inadimplente quanto a esta obrigação até o início da ação fiscal que culminou com a lavratura do presente Auto de Infração. O autuado permaneceu com a justificativa da não apresentação da EFD em razão do que chamou de injusta exclusão do regime de apuração do Simples Nacional, o que afastaria a presente exigência fiscal. Infração 02 procedente.

A infração 03 exige multa pela falta de atendimento de intimação para apresentação da EFD, efetivamente entregue ao autuado, conforme requerimento anexado à fl. 10. De acordo com o § 4º do art. 247 do RICMS/12, o contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências.

Entretanto, observo que a intimação para apresentação da EFD foi recebida pelo autuado em 20/02/2017 e o presente Auto de Infração lavrado em 02/03/2017, antes de decorrido o prazo de 30 dias para a entrega da EFD, ao qual o autuado teria direito. Desse modo, considero improcedente a infração 03, em razão da multa aplicada não ser exigível na data da lavratura do Auto de Infração, por ainda não ter sido efetivado o descumprimento da respectiva obrigação acessória pelo decurso do prazo de atendimento da intimação.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, mantendo a exigência fiscal em relação às infrações 01 e 02.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 217445.0005/17-9, lavrado contra **CERÂMICA IBICARAÍ LTDA - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.567,21**, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea "f" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa no valor de **R\$33.120,00**, prevista na alínea "L" do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei nº 3.956/81.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2018

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS- PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO- JULGADOR