

PROCESSO - A. I. Nº 443274.0001/17-0
RECORRENTE - JOSÉ KELLYSON BARBOSA DE SANTANA - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0185-05/17
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0004-11/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado que o autuado não está sujeito ao recolhimento do ICMS por antecipação de produtos que não estejam listados no Anexo I do RICMS, assim como à tributação sob a alíquota de 17%, destinada aos contribuintes sujeitos ao Regime Normal de Apuração, como também não foi observado o recolhimento efetuado através o sistema determinado pela Lei Complementar nº 123/2006. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário impetrado pelo Recorrente, em face da decisão proferida pela 5ª JJF, através o Acórdão JJF nº 0185-05/17, que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 20/03/2017, que exige recolhimento de ICMS no valor principal de R\$319.073,48, pelo cometimento da seguinte infração:

***Infração 01** – Deixou de recolher ICMS em razão de considerar receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo). Constatou-se falta de recolhimento de ICMS, por antecipação, em descumprimento do que estabelece o art. 332, V, “k”, do RICMS/12. Com base nesse dispositivo, o autuado estava obrigado a efetuar o recolhimento antecipado do ICMS referente às operações de saídas das mercadorias (areia), de forma que as saídas fossem realizadas acompanhadas do correspondente documento de arrecadação ou do certificado de crédito, o que não foi feito. Aplicada a cada operação a alíquota de 17% e imputada a multa de 75% do valor do imposto prevista no art. 25 da Lei Complementar 123/06 e art. 34, inc. I, da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07. Respalda o lançamento os Demonstrativos anexados às fls. 09 a 16 dos autos.*

Após analisar o Auto de Infração em apreço, fls. 01 a 03, seus anexos, fls. 04 a 016, a defesa apresentada pelo Recorrente, fls. 33 a 52 e a Informação Fiscal apresentada pela preposta autuante, fls. 60 a 67, assim se manifestou a 5ª JJF:

O Auto de Infração em lide é composto de uma única ocorrência fiscal envolvendo a exigência de ICMS de contribuinte enquadrado Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional. A exigência fiscal recaiu sobre as operações de saídas de areia promovidas pelo autuado, em operações internas e interestaduais, que se encontram documentadas nos Demonstrativos anexados às fls. 09 a 16 dos autos. Todas as operações foram acobertadas por notas fiscais, emitidas através do sistema nacional da nota fiscal eletrônica (NF-e).

A autuante sobre o valor das operações, fixadas através de pauta fiscal, aplicou a alíquota interna de 17%, considerando que o imposto deveria ter sido recolhido de forma antecipada, e pelo regime de tributação normal. Manifestou entendimento, na peça acusatória, de que as operações autuadas se encontram submetidas às disposições do art. 332, inc. V, letra “k”, do RICMS/12 – Dec. 13.780/2012, que apresenta regras relacionadas com o prazo de recolhimento do imposto.

Reproduzo abaixo o conteúdo da citada norma e daquela que prescreve prazo específico para o pagamento do imposto dos contribuintes optantes do simples nacional, inserida no inc. II do citado dispositivo:

Dos Prazos de Recolhimento do Imposto

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

(...)

II - pelas microempresas ou empresas de pequeno porte que optarem pelo Simples Nacional, em relação às operações e prestações sujeitas a esse regime de apuração, nos prazos estabelecidos em legislação federal;

(...)

*V - antes da saída das mercadorias, nas seguintes operações, inclusive quando realizadas por contribuinte optante pelo Simples Nacional, observado o disposto no § 4º deste artigo: **Nota: A redação atual do inciso V do caput do art. 332 foi dada pela Alteração nº 10 (Decreto nº 14.295, de 31/01/13, DOE de 01/02/13), mantida a redação de suas alíneas, efeitos a partir de 01/02/13. Redação originária, efeitos até 31/01/13: “V - antes da saída das mercadorias, nas seguintes operações, observado o disposto no § 4º deste artigo:”***

(...)

k) com produtos agropecuários e extrativos vegetais e minerais;

Na fase de defesa o contribuinte se insurgiu contra o lançamento tributário, suscitando a nulidade de todo o procedimento fiscal, argumentando:

1 – que o lançamento fiscal foi formalizado sem a utilização do SEFISC (Sistema Único de Fiscalização, Lançamento e Contencioso). Disse que a fiscalização das empresas optantes do Simples Nacional é atribuição de todos os entes federados, devendo obedecer aos termos da Lei Complementar nº 123/2006 e resoluções do Comitê Gestor do Simples Nacional, órgão regulamentador das normas dispostas em lei. Que o SEFISC passou a ser utilizado de forma obrigatória por todos os entes federativos a partir do corrente exercício de 2017, para fatos geradores ocorridos até 2014. Reproduziu as disposições da Resolução CGSN nº 94/2011. Pontuou ainda que a legislação em quadra visou dar acesso a todos os entes federativos que possam ter interesse na apuração de irregularidades do recolhimento de tributos que sejam de sua competência. Argumentou ainda que essa disposição teve por objetivo evitar que um Ente Federativo, por conta própria atuasse sozinho, em fiscalização independente, incorrendo em abuso do poder fiscalizador e/ou exator e inobservância das regras atinentes ao sistema de recolhimento único do Simples Nacional, tornando-o inócuo. Consignou que o Auto de Infração ora impugnado não corresponde ao AINF de que trata a Resolução, visto que não é documento único utilizável por todos os entes federados e sequer fora emitido por meio do SEFISC. Disse que a fiscalização empreendida é clandestina e ilegal e o Auto de Infração lavrado pela servidora estatal é nulo por não atender às formalidades regulamentadas pelo CGSN, conforme Resolução nº 94/2011. Pontuou que segundo a norma resolutiva do CGSN nº 125/2015, para os fatos geradores ocorridos entre 1º de janeiro de 2012 e 31 de dezembro de 2014, os procedimentos administrativos só poderiam ser efetuados fora do SEFISC até 31/12/2016. Por essas razões a defesa sustenta a nulidade do Auto de Infração por não atender às formalidades as quais estava obrigado por disposição expressa das normas que regem o Simples Nacional.

2 – Que na lavratura do Auto de Infração em exame não foi adotado o roteiro de fiscalização aplicável às empresas enquadradas no Simples Nacional, como também não foi utilizado o sistema de “auditoria” adotado pelo Estado da Bahia para as empresas regidas pelo Simples Nacional (AUDIG);

3 – que o Estado da Bahia não tem competência legislativa para disciplinar matéria correlata ao recolhimento do ICMS por parte daqueles que são optantes pelo Simples Nacional, como pretendeu fazê-lo ao prescrever regra própria, inserida no art. 332, inciso V, alínea “k” do Decreto 13.780/12.

Ao ingressar nas questões de mérito a defendente trouxe os seguintes argumentos para afastar a cobrança do ICMS:

1 – que operações autuadas se encontram amparadas pelo benefício da isenção tributária, visto que o Estado da Bahia isentou as microempresas optantes pelo Simples Nacional do pagamento do ICMS por força do art. 277, do Decreto nº 14.073/12. Disse a defesa que a partir das notas fiscais emitidas pela Autuada e considerando a memória de cálculo do ICMS disposta nos autos pela Agente de Tributos, referente aos anos de 2013, 2014, 2015 e 2016, a receita bruta de qualquer dos anos do período em apuração, não se ultrapassou a monta de R\$180.000,00 (cento e oitenta mil reais), estando, portanto, a Autuada isenta do pagamento do ICMS exigido no presente lançamento de ofício;

2 – em razões subsidiárias de mérito, a defesa argumenta que se prevalecer o entendimento de que a autuada não estaria alcançada pela norma de isenção do pagamento do ICMS prevista no Regulamento, deveria a exigência fiscal ser quantificada com a aplicação das alíquotas incidentes nas operações realizadas pelas empresas optantes do Simples Nacional. Que essa sistemática de apuração é regulada por uma legislação própria que substitui a legislação dada pelos entes aos não optantes do Regime Simplificado Único. Discorreu a defesa, que a LC nº 123/06, tem disposições expressas acerca das alíquotas a serem aplicadas aos optantes do Simples.

Sobre esse ponto fez a transcrição do art. 18 da referida Lei:

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional será determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas, calculadas a partir das alíquotas

nominais constantes das tabelas dos Anexos I a V desta Lei Complementar, sobre a base de cálculo de que trata o § 3º deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3º.

(...)

§ 3º Sobre a receita bruta auferida no mês incidirá a alíquota efetiva determinada na forma do caput e dos §§ 1º, 1º-A 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 irrevogável para todo o ano-calendário.

No mesmo sentido as disposições do art. 20 da Resolução CGSN nº 94/2011, com o seguinte teor:

Art. 20. Para fins desta Resolução, considera-se alíquota o somatório dos percentuais dos tributos constantes das tabelas dos Anexos I a V e V-A.

Sustenta, portanto, a defesa que caso o Auto de Infração ora questionado fosse válido, a legislação usada não estivesse viciada e a autuada não fosse isenta do pagamento do tributo, a alíquota aplicável nas operações objeto do lançamento não poderia ser 17% (dezessete por cento) por não haver qualquer correspondência com as prescrições expressas da Lei Complementar nº 123/06 de regê a questão.

A autuante, na peça acusatória, fez o enquadramento legal dos fatos autuados nas disposições do art. 18 da LC 123. O referido art. 18 dispõe regras relacionadas à alíquota e base de cálculo do imposto apurado na sistemática do simples nacional. Dispõe em seu “caput” que “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. 1º”.

O referido dispositivo segrega, entretanto, dessa sistemática, em relação ao ICMS, as operações ou prestações sujeitas à tributação em uma única etapa (monofásica), bem como em relação ao imposto recolhido por substituição tributária ou antecipação tributária, com encerramento da fase de tributação; sujeitas à tributação por valor fixo (art. 18-A) ou isentas ou beneficiadas com redução do ICMS na forma de legislação de regência de cada unidade federada; ou, decorrentes de receitas originárias de exportação para exterior.

Observe de plano que esse Auto de Infração padece de um vício insanável no que se refere à quantificação do imposto, pela alíquota de 17%, visto que as operações foram realizadas por contribuinte enquadrado Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional. A questão foi arguida pela defesa, compreendida, porém, dentro das questões de mérito da autuação.

Entretanto, o vício apontado na peça impugnatória, não afasta a possibilidade de renovação do procedimento fiscalizatório. Trata-se de vício de natureza material, vez que se encontra vinculado aos elementos configuradores do fato gerador. No caso concreto a desconformidade diz respeito a elemento quantitativo, atinente à alíquota de 17% aplicada pela autuante sobre os valores das operações acobertadas pelas notas fiscais emitidas pelo contribuinte.

Vejamos então as razões que justificam a invalidade de todo o procedimento fiscal.

O lançamento em exame encontra-se fundamentado no art. 332, inc. V, alínea “k”, que prescreve que o recolhimento do ICMS será feito, antes da saída das mercadorias, nas operações com produtos agropecuários e extrativos vegetais e minerais; inclusive quando realizadas por contribuinte optante pelo Simples Nacional.

Trata-se de regra atinente ao momento em que deveria ter sido efetuado o pagamento do imposto, ou seja, dizem respeito tão somente ao momento em que o contribuinte deveria satisfazer perante o fisco o crédito tributário. A regra atinente ao prazo de pagamento do imposto nada tem a ver com operações submetidas ao regime de substituição tributária ou antecipação tributária do fato gerador que são excepcionadas na LC nº 123/2006. A referida lei complementar, em seu art. 13, § 1º, letras “a” a “h”, traz comandos normativos específicos, através dos quais, enumera taxativamente, as operações realizadas por contribuintes optantes do Simples Nacional, que não se submetem ao regime unificado e simplificado no tocante ao ICMS. Vajamos então o inteiro teor dispositivos legais acima citados:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ;

II - Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;

IV - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

V - Contribuição para o PIS/Pasep, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

VI - Contribuição Patronal Previdenciária - CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e da empresa de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º-C do art. 18 desta Lei Complementar;

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

VIII - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS.

§ 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:

I - Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF;

II - Imposto sobre a Importação de Produtos Estrangeiros - II;

III - Imposto sobre a Exportação, para o Exterior, de Produtos Nacionais ou Nacionalizados - IE;

IV - Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR;

V - Imposto de Renda, relativo aos rendimentos ou ganhos líquidos auferidos em aplicações de renda fixa ou variável;

VI - Imposto de Renda relativo aos ganhos de capital auferidos na alienação de bens do ativo permanente;

VII - Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF;

VIII - Contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;

IX - Contribuição para manutenção da Seguridade Social, relativa ao trabalhador;

X - Contribuição para a Seguridade Social, relativa à pessoa do empresário, na qualidade de contribuinte individual;

XI - Imposto de Renda relativo aos pagamentos ou créditos efetuados pela pessoa jurídica a pessoas físicas;

XII - Contribuição para o PIS/Pasep, Cofins e IPI incidentes na importação de bens e serviços;

XIII - ICMS devido:

a) nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária, tributação concentrada em uma única etapa (monofásica) e sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto com encerramento de tributação, envolvendo combustíveis e lubrificantes; energia elétrica; cigarros e outros produtos derivados do fumo; bebidas; óleos e azeites vegetais comestíveis; farinha de trigo e misturas de farinha de trigo; massas alimentícias; açúcares; produtos lácteos; carnes e suas preparações; preparações à base de cereais; chocolates; produtos de padaria e da indústria de bolachas e biscoitos; sorvetes e preparados para fabricação de sorvetes em máquinas; cafés e mates, seus extratos, essências e concentrados; preparações para molhos e molhos preparados; preparações de produtos vegetais; rações para animais domésticos; veículos automotivos e automotores, suas peças, componentes e acessórios; pneumáticos; câmaras de ar e protetores de borracha; medicamentos e outros; produtos farmacêuticos para uso humano ou veterinário; cosméticos; produtos de perfumaria e de higiene pessoal; papéis; plásticos; canetas e malas; cimentos; cal e argamassas; produtos cerâmicos; vidros; obras de metal e plástico para construção; telhas e caixas d'água; tintas e vernizes; produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos; fios; cabos e outros condutores; transformadores elétricos e reatores; disjuntores; interruptores e tomadas; isoladores; para-raios e lâmpadas; máquinas e aparelhos de ar-condicionado; centrifugadores de uso doméstico; aparelhos e instrumentos de pesagem de uso doméstico; extintores; aparelhos ou máquinas de barbear; máquinas de cortar o cabelo ou de tosquiá; aparelhos de depilar, com motor elétrico incorporado; aquecedores elétricos de água para uso doméstico e termômetros; ferramentas; álcool etílico; sabões em pó e líquidos para roupas; detergentes; alvejantes; esponjas; palhas de aço e amaciantes de roupas; venda de mercadorias pelo sistema porta a porta; nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária pelas operações anteriores; e nas prestações de serviços sujeitas aos regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do imposto com encerramento de tributação; (Redação dada pela

Lei Complementar nº 147, de 2014) (Produção de efeito)

b) por terceiro, a que o contribuinte se ache obrigado, por força da legislação estadual ou distrital vigente;

c) na entrada, no território do Estado ou do Distrito Federal, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, bem como energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou industrialização;

d) por ocasião do desembaraço aduaneiro;

e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacobertada de documento fiscal;

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar;

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;

h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Observa-se, em face das disposições expressas da Lei Complementar 123/06, que não estão submetidas ao pagamento do ICMS na sistemática de apuração do imposto do simples nacional, regendo-se a tributação pela legislação aplicável aos demais contribuintes, tão somente em relação: a) as operações submetidas ao regime de substituição tributária, tributação monofásica ou antecipação tributária, com encerramento da fase de tributação nas etapas subsequentes de circulação ou prestação; b) o imposto devido por terceiro, a que o contribuinte se ache obrigado, por força da legislação estadual ou distrital vigente (substituição sem antecipação do fato gerador); c) nas entradas, no território do Estado ou do Distrito Federal, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, bem como energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou industrialização; d) por ocasião do desembaraço aduaneiro (importação); e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacobertada de documento fiscal; f) na operação ou prestação desacobertadas de documento fiscal; g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal (antecipação parcial ou total); h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual (DIFAL).

No caso concreto as operações autuadas não se enquadram em nenhuma das hipóteses elencadas nas disposições da LC 123 que estabelecem que a tributação do ICMS deve ser regida pela legislação aplicável aos demais contribuintes. A situação em exame refere-se a vendas de produto de origem mineral (areia), em operações internas e interestaduais promovidas pelo próprio contribuinte, devidamente acobertadas por nota fiscal emitida no sistema eletrônico da NF-e.

Observe que o produto objeto da cobrança do imposto, com a adoção da sistemática normal de tributação, à alíquota de 17%, não se encontrava inserido nas regras de tributação antecipada do fato gerador, inseridas no Anexo I, do RICMS. Não havia obrigação de retenção na fonte do imposto eventualmente incidente nas operações. Da mesma forma as operações não se encontravam submetidas ao pagamento do imposto por antecipação parcial, DIFAL ou importação. Em suma: os fatos objeto do lançamento, conforme já alinhado acima, não se enquadram em nenhuma das hipóteses elencadas no art. 13, § 1º, inc. XIII, da Lei Complementar 123/2006.

Observe que a autuante, no Auto de Infração, fundamentou, ou seja, fez o enquadramento legal dos fatos autuados, nas disposições do art. 18 da LC 123. O referido art. 18 estabelece regras relacionadas à alíquota e base de cálculo do imposto apurado na sistemática do simples nacional. Dispõe em seu “caput” que “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”.

Segrega, entretanto, dessa sistemática simplificada, em relação ao ICMS, as operações ou prestações sujeitas à tributação em uma única etapa (monofásica), bem como em relação ao imposto recolhido por substituição tributária ou antecipação tributária, com encerramento da fase de tributação; sujeitas à tributação por valor fixo (art. 18-A) ou isentas ou beneficiadas com redução do ICMS na forma de legislação de regência de cada unidade federada; ou, decorrentes de receitas originárias exportação para exterior.

Logo, diante do acima exposto, está configurada a nulidade absoluta do Auto de Infração, posto que o crédito tributário foi constituído com base em sistemática de tributação não aplicável ao contribuinte em exame. Indevida a cobrança do ICMS, nesse caso específico, pela alíquota de 17%. (dezessete por cento).

O exame das questões formais relacionadas à não utilização SEFISC (Sistema Único de Fiscalização, Lançamento e Contencioso); inadequação do roteiro pela não utilização do sistema (AUDIG); incompetência do Estado para dispor normas que tratem de matéria correlata ao recolhimento do ICMS por parte de contribuintes optantes pelo Simples Nacional, ficam superadas, visto que o Auto de Infração, diante do vício material acima apontado, não pode produzir nenhum efeito no mundo jurídico.

No tocante à questão de mérito atinente a isenção das operações autuadas, fica também prejudicado o seu exame visto que o escopo da ação fiscal se restringe às operações acobertadas pelas notas fiscais que integram o Demonstrativo inserido às fls. 09 a 16. Não é possível, a partir desses documentos se firmar a conclusão de que o contribuinte estaria inserido no limite da receita alcançada pela isenção prevista no art. 277, do Decreto nº 14.073/12 (RICMS/12), com o seguinte teor.

Art. 277. *Ficam isentas do pagamento do ICMS as microempresas optantes pelo Simples Nacional cuja receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao do período de apuração não ultrapasse R\$180.000,00 (cento e oitenta mil reais).*

Pelas razões acima expostas nosso voto é pela NULIDADE do Auto de Infração, por estar configurada vício material do lançamento, com fulcro nas disposições do art. 18, inc. IV, letra “a” do RPAF/99.

Recomenda-se a renovação da ação fiscal a salvo do vício material acima apontado, visto que as operações autuadas não poderiam ser tributadas à alíquota de 17% (dezessete por cento), cabendo neste caso o refazimento de todo o procedimento fiscal em conformidade com a sistemática de apuração e quantificação do imposto aplicável aos contribuintes enquadrados Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional.

VOTO VENCEDOR

Peço vênha para discordar do voto do colega relator deste PAF, no que concerne ao mérito da presente infração, como segue.

No que diz respeito às questões de nulidades arguidas pela defendente, que teriam o condão de invalidar o lançamento fiscal, destaco que na capitulação legal, a autuante menciona o art. 18 da Lei Complementar 123/06, mas na descrição da infração registrou que “Constatou-se falta de recolhimento de ICMS, por antecipação, em descumprimento ao que estabelece o art. 332, V, “k” RICMS/2012”. Com base nesse dispositivo, o autuado estava obrigado a efetuar o recolhimento antecipado do ICMS referente às operações de saídas da mercadoria (areia), de forma que as saídas fossem realizadas acompanhadas do correspondente documento de arrecadação ou de certificado de crédito, o que não foi feito.

Portanto o sujeito passivo obteve a segurança jurídica quanto ao fato que lhe estava sendo imputado como infracional à legislação tributária do ICMS, mesmo porque em consonância, o descritivo com a Memória de Cálculo do ICMS devido nas saídas de areia – 2014, 2015, 2016, de fls. 12 a 16 do PAF, que traz, detalhadamente, a nota fiscal, CNPJ destinatário, UF destino, mercadorias, quantidades, valor unitário, base de cálculo e ICMS devido. Destaco que o demonstrativo em comento faz parte integrante do Auto de Infração. Outrossim, com base nesses elementos o contribuinte pode exercer, de forma plena, o seu direito de defesa, e foi obedecido o princípio do contraditório em toda a instrução processual, sendo que a infração está clara e relatada de forma a que não deixasse dúvidas quanto à sistemática de apuração do imposto adotada pelo autuante, distanciada da sistemática de apuração do SIMPLES NACIONAL, que não se aplica ao caso.

É que neste caso, o contribuinte, embora seja optante do SIMPLES NACIONAL, deveria, por força de Lei, segundo a exegese do lançamento, pagar o imposto antecipadamente como se do regime NORMAL fosse, com os critérios de base de cálculo e alíquota pertinentes ao regime normal de apuração. Outrossim, o fato de haver pagamento do imposto pelo SIMPLES NACIONAL não descaracteriza o suposto lançamento de “operações tributáveis como não tributáveis”.

Ademais, não existe no processo administrativo, requisito de forma que implique nulidade automática, devendo-se avaliar o grau de prejuízos causados à defesa, conforme se depreende da decisão exarada no RECURSO ESPECIAL Nº 761.057 - SP (2005/0102479-6), relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, adiante transcrito parcialmente:

“Não há requisitos de forma que impliquem nulidade de modo automático e objetivo. A nulidade não decorre propriamente do descumprimento do requisito formal, mas dos seus efeitos comprometedores do direito de defesa assegurado constitucionalmente ao contribuinte já por força do art. 5º, LV, da Constituição Federal. Daí falar-se do princípio da informalidade do processo administrativo”.

Além disso, esta parte da descrição faz parte do texto padrão do Sistema Emissor do Auto de Infração – SEAI, da qual a autuante não pode efetuar qualquer alteração, restando ao Agente do Fisco, tão somente a descrição

complementar, que registro foi clara, e em consonância com o artigo 332, V, “k” do RICMS/2012, ali citado.

Coaduno também com as outras questões preliminares que foram bem enfrentadas pelo colega Relator, e discordo apenas, quanto ao posicionamento do mérito da infração.

Destaco que a teor do que dispõe o art. 167, e incisos do RPAF/99, (Decreto 7.629/99), não se inclui na competência dos órgãos julgadores deste Conselho de Fazenda Estadual, a declaração de inconstitucionalidade; tampouco a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Trata-se de Auto de Infração lavrado contra empresa inscrita no Simples Nacional, em razão da falta de recolhimento de ICMS por antecipação, em descumprimento do que estabelece o art. 332, V, “k”, do RICMS/2012. Nota-se desse dispositivo que os produtos agropecuários e extrativos vegetais e minerais obrigam-se ao pagamento individualizado e antecipado do ICMS em cada operação de saída.

Portanto, o sujeito passivo, por conta de tal comando normativo, está obrigado a efetuar o recolhimento antecipado do ICMS referente às operações de saídas de mercadorias (areia), de forma que as saídas fossem acompanhadas dos respectivos Documentos de Arrecadação (DAES), ou de Certificado de Crédito, o que não foi feito.

Eis a legislação de regência:

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

V - antes da saída das mercadorias, nas seguintes operações, inclusive quando realizadas por contribuinte optante pelo Simples Nacional, observado o disposto no § 4º deste artigo:

k) com produtos agropecuários e extrativos vegetais e minerais;

§ 4º O recolhimento do imposto no prazo previsto nos incisos V (exceto as alíneas “a”, “b”, “c” e “d”) e VII poderá ser efetuado no dia 9 do mês subsequente, desde que o contribuinte seja autorizado pelo titular da repartição fiscal a que estiver vinculado.

Desse modo, somente na hipótese do parágrafo quarto, do citado dispositivo regulamentar, ou seja, no caso de o contribuinte estar autorizado pelo titular da repartição fazendária, poderia efetuar o pagamento no dia 09 do mês subsequente. Esta hipótese não restou comprovada, e dessa forma o documento de arrecadação deveria ter acompanhado as operações de saídas de areia.

Destaco que o sujeito passivo tem como código e descrição da atividade econômica principal, o código 08.10-0-06 – Extração de areia, cascalho ou pedregulho e beneficiamento associado, como informado no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, documento de fl. 56 do PAF.

A Lei Complementar 123/06, por meio de ordem emanada da Constituição Federal, rege o Super-Simples, que entrou em vigor em 1º de julho de 2007. Trata-se de um regime único que engloba vários tributos e contribuições federais, estaduais e municipais, devendo a empresa recolher numa só guia – o DAS – Documento de Arrecadação do Simples. As microempresas, ou seja, aquelas com receita anual até R\$360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais), podem se enquadrar no Simples Nacional.

No geral, o pagamento dos impostos por uma empresa do Simples Nacional ocorre por meio do DAS – Documento de Arrecadação do Simples, com base no faturamento dos últimos 12 meses anteriores, para tanto, consulta a tabela no Anexo I da LC 123/06, em que a alíquota do SN vai de 4,00% até 11,61%, englobando já valores referentes a: Imposto de Renda, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, Cofins, Pis/Pasep/INSS e o ICMS. Especificamente quanto ao ICMS, o percentual desse imposto começa em 1,25%, e vai até o máximo de 3,95%, sendo que tal valor será pago sobre o valor bruto das vendas, sem aproveitamento de crédito pelas compras. Ademais, se vender para empresa sob o regime normal de apuração, somente poderá passar para ela um crédito no valor de 1,25%, ou até o máximo de 3,95% sobre o valor da operação.

Como especificidade desse regime de tributação, o comerciante do Simples Nacional, ao pagar o ICMS sobre o seu faturamento, deve segregar suas receitas e não pagar o imposto estadual sobre vendas com imunidades, com isenção e com imposto já retido na fonte.

Não obstante a sistemática acima detalhada, onde o recolhimento dos optantes pelo Simples Nacional ocorre por meio do DAS, o art. 13 da LC 123/06, previu em seu parágrafo 1º que o recolhimento por meio da guia única, não exclui a incidência das seguintes modalidades de ICMS, “em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas”:

Art. 13

§ 1º

XIII – ICMS devido:

a) Nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária;

b) Por terceiro, a que o contribuinte se ache obrigado, por força da legislação estadual ou distrital vigente;

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal;

Nestas situações, previstas no art. 13 § 1º, inciso XII da LC 123/06, a empresa enquadrada no SN não vai pagar aquele percentual incentivado pelo DAS, mas será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas.

Deste modo, a Lei Complementar nº 123/06 que instituiu o SIMPLES NACIONAL, dispõe em seu art. 13, a forma do recolhimento dos impostos incidentes nas operações efetuadas pelas empresas optantes deste Regime Simplificado, mas traz uma exceção em seu parágrafo 1º, alínea “a”, à época da ocorrência dos fatos:

§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:

a) nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária;

No caso específico desta lide, o RICMS trata de mercadoria, qual seja, produto mineral, que o Estado exige que o ICMS seja recolhido antes da saída das mercadorias inclusive quando realizadas por contribuinte optante pelo Simples Nacional, observado o disposto no § 4º do artigo 332, a não ser no caso em que o contribuinte seja autorizado pelo titular da repartição fiscal a que estiver vinculado a efetuar o pagamento até o dia 09 do mês subsequente. Portanto, a modalidade de ICMS será a aplicada às demais pessoas jurídicas, ou seja o regime normal de tributação do ICMS. Assim, suportará o ônus tributário igual às demais pessoas jurídicas, pela alíquota normal, prevista na Resolução do Senado Federal.

Em conclusão e pelo exposto adredemente, não coaduno com o posicionamento do nobre Relator quando afirma: “Logo, diante do acima exposto, está configurada a nulidade absoluta do Auto de Infração, posto que o crédito tributário foi constituído com base em sistemática de tributação não aplicável ao contribuinte em exame. Indevida a cobrança do ICMS, nesse caso específico, pela alíquota de 17%. (dezessete por cento)”.

Destaco que este CONSEF tem manifestado este mesmo entendimento por mim esposado, tais como nas posições exaradas nos Acordão JJF Nº 0072-04/16, ACÓRDÃO CJF Nº 0127-11/16, ACÓRDÃO JJF Nº 0225-03/06.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Ciente da decisão proferida pela 5ª JJF, inconformado, o Recorrente apresentou Recurso Voluntário, fls. 99 a 126, CD/MIDIA, fl. 127, onde apresenta suas razões para desconstituir a cobrança que lhe foi imposta, que passamos a analisar.

Inicialmente, destaca o Recorrente a tempestividade na apresentação do seu Recurso, baseado no que dispõe o RPAF/BAHIA no seu artigo 171, onde determina o prazo para tanto de 20 dias após a ciência da decisão proferida.

Ressalta de início em sua peça recursal o fato de a decisão não ter sido objeto de unanimidade por parte da Junta Julgadora e sim fruto de voto discordante ao proferido pelo Relator, Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco, pela Julgadora, Conselheira Tereza Cristina Dias de Carvalho.

Em análise do voto Relator, o Recorrente, destaca que muito embora o mesmo não tenha adentrado ao mérito da questão, em relação a contencioso, firmou seu posicionamento com base na existência de vício material insanável o que o levou a julgar o Auto de Infração nulo.

Faz destaque o Recorrente em sua peça recursiva: “O vício reside na própria quantificação do imposto, vez que o Auto de Infração combatido aplica alíquota de 17% (dezessete por cento) para operações realizadas por contribuinte enquadrado no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional.”

Faz referência ao fato de a autuante haver efetuado o seu levantamento fiscal e enquadramento com base no explicitado na Lei Complementar 123/06, artigo 18, porém, sem atentar para os anexos que o acompanham, preferindo, erroneamente, impingir ao Recorrente a tributação de suas operações com base na alíquota de 17%, como se de Regime Normal fosse, ainda mais por estarem tais operações amparadas pelo que está estabelecido na mesma LC em seu artigo 13 § 1º,

XIII.

Analizando o parecer da Julgadora, emissora do Voto Vencedor, o Recorrente destaca que a mesma ataca o parecer do Relator quanto ao fato da Nulidade por julgar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais e ao autuado foi dado todo o direito e todas as prerrogativas para exercer o pleno direito de defesa, afirmando, ao invocar art. 13, § 1º, XIII, “a” e “g” da LC 123/06, que deveria efetuar o recolhimento, muito embora optante pelo Simples Nacional, como se de Regime Normal fosse, utilizando as alíquotas normais do ICMS, 17%, nas operações internas e 12% nas operações interestaduais, destacando em sua peça recursiva: “*É lastimoso o fato de não se alcançar a justiça no julgamento de primeira instância deste Conselho; e, ainda é mais, quando consideramos os argumentos aventados pelo voto vencedor.*”

Ao adentrar na análise da decisão proferida pela 5ª JF, o Recorrente, retorna ao argumento da nulidade do procedimento fiscal em virtude de o seu roteiro não haver obedecido o determinado pela LC 123/06 e Resoluções emitidas pelo Comitê Gestor do Simples Nacional, afirmando que o mesmo deveria atender ao determinado no Sistema Único de Fiscalização, Lançamento e Contencioso – SEFISC, que passou a usar programa de geração eletrônica do Auto de Infração e Notificação Fiscal – AINF.

Em sua defesa, o Recorrente apresenta o que determina a legislação invocada em seu favor:

Resolução CGSN nº 94/2011:

Art. 78. As ações fiscais serão registradas no Sistema Único de Fiscalização, Lançamento e Contencioso (Sefisc), disponibilizado no Portal do Simples Nacional, com acesso pelos entes federados, devendo conter, no mínimo: (Lei Complementar nº123, de 2006, art. 33, § 4º)

(...)

§ 2º O Sefisc conterá relatório gerencial com informações das ações fiscais em determinado período.

Art. 79. Verificada infração à legislação tributária por ME ou EPP optante pelo Simples Nacional, deverá ser lavrado Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), emitido por meio do Sefisc.

§ 1º O AINF é o documento único de autuação, a ser utilizado por todos os entes federados, em relação ao inadimplemento da obrigação principal prevista na legislação do Simples Nacional.

Ao destacar a legislação acima, o Recorrente, faz referência ter a mesma o objetivo de unificar os procedimentos de fiscalização a nível nacional, evitando que entes outros procurem estabelecer critérios próprios, o que viria a causar deturpações na sistemática implantada com o objetivo de proporcionar tratamento diferenciado aos contribuintes enquadrados no Simples Nacional.

Demonstrando sua inconformidade com o procedimento da preposta autuante, o Recorrente, faz menção literal em sua pela recursiva:

In casu, exsurge-se que a Agente de Tributos do Estado da Bahia promoveu uma verdadeira “fiscalização por fora”, eivando de vícios o Auto de Infração nº 4432740001/17-0, ao descumprir o procedimento formal para a fiscalização e lançamento do crédito tributário atinentes aos optantes do Simples Nacional.

É certo que o Auto de Infração ora impugnado não corresponde ao AINF de que trata a Resolução, visto que não é documento único utilizável por todos os entes federados e sequer fora emitido por meio do SEFISC. A fiscalização empreendida é clandestina e ilegal e o Auto de Infração lavrado pela servidora estatal é nulo por não atender as formalidades regulamentadas pelo CGSN, conforme Resolução nº 94/2011.

Informa mais ainda o Recorrente que os fatos correspondentes aos exercícios de 2013 e 2014, somente poderiam ser objeto de fiscalização fora do SEFISC, até 31 de dezembro de 2016, de acordo com o determinado na Resolução CGSN nº 125/2015, em seu artigo 1º, ao alterar o artigo 61-A da Resolução CGSN, quando assim se expressa:

II – norma publicada até 31 de março de 2014 que tenha veiculado exigência vigente até aquela data, observado o disposto no § 2º; (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 26, § 15)

Reforçando sua argumentação o Recorrente afirma que o procedimento fiscal não atendeu nem ao determinado nas Resoluções do Simples Nacional, nem ao determinado pela legislação estadual, que disponibiliza o roteiro e sistema de auditoria AUDIG, especialmente desenvolvido para esse fim, onde o imposto devido em cada mês deveria ser apurado, mediante aplicação deste roteiro

de auditoria, apurando-se os movimentos de numerários e calculando-se a Receita Real para ser comparada com a receita informada pelo contribuinte no PGDAS, forma pela qual poderia se chegar a uma efetiva, caso existisse, omissão de recolhimento.

Transcreve decisões da 3ª JJF e da 2ª CJF, em caso análogo, como abaixo:

EMENTA: ICMS. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. NULIDADE. Aplicada metodologia de cálculo em desacordo com as normas do Simples Nacional. A fiscalização desconsiderou a condição do autuado de optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresa e Empresa de Pequeno Porte - Simples Nacional. A imputação deveria ser apurada com aplicação do sistema AUDIG de fiscalização específico para apurar irregularidades cometidas por contribuintes optantes pelo SIMPLES NACIONAL. Neste caso, diante da inadequação do roteiro de fiscalização adotado, resta configurada a inexistência no lançamento tributário dos elementos suficientes para se determinar com segurança e liquidez, a infração, com base no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99, impõe-se a nulidade da autuação. Auto de Infração NULO. Decisão unânime. (A. I. Nº. - 196900.1001/13-2. 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO JJF Nº 0249-03/14. Pub. 27/11/2014)

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. NULIDADE. INADEQUAÇÃO DE ROTEIRO DE FISCALIZAÇÃO. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. A fiscalização desconsiderou a condição do autuado de optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresa e Empresa de Pequeno Porte - Simples Nacional. A imputação deveria ser apurada com aplicação do sistema AUDIG de fiscalização específico para apurar irregularidades cometidas por contribuintes optantes pelo SIMPLES NACIONAL. Neste caso, impõe-se a decretação de nulidade do lançamento, por inadequação do roteiro de fiscalização adotado. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime. (A. I. Nº 210929.0006/13-0. 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0220-12/14. Pub. 06/08/2014)

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. NULIDADE. INADEQUAÇÃO DE ROTEIRO DE FISCALIZAÇÃO. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. A fiscalização desconsiderou a condição do autuado de optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresa e Empresa de Pequeno Porte - Simples Nacional. A imputação deveria ser apurada com aplicação do sistema AUDIG de fiscalização específico para apurar irregularidades cometidas por contribuintes optantes pelo SIMPLES NACIONAL. Neste caso, impõe-se a decretação de nulidade do lançamento, por inadequação do roteiro de fiscalização adotado. Auto de Infração NULO. Decisão unânime. (A. I. Nº - 210929.0006/13-0. 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO JJF Nº 0057-03/14. Pub. 25/03/2014)

Reafirma o Recorrente que, em face da inadequação do sistema utilizado para apuração da suposta infração, resta demonstrado a falta de certeza do valor apurado como devido no lançamento, o que configura inequívoca ausência de elementos suficientes para ser determinada, com segurança e liquidez a infração, impondo-se com alicerce no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99, a nulidade da autuação.

Adentrando ao mérito da lide, o Recorrente tece comentários a respeito das determinações emanadas dos poderes estaduais no que diz respeito à inclusão de produtos no regime da substituição tributária, o que, segundo o mesmo, devido às exorbitantes margens de valor agregado estabelecidas e a extensão da obrigatoriedade aos contribuintes enquadrados no Simples Nacional, veio a inviabilizar e determinar o encerramento de grande parte dos pequenos negócios.

Destaca que o legislador, a nível nacional, ao verificar tais distorções, estabeleceu limites para a inclusão de produtos em tal regime tributário, surgindo a Lei Complementar nº 147/2014, que, alterando a LC 123, no seu artigo 13, § 1º, inc. XIII, letra ‘a’, informando quais os produtos e/ou mercadorias estariam sujeitos a tal sistema de tributação.

Como sequência foi editado o Convênio ICMS 92/2015 onde foram listados todos os produtos que poderiam os Estados em suas legislações, relação constantes dos Anexos II a XXIX, não podendo nenhum Estado, ao seu bel prazer, incluir mercadorias outras no regime da substituição tributária.

Convalidando o disposto no Convênio ICMS 92/2015, foi editado o Convênio ICMS 155/2015 onde são determinadas as normas que devem seguir as entidades estaduais no sentido de fazer válidos os Convênio e Protocolos firmados fora do determinado no Convênio ICMS 92/2015.

Buscando configurar a improcedência da autuação informa o Recorrente que os produtos que o mesmo comercializa e que foram objeto da autuação não se encontram em nenhum dos anexos acima referidos, bem como não atende ao determinado na LC 123/2006, como abaixo transcreveu:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 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 sujeitas ao regime de substituição tributária, tributação concentrada em uma única etapa (monofásica) e sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto com encerramento de tributação, envolvendo combustíveis e lubrificantes; energia elétrica; cigarros e outros produtos derivados do fumo; bebidas; óleos e azeites vegetais comestíveis; farinha de trigo e misturas de farinha de trigo; massas alimentícias; açúcares; produtos lácteos; carnes e suas preparações; preparações à base de cereais; chocolates; produtos de padaria e da indústria de bolachas e biscoitos; sorvetes e preparados para fabricação de sorvetes em máquinas; cafés e mates, seus extratos, essências e concentrados; preparações para molhos e molhos preparados; preparações de produtos vegetais; rações para animais domésticos; veículos automotivos e automotores, suas peças, componentes e acessórios; pneumáticos; câmaras de ar e protetores de borracha; medicamentos e outros produtos farmacêuticos para uso humano ou veterinário; cosméticos; produtos de perfumaria e de higiene pessoal; papéis; plásticos; canetas e malas; cimentos; cal e argamassas; produtos cerâmicos; vidros; obras de metal e plástico para construção; telhas e caixas d'água; tintas e vernizes; produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos; fios; cabos e outros condutores; transformadores elétricos e reatores; disjuntores; interruptores e tomadas; isoladores; para-raios e lâmpadas; máquinas e aparelhos de ar-condicionado; centrifugadores de uso doméstico; aparelhos e instrumentos de pesagem de uso doméstico; extintores; aparelhos ou máquinas de barbear; máquinas de cortar o cabelo ou de tosquiá; aparelhos de depilar, com motor elétrico incorporado; aquecedores elétricos de água para uso doméstico e termômetros; ferramentas; álcool etílico; sabões em pó e líquidos para roupas; detergentes; alvejantes; esponjas; palhas de aço e amaciantes de roupas; venda de mercadorias pelo sistema porta a porta; nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária pelas operações anteriores; e nas prestações de serviços sujeitas aos regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do imposto com encerramento de tributação;

(...)

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

Considerando o acima transcrito, o Recorrente, afirma haver a julgadora, emitente do voto vencedor, inovado em espécie de incidência, o que não é da sua competência, ao tentar impor legislação estadual, inadequada, como impositiva ante a legislação maior, determinado pela regência do Simples Nacional.

Destaca mais ainda o Recorrente que ao invocar a alínea “g” art. 13, § 1º, XIII, não atentou que o mesmo faz referência a aquisições de bens e mercadorias oriundos de outros Estados da federação, o que não é o caso do processo em lide.

Afirma mais o Recorrente que não poderia o Estado da Bahia, nem nenhum outro, estabelecer obrigações de antecipação tributária ou substituição fora do já está disposto nos convênios e/ou protocolos a que o mesmo esteja obrigado, ainda mais por ser um decreto instrumento impróprio para disciplinar o instituto da antecipação tributária.

Considerando que a antecipação tributária só pode ser estabelecida em lei, de acordo com os pressupostos estabelecidos pela CF e pelo CTN, este princípio não é atendido quando se analisa o art. 332, V, “k”, do RICMS/12, portanto impossível de aplicação. Salaria que mesmo a Lei nº 7.014/96 não traz esta exigência, o que torna o disposto no RICMS inovação imprópria.

Analisando o poder de tributar dos Estados, o Recorrente, destaca o explicitado na Constituição Federal ao transcrever:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

*I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;
(...)*

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Buscando demonstrar a impropriedade do dispositivo, base para a autuação, o Recorrente faz referência não apenas aos textos constitucionais, como à ampla legislação do Simples Nacional, onde estão disciplinados os meios e formas de apuração e recolhimento dos tributos envolvidos neste sistema de arrecadação tributária, bem como seus prazos, e determina, inclusive, o cumprimento de obrigações acessórias.

Destaque especial dá o requerente ao disposto na LC 123/06, como abaixo:

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

§ 15. Será disponibilizado sistema eletrônico para realização do cálculo simplificado do valor mensal devido referente ao Simples Nacional.

§ 15-A. As informações prestadas no sistema eletrônico de cálculo de que trata o § 15:

I - têm caráter declaratório, constituindo confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos tributos e contribuições que não tenham sido recolhidos resultantes das informações nele prestadas; e

II - deverão ser fornecidas à Secretaria da Receita Federal do Brasil até o vencimento do prazo para pagamento dos tributos devidos no Simples Nacional em cada mês, relativamente aos fatos geradores ocorridos no mês anterior.

Literalmente, o Recorrente afirma: *A legislação estadual é afrontosa às regras de competência tributária estabelecidas pela Constituição Federal visto que intenta disciplinar temática já regulada pela Lei Complementar nº 123/06, e que por isso, não lhe compete nem mesmo residualmente.*

E, mais ainda, assevera que o Estado não pode legislar sobre os valores, o modo e o tempo de recolhimento de seu tributo dos optantes do Simples, porquanto disciplinados pela Lei Complementar nº 123/06. A opção pelo Simples Nacional implica na substituição de tais aspetos previstos na legislação específica de cada tributo integrante desse sistema compartilhado de arrecadação (art. 4º da Resolução CGSN nº 94/2011).

Sequenciando sua argumentação, o Recorrente aborda o que venha a ser o instituto da “isenção” dentro da legislação tributária quando afirma ser a mesma um favor fiscal concedido pelo poder tributante que consiste em dispensar o pagamento de um tributo devido, para em seguida destacar o que dispõe a legislação do Simples Nacional, na Resolução nº 94/2011, que assim determina:

Art. 31. O Estado, o Distrito Federal ou o Município tem competência para, com relação à ME ou à EPP optante pelo Simples Nacional, na forma prevista nesta Resolução: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, §§ 18, 20 e 20-A)

*I - conceder isenção ou redução do ICMS ou do ISS;
(...)*

Para, em seguida, transcrever do RICMS BAHIA 2012 o artigo 277, que assim se exprime:

Art. 277. Ficam isentas do pagamento do ICMS as microempresas optantes pelo Simples Nacional cuja receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao do período de apuração não ultrapasse R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais).

Repisa em sua argumentação a afirmativa de que o montante das receitas auferidas nos exercícios objeto de fiscalização não terem alcançado o valor ali estipulado, o que determinaria a isenção do ICMS sobre as mesmas.

Abordando a imposição de multa sobre o valor do tributo reclamado na ordem de 75%, afirma ser a mesma insubsistente pelo fato de não haver infração sobre a qual teria base, incorrendo em descumprimento a obrigação acessória.

Fazendo menção à alíquota aplicada pela preposta autuante e acatada pela julgadora em seu voto vencedor, na ordem de 17%, afirma ser impossível de aceitação, por não atender ao que é determinado pela LC 123/2006, reafirmando que tal alíquota somente poderia ser aplicada caso se tratasse de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração do ICMS, o que não é PP caso em lide, destacando, mais uma vez, os artigos 18 e 20 da referida LC.

Para informação das possíveis alíquotas que poderiam ser aplicadas, caso ocorresse a tributação, afirma, transcreve os Anexos da LC 123, o que não foi atendido nem destacado pela autuante e pela julgadora.

Encerrando sua peça recursiva, o Recorrente, ao tratar “DOS PEDIDOS”, assim se expressa:

Ante as considerações retro e a análise do conjunto probatório dos autos, há de prosperar o intuito da Recorrente em reformar a respeitável sentença, que não exauriu a questão com coerência e correção jurídica.

Por tais razões, postula-se que, seja CONHECIDO o presente recurso para lhe dar PROVIMENTO no sentido de:

1 - REFORMAR o decisum de piso para:

a) Preliminarmente, por absoluta inadequação do roteiro de fiscalização adotado, declarar a NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO Nº 4432740001/17-0, destinando-o ao arquivo administrativo;

b) Julgar improcedente o A.I. 4432740001/17-0 dada a impossibilidade de se aplicar, ao caso concreto, a legislação comum às demais pessoas jurídicas, visto que as operações autuadas não se enquadram nas hipóteses de exceção elencadas no art. 13, § 1º, XIII, “a” ou “g” da LC 123/06;

c) Julgar improcedente o A.I. 4432740001/17-0 dada a inexistência de previsão legal autorizadora da Antecipação Tributária para as operações autuadas;

d) Declarar a incompetência legislativa estadual para disciplinar a matéria de recolhimento e apuração de valor de tributo devido por optante do Simples Nacional a fim de que se reconheça a inexigibilidade do ICMS perseguido no Auto de Infração pugnado;

e) Acaso este corpo julgador entenda de modo diverso até aqui, o que não é esperado, seja reconhecida a ISENÇÃO da Recorrente do pagamento do tributo ora exigido por força do art. 277, do Dec. 14.073/12, bem como a INOCORRÊNCIA DE DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA de recolhimento antecipado de um tributo do qual estava dispensada de seu pagamento, reputando-se também inexigível, também, a cobrança da multa aqui resistida;

f) Se persistente, ainda que sem razão justa, o afã exator, seja reconhecido que a alíquota tomada pelo Fisco Baiano para apurar o quantum a pagar do ICMS é diversa e a maior daquelas previstas pela legislação atinente ao optante do Simples Nacional, sobretudo ao preconizado no art. 18 da Lei Complementar 123/06.

g) Julgar TOTALMENTE IMPROCEDENTE O AUTO DE INFRAÇÃO Nº 4432740001/17-0.

VOTO

O presente processo refere-se à imposição da obrigatoriedade de recolhimento do ICMS sobre operações comerciais, determinada na decisão não unânime proferida pela 5ª JJF, através o Acórdão JJF nº 0185-05/17, que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 20/03/2017, o qual exige recolhimento de ICMS no valor principal de R\$319.073,48, pelo cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 17.05.01

Deixou de recolher ICMS em razão de considerar receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo). Constatou-se falta de recolhimento de ICMS, por antecipação, em descumprimento do que estabelece o art. 332, V, “k”, do RICMS/12. Com base nesse dispositivo, o autuado estava obrigado a efetuar o recolhimento antecipado do ICMS referente às operações de saídas das mercadorias (areia), de forma que as saídas fossem realizadas acompanhadas do correspondente documento de arrecadação ou do certificado de crédito, o que não foi feito. Aplicada a cada operação a alíquota de 17% e imputada a multa de 75% do valor do imposto prevista no art. 25 da Lei Complementar 123/06 e art. 34, inc. I, da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07. Respalda o lançamento os Demonstrativos anexados às fls. 09 a 16 dos autos.

É o Recorrente, conforme cadastro existente na SEFAZ BAHIA, empresa extrativa de minérios tendo como atividade principal **810006 - Extração de areia, cascalho ou pedregulho e beneficiamento associado** e outras atividades secundárias que não o impede de ser enquadrado no SIMPLES NACIONAL, como o é desde o início das suas atividades, em 21.05.2013, encontrando-se na situação de ATIVO e regularmente credenciado no DTE, informações estas obtidas através a Consulta Básica ao Cadastro do ICMS.

Por sua condição de enquadrado no SIMPLES NACIONAL, tem a prerrogativa de efetuar o recolhimento do ICMS e outros tributos e contribuições de forma simplificada, em atendimento ao previsto e determinado pela Lei Complementar nº 123/2006, e Resoluções expedidas Pelo CGSN – Comitê Gestor do Simples Nacional, em especial a Resolução 94/2011, vigente à época de ocorrência dos fatos geradores da autuação.

A legislação do SIMPLES NACIONAL estabelece, dentre outros parâmetros, a forma de apuração e lançamento das receitas tributáveis e não tributáveis, as obrigações acessórias a que se sujeitam os contribuintes no sistema enquadrados, os prazos de recolhimento dos tributos abrangidos, e, inclusive a segregação de receitas não abrangidas pela tributação nos diversos tributos ou contribuições que abarca.

A Lei Complementar nº 123 e suas posteriores alterações, além de determinar as normas a serem seguidas a nível nacional, facultam aos Estados determinadas liberdades em tributação, mas, de forma que não venha a agredir ou descaracterizar os princípios básicos do sistema.

Assim é que a Resolução 94/2011, ao tratar das prerrogativas dos Estados assim estabeleceu:

Art. 31. O Estado, o Distrito Federal ou o Município tem competência para, com relação à ME ou à EPP optante pelo Simples Nacional, na forma prevista nesta Resolução: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, §§ 18, 20 e 20-A)

I - conceder isenção ou redução do ICMS ou do ISS;

O Estado da Bahia, usando desta prerrogativa, inseriu em seu RICMS/2012 o artigo 277 que assim expõe:

Art. 277. Ficam isentas do pagamento do ICMS as microempresas optantes pelo Simples Nacional cuja receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao do período de apuração não ultrapasse R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais).

De relação aos prazos de recolhimento é determinado que o mesmo seja efetuado até o dia 20 de cada mês subsequente à ocorrência do fato gerador, inexistindo outra data para tanto.

Dentre as obrigações determinadas aos optantes pelo SN estão às obrigаторiedades de recolhimento, em separado do recolhimento normal mensal, do ICMS sobre a **Antecipação Parcial e Substituição Tributária**.

Por se tratar de um sistema de arrecadação, cujo regramento é nacional, a liberdade que têm os Estados e Municípios na sua composição é limitado expressamente na legislação pertinente, Leis Complementares e Resoluções do CGSN, na tendo qualquer determinação fora destas determinações valor de lei para imposição de tributos ou obrigações.

Em ocorrendo omissão de receitas dos contribuintes enquadrados no Simples Nacional, não é permissivo aos Estados impor a alíquota interna ou interestadual, conforme a operação, sobre as mesmas, devendo, nos termos do que dispõe a legislação, serem refeitos os cálculos, em conformidade com o PGDAS, para assim aplicar a alíquota efetiva sobre as mesmas.

Analisando a imposição da multa de 75% pleiteada pela autuante e mantida pela julgadora, tenho a considerar que o enquadramento foi erroneamente efetuado ao tomar por base a Lei nº 9.430/96, visto a mesma tratar especificamente de Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, não tendo qualquer relação com o ICMS.

Na execução dos seus trabalhos omitiu a autuante a ocorrência ou não de recolhimentos através o DASN (Documento de Arrecadação do Simples Nacional), limitando-se a cobrar Antecipação Tributária sobre produtos extrativos, baseada no que determina o RICMS/BAHIA no artigo 332, V, “k”.

Da análise que fiz e da constatação da irregularidade perpetrada pela autuante ao não seguir a legislação própria do Simples Nacional, pelo não atendimento ao que preceitua o próprio RICMS BAHIA quando concede isenção do ICMS quando a receita se situe no período de apuração em valor acumulado inferior a R\$180.000,00, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, declarando o Auto de Infração em apreço NULO, recomendando nova ação fiscal visando efetuar fiscalização nas normas regulamentares.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 443274.0001/17-0, lavrado contra **JOSÉ KELLYSON BARBOSA DE SANTANA – ME**. Recomenda-se nova ação fiscal visando efetuar fiscalização nas normas regulamentares.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de janeiro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGEPFIS