

PROCESSO - A. I. Nº 153372.0001/17-3
RECORRENTE - NATALÍCIO GONÇALVES DO CARMO - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0073-03/18
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 07/06/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0109-11/19

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS POR ERRO DA DETERMINAÇÃO DAS RECEITAS MENSAIS - RECEITA TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Comprovado erro por considerar receita tributada como não tributada, cujo imposto foi exigido mediante o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições – Simples Nacional. Rejeitada a preliminar de nulidade. Acolhida a decadência para os períodos de janeiro a novembro de 2012. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado pela Recorrente em face da Decisão proferida pela 3ª JJF no julgamento do Auto de Infração, lavrado em 14.12.2017, tomado ciência pela autuada em 19.12.2007, que determinou o recolhimento de ICMS no valor original de R.\$108.006,24, 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)

Refere-se às vendas de Hortifrutigrangeiros.

Multa de 75% de acordo com o art 35 da Lei Complementar 123/2006, e, art. 44, inciso I da Lei 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488, de 15.06.2007.

Analisando o Auto de Infração, a defesa apresentada pela Recorrente, fls. 35 a 55 e a Informação Fiscal prestada pela autuante, fls. 68 a 73, assim se pronunciou a 3ª JJF:

O lançamento de ofício exige o ICMS no valor histórico de R\$108.006,24, com imputação de multa de 75%, prevista no art. 35 da Lei Complementar nº 123/2006 e no art. 44, inc. I da Lei Federal nº 9.430/1996, com redação dada pela Lei federal nº 11.488/2007.

A exigência se fundamenta no art. 18 da Lei Complementar nº 123/2006, por ser a autuada contribuinte optante pelo Simples Nacional.

A acusação está explicitada da seguinte forma: “Deixou de recolher ICMS em razão de considerar receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo). Refere-se a HORTIFRUTIGRANGEIROS”.

O Autuado encontra-se devidamente inscrito no Cadastro de Contribuintes na condição de Empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, para a atividade 121101 - Horticultura, exceto morango.

Verifico que foram observados os requisitos imprescindíveis ao auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e que a Autuante tem plena competência para efetuar o lançamento de ofício, haja vista que o §3º, do art. 107 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), alterado pela Lei nº 11.470/09, concedeu atribuição aos Agentes de Tributos Estaduais – ATE, para constituição de crédito tributário a partir de 1º de julho de 2009, decorrente da fiscalização em estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional.

A impugnação inicialmente requer nulidade da autuação, em virtude da Autuante ter apurado os valores exigidos através de método não específico a ser adotado para os contribuintes optantes pelo Simples Nacional, qual seja, o roteiro de auditoria denominado Sistema de Auditoria Digital – AUDIG.

Efetivamente a apuração das irregularidades cometidas por empresas regidas pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresa e Empresa de Pequeno Porte - Simples Nacional, se submete aos ditames da Lei Complementar nº 123/06.

A fiscalização dos contribuintes, não somente os optantes pelo Simples Nacional, requer cuidados específicos na escolha dos métodos de apuração, para evitar insegurança na constituição do crédito tributário, zelando pela clareza, objetividade e transparência. Entretanto, nenhuma norma exige a aplicação de um roteiro de fiscalização específico, como roteiro de auditoria AUDIG, que fora outrora desenvolvido pela SEFAZ especialmente para esse fim. Trata-se apenas de uma ferramenta de trabalho. Qualquer outro método não heterodoxo, que observe as normas de auditoria e fiscalização e demonstre com clareza, transparência e preze pela verdade material, é perfeitamente aplicável à apuração do imposto devido, movimento de numerários e cálculo da receita real para ser comparada com a receita informada pelo contribuinte no PGDAS-D. Dessa forma, não vislumbro atentado ao devido processo legal, pelo uso de outro roteiro de fiscalização que não seja o AUDIG. Dessa forma, afasto a nulidade arguida na defesa.

Cumpra observar que, relativamente à exigência atinente aos meses de janeiro a outubro de 2012, consoante o entendimento firmado pela Procuradoria Geral do Estado/PROFIS, mediante o Incidente de Uniformização nº. PGE 2016.194710-0, a contagem do prazo decadencial se dá a partir da data da ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN), quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, ou seja, declara operações ou prestações tributáveis, apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Não constatei nos autos comprovação de que o autuado tenha incorrido na prática de dolo, fraude ou simulação, o que, caso tivesse ocorrido afastaria a decadência, haja vista que a contagem do prazo não se daria na forma do art.150, § 4º do CTN, mas sim na forma do art. 173, I, do CTN.

Assim, aplicando o entendimento firmado pela PGE/PROFIS no caso em questão, já que as imputações versam sobre a falta de recolhimento do ICMS, as ocorrências de janeiro a outubro de 2012 encontram-se exigíveis, devendo permanecer no presente Auto de Infração, haja vista que a Autuada não apurou o montante do imposto devido, tampouco efetuiu pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações. Dessa forma, afasto a decadência suscitada pela Autuada.

A Lei Complementar nº 123/2006 prevê que sobre a receita bruta auferida no mês, incidirá a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º do artigo 18, podendo o contribuinte optar que a incidência se dê sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irretroatável para todo o ano-calendário.

Há previsão na lei acima referida, que a microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, deverá apresentar anualmente à Secretaria da Receita Federal do Brasil declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, que deverá ser disponibilizada aos órgãos de fiscalização tributária e previdenciária, observados prazo e modelo aprovados pelo Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN. Esta declaração se constitui em confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos tributos e contribuições que não tenham sido recolhidos, resultantes das informações nela prestadas, conforme o disposto no § 15-A do art. 18. Também os contribuintes optantes ficam obrigados a emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço em suas operações, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor, sendo que o valor do tributo não pago, apurado em procedimento de fiscalização, será exigido em lançamento de ofício. Vale registrar que se aplicam aos optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional, conforme art. 34 da referida Lei.

No caso em análise a Autuada é acusada de deixar de incluir na Receita Bruta do mês, valores relativos a vendas de mercadorias isentas (hortifrutigranjeiros), quando deveria tê-las incluído no montante a ser tributado, haja vista que a sistemática de apuração dos valores mensais a recolher exige que se considere no cômputo da receita bruta o total do produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, conforme §1º, do art. 3º da Lei nº 123/06.

A Autuante demonstra os valores das receitas brutas apurados mês a mês com base nos dados obtidos das informações prestadas pelo próprio contribuinte através do PGDAS-D que tem caráter declaratório, conforme prevê o § 13 do art. 2º da Lei Complementar nº 123/2006: “o documento de que trata o inciso I do § 9º tem caráter declaratório, constituindo instrumento hábil e suficiente para a exigência dos tributos, contribuições e dos débitos fundiários que não tenham sido recolhidos resultantes das informações nele prestadas.”. Portanto está correta e clara a autuação, haja vista que os valores cobrados têm como base a Receita Bruta declarada no PGDAS-D.

Pelo exposto, julgo o Auto de Infração PROCEDENTE, por observar os requisitos de clareza e precisão previstos no art. 39, III, do RPAF/BA.

Ciente da decisão tomada pela 3ª JJF a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, fls. 90 a 105, buscando desconstituir o posicionamento na decisão de piso e reformá-la, pugnano pela nulidade da autuação.

Iniciando sua argumentação a Recorrente transcreve trechos do posicionamento tomado pela 3ª JJF, onde a mesma reconhece que:

- a) que as empresas optantes pelo Simples Nacional se submetem aos ditames da Lei Complementar nº123/06; b) que deve-se evitar insegurança na constituição do crédito tributário, zelando pela clareza, objetividade e transparência; c) que o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, ou seja, declara operações ou prestações tributáveis, apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas; d) que não foi constatada nos autos comprovação de que o autuado tenha incorrido na prática de dolo, fraude ou simulação.*

Destaca mais ainda a Recorrente que, muito embora tenha tal reconhecimento a 3ª JJF deixa de observar o devido processo legal ao:

- 1. Acatar roteiro inadequado de fiscalização para empresa optante do regime do Simples nacional, contrariando a Lei 123/06 e a Resolução 94/2011 do CGSN - Comitê Gestor do Simples Nacional;*
- 2. Acatar a ausência das notas fiscais e do demonstrativo em que se funda a referida imputação, caracterizando, portanto, cerceamento ao direito de defesa do contribuinte devido à falta de provas; e*
- 3. Deixar observar a ocorrência da decadência do período de janeiro a outubro de 2012.*

Contesta a Recorrente a metodologia aplicada pela autuante para apuração do tributo que lhe é dado como devido, afirmando que a mesma está dissociada da técnica, assim como, desconsidera que a mesma é optante pelo Simples Nacional, que tem método específico para a apuração dos seus tributos, e, que a forma como foi efetuada a apuração leva à incerteza e insegurança, de onde configuraria a nulidade preconizada no que dispõe o artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAFBA/99.

Assevera a Recorrente que a autuante ao não adotar o sistema próprio de fiscalização para os contribuintes optantes pelo Simples Nacional, o AUDIG Sistema de Auditoria Fiscal eiva o processo fiscalizatório de nulidade, afirmando que “*o imposto devido deveria ser apurado, mês a mês, mediante aplicação do roteiro de auditoria AUDIG, apurando-se os movimentos de numerários e calculando-se a Receita Real para ser comparada com a receita informada pelo contribuinte no PGDAS.*”

Afirma ainda a Recorrente que em tal levantamento deveriam ser emitidos relatórios, a exemplo do “ANÁLISE DO ICMS SIMPLES NACIONAL A RECOLHER”, onde seriam apurados os tributos com a segregação daquelas operações que não mais se sujeitam à tributação, a exemplo das vendas de produtos sujeitos à substituição tributária, discorrendo ainda a respeito da proporcionalidade determinada pela LC 123/2006 e a apuração do quanto a recolher após tais apurações, através o DASN.

Reafirmando a impropriedade da forma de cobrança encetada pela autuante, a Recorrente apresenta decisões sobre a matéria, como abaixo:

ACÓRDÃO JJF Nº 0057-03/14. 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.

ACÓRDÃO CJF Nº 0106-11/14. EMENTA: ICMS. 1. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. LANÇAMENTO EFETUADO PELO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. CONTRIBUINTE PARTICIPANTE DO SIMPLES NACIONAL. Comprovado nos autos a inclusão do sujeito passivo no Simples Nacional retroativamente ao exercício de 2009. Despacho Decisório DRF/FSA de nº 1.410, de 03/11/2012, ato administrativo de natureza declaratória.

Aplicação de roteiro de fiscalização impróprio para as ME'S e EPP'S. Infração impropriedade. 2. MULTA. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DMA. FALTA DE APRESENTAÇÃO NO PRAZO REGULAMENTAR. Comprovado o enquadramento no Simples Nacional. Falta de obrigatoriedade de apresentação da DMA. Infração descaracterizada. Modificada a decisão recorrida. Recurso PROVIDO. Decisão unânime.

ACÓRDÃO CJF Nº0220-12/14. 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

Reafirmando que o processo fiscalizatório não atende aos preceitos legais, por se utilizar de roteiros ilegais, assim como, não foram juntados ao processo os documentos fiscais relativos a não escrituração, o que conduz a incerteza quanto ao cometimento da infração, inquina o mesmo nas premissas previstas nos artigos 2º, 18, e 41, do RPAF/BA, transcrevendo decisões de julgados a respeito da matéria, como abaixo:

ACÓRDÃO JJF Nº 0369-04/02. EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. O roteiro de auditoria desenvolvido não era próprio para a situação e não permitia que se determinasse, com segurança, a infração e o valor do imposto. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

ACÓRDÃO JJF Nº 0133-03/15. EMENTA. ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito formal, que determinam como deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito. É nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação e dificultando o exercício do direito de defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

Mais uma vez apresenta a Recorrente a afirmação que o processo de fiscalização não leva à certeza do que foi apurado, em face de não haver a autuante apresentado as notas fiscais que afirma serem de produtos tributáveis, lançados como não tributáveis na apuração do tributo a recolher, fugindo ao princípio da clareza cristalina que deve nortear trabalho desta estirpe destacando que cabe a autuante provar o que tenta impingir à autuada, trazendo como suporte para sua argumentação o que afirma a tributarista Professora Suzy Gomes Hoffmann em sua obra: “Teoria da Prova no Direito Tributário”.

“Diz a mestra campineira, com outras palavras, que, em qualquer questão jurídica, é certo que se deve provar o alegado. Quem alega um fato deve prová-lo, o que, no caso do Direito Tributário, não é diferente. É curial que se o agente administrativo acusa a ocorrência de um fato jurídico tributário, que implicará numa relação jurídica tributária, que terá, necessariamente, uma pessoa na condição de sujeito passivo e de devedora do valor do tributo, faz-se inexorável que aquele prove a imputação que dirige a esse, isto é, a de que materializou-se o fato jurídico tributário e de que o liame obrigacional deve ser instalado perante aquele certo sujeito, segundo a lei aplicável.”

Reforçando sua pretensão de nulidade da autuação, a Recorrente transcreve do RPAF:

“Art. 2º - Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.” (Grifei)

“Art. 18 – São nulos

IV – o lançamento de ofício

I - que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.”

“Art. 41 – O auto de infração far-se-á acompanhar:

II – Dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido” (grifei)

Apresenta, tratando da não apresentação pela autuante das notas fiscais que embasariam a

autuação, decisões de julgamentos, como abaixo:

Acórdão JJF N.º 0029-04/09. Resolução. ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. NULIDADE. Restou caracterizada que não foram juntados ao processo os documentos fiscais relativos a não escrituração o que conduz a incerteza quanto ao cometimento da infração. Infração Nula. Auto de Infração.

Acórdão CJFN N.º 0034-04/09. Resolução. ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO QUANTO INTIMADO. MULTA. A exigência para apresentação de notas fiscais não se sustenta uma vez que à época dos fatos, o contribuinte se encontrava enquadrado na condição de micro-empresa, desobrigado de escriturar livros Registro de entrada e de Saída de mercadorias. O autuante não acostou aos autos documentos suficientes para caracterizar a infração imputada. Decisão recorrida modificada. Recurso PROVIDO. Decisão Unânime.

Destacando que o Direito Tributário é regido pelo princípio da verdade material a presente infração não pode prosperar, por se tratar de um ato nulo, transcrevendo decisões pertinentes, algumas sem consonância com a tese apresentada.

Sequenciando sua peça recursiva a Recorrente destaca o fato de a 3ª JJF não haver se debruçado sobre o período decadencial para reclamação de tributo por parte do ente tributante, informando que o período compreendido entre Janeiro e Outubro 2012 já estaria sob tal princípio e, portanto, não sujeito à cobrança, conforme o que determina o CTN no seu artigo 150, Parágrafo 4º, apresentando acórdãos que corroborariam sua afirmação.

Finalizando, ao tratar do PEDIDO, assim se expressa a Recorrente: *Por todo exposto e por tudo o mais que consta dos autos, a Autuada REQUER que este Egrégio Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF declare a total NULIDADE do auto de infração em apreço pela inobservância do devido processo legal tudo em face das razões recursais acima expostas, para que se faça JUSTIÇA !!!*

VOTO

Tratando inicialmente da preliminar de nulidade suscitada pela Recorrente, analiso-a sob a ótica do que dispõem os regulamentos do Simples Nacional, em especial o determinado pela Resolução 94/2011, vigente no decorrer dos períodos fiscalizados, e os preceitos determinados pelo RPAF.

Alega a Recorrente que a metodologia aplicada pelo autuante não atende aos preceitos legais da legislação do Simples Nacional e que o mesmo não utilizou o sistema de fiscalização adotada pelo Estado da Bahia, o AUDIG, o que determinaria a impossibilidade de conhecimento do que lhe teria sido imputado como infração.

Alega mais ainda a Recorrente que o preposto autuante não identificou quais notas fiscais determinaram a apuração de mercadorias tributáveis, informadas pela mesma como não tributáveis.

Com as afirmativas acima, pugna a Recorrente pela nulidade do Auto de Infração sob a alegação que a forma como foi descrita a infração não deixou margem a que a mesma tivesse condições de exercer o direito de defesa e o contraditório, o que se enquadraria no artigo 18 do RPAF, como abaixo:

“Art. 18 – São nulos

IV – o lançamento de ofício

I - que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.”

De relação à competência de fiscalização, estabelece a Resolução CGSN nº 94/2011:

Art. 77. A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional é do órgão de administração tributária: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, caput)

I - do Município, desde que o contribuinte do ISS tenha estabelecimento em seu território ou quando se tratar das exceções de competência previstas no art. 3º da Lei Complementar nº 116, de 2003;

II - dos Estados ou do Distrito Federal, desde que a pessoa jurídica tenha estabelecimento em seu território;

III - da União, em qualquer hipótese.

Como definido, tem o Estado a prerrogativa de efetuar a fiscalização das atividades dos contribuintes enquadrados no Simples Nacional, sendo que a forma como efetuar este procedimento está definido na própria Resolução 94/2011, que assim determina no seu artigo 129:

Art. 129. Enquanto não disponibilizado o Sefisc, deverão ser utilizados os procedimentos administrativos fiscais previstos na legislação de cada ente federado, observado o disposto nos arts. 125 e 126. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, § 4º)

Ainda em relação à pretendida nulidade sob a alegação de não apresentação das notas fiscais, consultando o processo, constato que o autuante anexou, a título de amostragem, notas fiscais onde são identificados os produtos objeto de comercialização, com sua tributação devidamente identificada, não subsistindo o que argumenta.

De relação à pretensão irregularidade indicada de não atendimento ao demonstrativo de apuração mensal do tributo reclamado, não procede, em função de os valores reclamados serem aqueles constantes dos PGDAS, emitidos pelo próprio contribuinte.

Além do mais, o processo de fiscalização está de acordo com todos os requisitos exigidos pelo RPAF, não procedendo a alegação de nulidade pretendida pela Recorrente, pelo que não acolho tal pretensão.

Também alegada pela Recorrente foi a preliminar de Decadência dos valores reclamados referente ao período de Janeiro a Outubro de 2012, com base no que dispõe o CTN no artigo 150, Parágrafo 4º.

Analisando a pretensão de decadência, admito restar razão à Recorrente de tal alegação, de forma ainda mais ampla, pois sendo a tomada de ciência da autuação datada de 19.12.2017, o instituto abrange, no caso, em realidade, o período de Janeiro a Novembro de 2012, ao se considerar que, de relação a este período, foram efetuados os recolhimentos concernentes ao Simples Nacional, aliás fato não contestado pelo autuante.

Desta forma, acolho a preliminar de Decadência para os valores reclamados concernentes ao período de Janeiro a Novembro de 2012.

Passo a analisar o mérito da lide, de forma a abordar a argumentação apresentada pela Recorrente.

Alegou a Recorrente que ao apurar os valores a recolher no PGDAS, obrigatoriamente, teve que segregar, para identificação da tributação do ICMS, os produtos não sujeitos à tributação normal, pretendendo desta forma, que os produtos hortifrutigrangeiros, isentos do ICMS, conforme definido no RICMS, sejam segregados para definir o quanto é devido de ICMS em cada período de apuração.

É sabido que o Simples Nacional é um sistema unificado de recolhimento dos tributos que abrange, IR, CSLL, PIS, COFINS, CPP, IPI, ICMS e ISS, e, que a adesão ao mesmo é facultativa, sendo pois, uma opção, em que, quando o contribuinte assim procede, deve ter conhecimento do que é abrangido, e, também, do que é excluído para apuração dos valores a recolher.

Ao definir os valores que devem ser segregados quanto ao ICMS, a LC 123/2006, elenca aqueles sujeitos à Substituição Tributária, as vendas canceladas e as devoluções, sendo que os produtos isentos não são identificados como passíveis de segregação.

A apuração dos valores a recolher dos contribuintes optantes pelo Simples Nacional está regulamentada pela Lei Complementar nº 123/2006, no seu artigo 18, como se expressa:

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.

....

§ 4º-A. O contribuinte deverá segregar, também, as receitas

I - decorrentes de operações ou prestações sujeitas à tributação concentrada em uma única etapa

(monofásica), bem como, em relação ao ICMS, que o imposto já tenha sido recolhido por substituto tributário ou por antecipação tributária com encerramento de tributação;

....

§ 18. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito das respectivas competências, poderão estabelecer, na forma definida pelo Comitê Gestor, independentemente da receita bruta recebida no mês pelo contribuinte, valores fixos mensais para o recolhimento do ICMS e do ISS devido por microempresa que aufera receita bruta, no ano-calendário anterior, de até o limite máximo previsto na segunda faixa de receitas brutas anuais constantes dos Anexos I a VI, ficando a microempresa sujeita a esses valores durante todo o ano-calendário, ressalvado o disposto no § 18-A.

Saliento que a autuação não se reporta a omissão de receitas, como alegado pela Recorrente, e sim ao não oferecimento à tributação pelo ICMS de valores que não poderiam ser segregados, as vendas de produtos hortifrutigranjeiros.

É oportuno destacar o Pergunta e Respostas do Simples Nacional, quando responde ao questionamento sobre produtos isentos na apuração dos valores a recolher, como abaixo:

9.6. Na condição de optante pelo Simples Nacional, como posso aproveitar a redução de tributos da cesta básica?

Quando a União, o Estado ou o Distrito Federal conceder isenção ou redução de Cofins, contribuição para o PIS/Pasep e ICMS para produtos da cesta básica, **mediante lei específica destinada aos optantes pelo Simples Nacional**, estes poderão aproveitá-la, relativamente à receita objeto da isenção ou redução concedida, da seguinte forma: 90 • sobre a parcela das receitas sujeitas à isenção, serão desconsiderados os percentuais da Cofins, da contribuição para o PIS/Pasep ou do ICMS, conforme o caso; e • sobre a parcela das receitas sujeitas a redução, será realizada a redução proporcional dos percentuais da COFINS, da contribuição para o PIS/Pasep ou do ICMS, conforme o caso. (Base normativa: art. 36 da Resolução CGSN nº 140, de 2018.)

Destaco que o Estado da Bahia, em relação ao ICMS, determinou a isenção do tributo para os contribuintes que tenham o faturamento anual até o montante de R\$180.000,00, conforme disposto no RICMS, artigo 277:

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).

Desta forma, não acato a preliminar de nulidade pretendida pela Recorrente, no entanto acato a preliminar de decadência referente o período de Janeiro a Novembro de 2012 e julho PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração no valor de R\$97.621,84.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 153372.0001/17-3, lavrado contra NATALÍCIO GONÇALVES DO CARMO – EPP, devendo ser intimado o recorrente a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$97.621,84**, acrescido de multa de 75%, prevista no art. 35 da Lei Complementar nº 123/2006, art. 44, inc. I da Lei Federal nº 9.430/1996, com redação dada pela Lei Federal nº 11.488, de 15/06/2007, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR DA PGE/PROFIS