

**A.I. Nº - 152472.0006/18-4**  
**AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE CARNES LESSA OLIVEIRA LTDA**  
**AUTUANTE - DILSON PEREIRA DA SILVA**  
**ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS**  
**PUBLICAÇÃO - INTERNET – 04.10.2018**

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0154-04/18**

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. As operações dizem respeito a saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária não incluídas na cesta do Simples Nacional. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 16/04/2018, objetivando reclamar crédito tributário, no valor de R\$164.356,88, 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 exercícios de 2013 a 2017, (infração 17.01.01).

O autuado, através de seu representante legalmente habilitado, apresenta defesa às fls.175/176. Após falar sobre a tempestividade da mesma, informa tratar-se de empresa optante do Simples Nacional, sendo que o autuante no período fiscalizado adicionou uma alíquota de 2,58% a 2,82% para o exercício de 2013, com o valor devido de R\$26.669,62; alíquota de 2,82% a 2,84% com valor devido de R\$29.736,48 para 2014; alíquota de 2,56% a 2,82% com o valor devido de R\$14.866,10 para 2015; 2,56% a 2,84% com o valor devido de R\$32.606,52, para 2016 e para o exercício de 2017, a alíquota de 2,84% a 3,38%, com o valor devido de R\$60.478,16, prevalecendo um valor total de R\$164.356,88, tudo conforme intimação, demonstrativos, relatório e planilhas apresentadas pelo autuado.

Esclarece que a empresa está registrada nesta secretaria com a atividade econômica - 46.34-6/01 - comércio atacadista de carnes bovinas e suínas e derivados, enquadrada no regime de apuração do Simples Nacional, na condição de Empresa de Pequeno Porte - EPP, logo, não opera com a condição normal de apuração do ICMS, considerando débitos e créditos, mas sim efetuando o pagamento sobre a receita bruta mensal, aplicando alíquota que varia entre 2,5% a 6,88%, conforme art. 387, “a” do RICMS-Ba.

Entende que se trata de bitributação, uma vez que a empresa efetuou os pagamentos normais de limites de cada exercício, sob receita bruta mensal mas que o autuante executou um auto de infração num valor acima da expectativa ou da realidade da empresa.

Prossegue dizendo que constatou extremo rigor e forma inadequada quanto à avaliação do autuante, quando desconsiderou a antecipação do ICMS sobre as compras de mercadorias, por ser emitidas dentro da própria unidade da federação

Finaliza solicitando a análise com cautela da presente ação fiscal.

O autuante, ao prestar a informação fiscal às fls. 185 a 187, transcreve a infração, e após fazer um resumo dos argumentos defensivos, esclarece que a cobrança do ICMS Simples Nacional efetuada foi realizada de forma sumária, através da soma do faturamento da empresa mês a mês, aplicando-se as alíquotas previstas nas tabelas do Simples Nacional, constante do Anexo I da Lei complementar 123/06. Diz que foi levado em conta a receita auferida pelo autuado nos últimos 12

meses anteriores ao mês de apuração do imposto, resultado das vendas de mercadorias efetuadas através de notas fiscais eletrônicas.

Prossegue afirmando que a alegação de bitributação externada pela autuada, não deve ser acatada, vez que o contribuinte nada recolheu referente ao ICMS Simples Nacional das competências de janeiro de 2013 a dezembro de 2017, comprovado através dos registros do sistema de arrecadação da SEFAZ. O não pagamento do imposto está em sintonia com as declarações do Simples Nacional, apresentadas pelo próprio contribuinte às fls. 43 a 138 (PGDAS-D), nas quais o contribuinte deixou de informar o valor do ICMS nos campos reservados a esse tributo.

Afirma que a Receita Bruta de cada mês foi informada no PGDAS-D como revenda de mercadorias, exceto para o exterior, com substituição tributária/tributação, monofásica/antecipação, com encerramento de tributação.

Explica que no caso em lide, o autuado adquiriu gado em pé de produtores rurais pessoa física, emitiu notas fiscais de remessa para o abate sem o devido recolhimento do ICMS, para o abatedouro regularmente inscrito, que por sua vez após realizar o abate, emitiu notas fiscais de devolução para o autuado, sem efetuar qualquer pagamento do imposto sobre a operação, uma vez que o referido abatedouro por ser uma empresa de apuração normal, em regime de conta corrente fiscal, se utiliza do benefício fiscal previsto no art. 271 do RICMS/Ba, aprovado pelo Decreto 13780/2012, cujo teor transcreve, que trata da dispensa do pagamento do ICMS nas operações internas com Gado.

Assim sendo, quando o autuado recebeu o gado abatido do Abatedouro, as Notas Fiscais de retorno vieram sem o pagamento do ICMS Substituição Tributária, uma vez que o referido imposto é "**dispensado**" pelo art. 271 do citado Regulamento. Porém, o autuado, ao preencher as Declarações do SIMPLES NACIONAL (PGDAS-D), se utilizou desse Benefício Fiscal de forma irregular para excluir a base de cálculo tributável, segregando equivocadamente o faturamento da empresa, e deixando de consignar nos campos próprios da Declaração, o ICMS Simples Nacional correspondente (fls 43 a 138). Para corroborar com o seu entendimento, cita e transcreve o disposto no art. 24 da Lei Complementar 123/06 e artigo 320 do RICMS-Ba.

Cita o parecer interno (CPT 11273 2016), exarado no dia 02/05/2016 pela GECOT/DITRI, Órgão consultivo desta Secretaria da Fazenda, que em resposta a uma consulta formulada por empresa diversa, mas com característica similar à empresa autuada assim se pronunciou: "conforme preconiza a interpretação sistemática do § 12 c/c o inciso III do § 4º, ambos do art. 18 da Lei Complementar nº 123/06, não há previsão de possibilidade de exclusão da base de cálculo do Simples Nacional dos valores inerentes a mercadorias, cuja isenção não seja concedida na forma prevista nesta Lei Complementar, in verbis:"

Conclui dizendo ter ficado evidente que a autuada não poderia ter feito uso de um benefício fiscal, previsto na legislação, para empresas do regime Normal, excluindo das suas Declarações o ICMS do Simples, uma vez que não houve nenhum pagamento de ICMS Substituição tributária, seja anterior ou posterior às operações de retorno ou às entradas das mercadorias, que justificasse a apropriação das receitas mensais da empresa, como "*revenda de mercadorias com substituição tributária*". Assim, devido ao erro de segregação dessas receitas no PGDAS da Secretaria da Receita Federal, o contribuinte se manteve omissor de pagamento do imposto Estadual por todo o período de 2013 a 2017.

Finaliza opinando pela 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, não ter recolhido o ICMS .

Na defesa apresentada o autuado argui que no seu entendimento houve bitributação, uma vez que a empresa efetuou os pagamentos normais de limite de cada exercício, sob a receita bruta mensal mas que a fiscalização exige um valor acima da expectativa ou da realidade da empresa. Diz ter havido um rigor excessivo e forma inadequada de interpretação ao não considerar a antecipação do ICMS sobre as compras de mercadorias, realizadas dentro da própria unidade da federação, e solicita deste Conselho a análise com cautela da presente ação fiscal.

O autuante ao prestar a informação fiscal esclarece que a cobrança do ICMS Simples Nacional foi realizada de forma sumária, através da soma do faturamento da empresa mês a mês, aplicando-se as alíquotas previstas nas tabelas do Simples Nacional constante do Anexo I da Lei complementar 123/06, levando-se em conta a receita auferida pelo autuado nos últimos 12 meses anteriores ao mês de apuração do imposto, através de notas fiscais eletrônicas. Diz que a alegação de bitributação externada pelo autuado, não deve ser acatada, vez que o contribuinte nada recolheu do Simples Nacional nas competências de janeiro de 2013 a dezembro de 2017, conforme se verifica nas PGDAs apresentadas pelo próprio contribuinte às fls.43 a 138.

Informa que a Receita Bruta de cada mês foi informada no PGDAS-s como revenda de mercadorias, exceto para o exterior, com substituição tributária/tributação, monofásica/antecipação com encerramento de tributação.

Explica que o autuado tem como atividade predominante o comércio atacadista de carnes bovinas suínas e derivados, sendo que a carne bovina está enquadrada no regime de substituição tributária, conforme disposto no Anexo 1 do RICMS/BA/12. No caso em lide, o autuado adquiriu gado em pé de produtores rurais pessoas físicas, emitiu notas fiscais de remessa para o abate sem o devido recolhimento do ICMS, para o abatedouro regularmente inscrito, que por sua vez após realizar o abate, emitiu notas fiscais de devolução para o autuado, sem efetuar qualquer pagamento do imposto sobre a operação, uma vez que o referido abatedouro por ser uma empresa de apuração normal, em regime de conta corrente fiscal, se utiliza do benefício fiscal previsto no art. 271 do RICMS/Ba, aprovado pelo Decreto 13780/2012, que trata da dispensa do pagamento do ICMS nas operações internas com gado.

De acordo com os documentos anexados aos autos e esclarecimentos prestados pelo autuante constato que todas as receitas auferidas pelo contribuinte são oriundas das notas fiscais relacionadas no demonstrativo de fls. 09 a 36, e dizem respeito a saídas internas de carnes.

Segundo o próprio autuante, trata-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Neste caso tratando-se de empresa optante pelo Simples Nacional, o cálculo do imposto devido deve ser efetuado sobre a receita bruta auferida, excluindo em relação ao ICMS, as operações ou prestações sujeitas a tal regime, conforme disposto no inciso XIII, "a." 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 (....).**

Dessa forma, entendo correto o procedimento do autuado de não considerar no cálculo do imposto devido as operações de saídas de carne de gado bovino, pois as mesmas, efetivamente

estavam sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme item 11.32, do Anexo 1 do RICMS/12.

Ademais, observo que no caso em questão, as citadas mercadorias são resultantes do abate de gado bovino efetuadas em estabelecimento abatedor regularmente inscrito no Ministério da Agricultura. Neste caso, o abatedouro está dispensado do recolhimento do ICMS em suas operações próprias, bem como os adquirentes em suas operações subsequentes, no caso a autuada.

O fato de não ter havido o pagamento do imposto pelo abatedouro, por força do disposto no art. 277 do RICMS/Ba, não exclui a condição da mercadoria do regime da substituição tributária, pois no dispositivo legal, as operações subsequentes são desoneradas do lançamento e pagamento do imposto.

Ainda que a cobrança fosse da substituição tributária, a forma de lançamento seria diversa da utilizada pelo autuante, considerando que tais operações não estão incluídas na cesta de tributos do Simples Nacional, devendo ser obedecido o disposto no art. 23 da Lei 7.014/96.

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

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **152472.0006/18-4**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE CARNES LESSA OLIVEIRA LTDA.**

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto 7.629/99, alterado pelo Decreto 18.258/18, com efeitos a partir de 17 de agosto de 2018.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de setembro de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR