

**A. I. N°** - 436661.0018/19-5  
**AUTUADO** - CONSTRUFERTIL COMERCIAL LTDA.  
**AUTUANTE** - ELIENE MARIA DE OLIVEIRA SOUZA FREIRE  
**ORIGEM** - INFAZ AGRESTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 31/08/2020

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0137-03/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Não ficou caracterizada a infração apontada, considerando a condição do autuado como empresa de pequeno porte do Simples Nacional, e a segregação das receitas provenientes de mercadorias isentas de ICMS. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 21/08/2019, refere-se à exigência de R\$26.862,33 de ICMS, acrescido da multa de 75%, em decorrência da falta de recolhimento do imposto em razão de considerar receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo), nos meses de julho a dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016; julho a dezembro de 2017. Infração 17.05.01

O autuado apresentou impugnação às fls. 44/45, alegando em relação às receitas que deixou de considerar como tributável para fins de ICMS, são provenientes da isenção prevista no art. 264, inciso XVIII do RICMS-BA/2012, Decreto n° 13.780/2012.

Afirma que pelo sistema adotado no Simples Nacional, ao segregar apenas as mercadorias alcançadas pela Substituição e Antecipação Tributária, as mercadorias isentas de ICMS estão sendo tributadas, onerando substancialmente o preço final da mercadoria e desvirtuando totalmente a finalidade principal da isenção do ICMS prevista na legislação tributária.

Ressalta que a isenção do ICMS é um benefício específico concedido a determinados produtos, mercadorias ou serviços tributados pelo imposto, cujo objetivo é desonerar ainda que temporariamente, o custo tributário, e assim, permitir a redução ou a manutenção de preços para o consumidor.

Diz que a legislação que rege a concessão de isenção do ICMS determina que o benefício deve ser concedido através de lei, com o aval das demais Unidades da Federação, por meio da celebração de Convênios que devem especificar as condições e requisitos exigidos para a sua concessão e, se for o caso, o prazo de sua duração. Os decretos e os atos editados pelas Secretarias da Fazenda devem servir para regulamentar e disciplinar os procedimentos para obtenção da isenção, no entanto, em alguns casos, a isenção é concedida através de decretos.

Considera que a inclusão das receitas de mercadorias isentas do ICMS como tributáveis no Simples Nacional desvirtua a finalidade da Legislação Tributária do Estado da Bahia, considerando que o item XVII do RICMS-BA/2012 e Convênio ICMS 100/1997 prevê isenção do ICMS das mercadorias que especifica, e as receitas declaradas como não tributáveis pelo ICMS no Simples Nacional são todas oriundas de mercadorias isentas pela Legislação Estadual.

Requer seja o presente Auto de Infração julgado improcedente, por segregar da receita tributável pelo ICMS as mercadorias e/ou produtos isentos de ICMS, conforme art. 264, inciso XVIII do RICMS-BA/2012 e Convênio ICMS 100/1997.

A autuante presta informação fiscal às fls. 54 a 58 dos autos. Diz que o procedimento fiscal foi realizado em atendimento à ordem de serviço n° 503279/19, emitida pela Inspetoria Fiscal de

Alagoinhas, no terceiro trimestre do corrente ano, para verificação fiscal do período de janeiro/2015 a dezembro/2017.

Assegura que os atos foram praticados por servidor competente devidamente designado para o mister, mediante Ordem de Serviço anexa ao processo. Não houve preterição ao direito de defesa, pois, mediante protocolo de fl. 39, todos os papéis de trabalho, documentos e demonstrativos de débito e de apuração foram entregues ao autuado. O processo está devidamente fundamentado com documentos, demonstrativos e papéis de trabalho que lhe asseguram clareza cristalina. Existem no processo todos os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Ressalta que a apuração do total de R\$26.862,33 (vinte e seis mil, oitocentos e sessenta e dois reais e trinta e três centavos) tomou por base os valores das receitas de vendas de mercadorias constantes nas Notas Fiscais Eletrônicas autorizadas, emitidas pelo próprio defendente, conforme informações constantes no Sistema de Nota Fiscal Eletrônica.

No mérito, quanto às isenções para produtos agropecuários, diz que não procedem os argumentos da defesa, pelo simples fato de que saídas realizadas pelos optantes pelo Simples Nacional são tratadas como Receita Bruta, conforme art. 18, da LC 123/2006, e sobre estas incidem as alíquotas correspondentes previstas no Anexo I da citada lei. Tais alíquotas não são só de ICMS, mas, também, de outros tributos e contribuições, inclusive previdenciárias de responsabilidade dos empregadores. É o que se depreende da leitura do art. 12 da lei em comento.

Afirma que o argumento defensivo não merece acolhimento, pois, nos termos dos artigos 2º e 3º da Resolução CGSN nº 51/2008, c/c Lei Complementar nº 123/2006 e § 2º do art. 383 do RICMS-BA, a base de cálculo do imposto devido pelas empresas comerciais optantes pelo Simples Nacional é a receita bruta mensal auferida. Dessa receita bruta mensal, apenas são excluídas as vendas canceladas, as devoluções de vendas, os descontos incondicionais concedidos e as receitas decorrentes de exportação ou de vendas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária com encerramento da fase de tributação.

Acrescenta que a Lei Complementar nº 123/06, estabelece em seu artigo 24, que as microempresas e as empresas de pequeno porte inscritas no regime proposto (Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – SN), não poderão utilizar ou destinar qualquer valor a título de incentivo fiscal. No âmbito da legislação estadual, art. 385 do RICMS/97, veda a utilização de qualquer benefício fiscal, incluindo aí a isenção do ICMS.

Conclui que a apuração da base de cálculo depende da Receita Bruta auferida, conforme análise dos dispositivos acima mencionados, não restando dúvida alguma de que inexistente previsão para redução ou eliminação parcial da receita de vendas de mercadorias. O art. 18 da Lei Complementar nº 123/06, bem como o art. 3º, § 9º da Resolução nº 31/08 só autorizam a segregação das receitas oriundas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Da inteligência dos dispositivos citados, ao optar pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, Simples Nacional, diz que o contribuinte fica impedido de utilizar simultaneamente qualquer benefício ou desoneração tributária.

Salienta que a adesão ao Simples Nacional é facultativa e não obrigatória, cabendo ao contribuinte, ao fazer sua opção pelo Regime Simplificado, proceder a uma análise sobre a conveniência ou não de aderir ao regime, já que, sendo a preponderância de suas operações isentas, caberia uma avaliação comparando a repercussão da adoção de Regime Normal de Apuração.

Diz que o referido regime é específico de apuração simplificada com base na Receita Bruta auferida pelo optante, que serve de parâmetro para o cálculo de vários impostos, contribuições fiscais e previdenciárias. Logo, não deve ser acolhida a tese da defesa acerca de isenções incidentes sobre saídas de produtos agropecuários.

Finaliza, pedindo a procedência do presente do Auto de Infração, e que seja intimado o contribuinte, para que proceda ao recolhimento do valor apurado.

## VOTO

Inicialmente, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, o presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS em razão de o autuado considerar receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo), nos meses de julho a dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016; julho a dezembro de 2017.

De acordo com os demonstrativos elaborados pela autuante (fls. 10 a 30 do PAF), foi realizado o levantamento da “Receita Apurada” nos exercícios fiscalizados, tomando como referências as notas fiscais emitidas pelo contribuinte.

Em relação ao levantamento fiscal, o defendente não apresentou qualquer demonstrativo para contrapor os dados numéricos apurados pela autuante, mas alegou, em relação às receitas que deixou de considerar como tributável para fins de ICMS, que são provenientes da isenção prevista no art. 264, inciso XVIII do RICMS-BA/2012, Decreto nº 13.780/2012.

Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

XVIII - as saídas internas com os insumos agropecuários relacionados no Conv. ICMS 100/97, exceto os previstos nos incisos LIII e LIV do caput do art. 268 deste Decreto, observadas as seguintes disposições:

Afirmou que pelo sistema adotado no Simples Nacional, ao segregar apenas as mercadorias alcançadas pela Substituição e Antecipação Tributária, as mercadorias isentas de ICMS estão sendo tributadas, onerando substancialmente o preço final da mercadoria e desvirtuando totalmente a finalidade principal da isenção do ICMS prevista na legislação tributária.

Ressaltou que a isenção do ICMS é um benefício específico concedido a determinados produtos, mercadorias ou serviços tributados pelo imposto, cujo objetivo é desonerar ainda que temporariamente, o custo tributário, e assim, permitir a redução ou a manutenção de preços para o consumidor.

A autuante afirmou que não procedem os argumentos da defesa, pelo simples fato de que saídas realizadas pelos optantes pelo Simples Nacional são tratadas como Receita Bruta, conforme art. 18, da LC 123/2006, e sobre estas incidem as alíquotas correspondentes previstas no Anexo I da citada lei, e que não existe previsão para redução ou eliminação parcial da receita de vendas de mercadorias. O art. 18 da Lei Complementar nº 123/06, bem como o art. 3º, § 9º da Resolução nº 31/08 só autorizam a segregação das receitas oriundas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

À época dos fatos geradores, o autuado estava inscrito no SIMPLES NACIONAL, na condição de empresa de pequeno porte. O Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar 123/2006, que estabelece um tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias.

Na impugnação, o autuado confirmou que as receitas declaradas como não tributáveis pelo ICMS no Simples Nacional são todas oriundas de mercadorias isentas pela Legislação Estadual,

mercadorias e/ou produtos isentos de ICMS, conforme art. 264, inciso XVIII do RICMS-BA/2012 e Convênio ICMS 100/1997.

A autuante apresentou o entendimento de que, da receita bruta mensal, apenas são excluídas as vendas canceladas, as devoluções de vendas, os descontos incondicionais concedidos e as receitas decorrentes de exportação ou de venda de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária com encerramento da fase de tributação.

Vale salientar, que o valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional será calculado a partir das alíquotas constantes nas tabelas dos Anexos I a V da Lei Complementar 123/06 (Art. 18).

O § 4º-A do art. 18 da mencionada Lei Complementar 123 de 14/12/2006, estabelece as receitas que o contribuinte deverá segregar na apuração do imposto a recolher:

Lei Complementar 123 de 14/12/2006:

...

Art. 18.

§ 4º-A. O contribuinte deverá segregar, também, as receitas: (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

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;

II - sobre as quais houve retenção de ISS na forma do § 6º deste artigo e § 4º do art. 21 desta Lei Complementar, ou, na hipótese do § 22-A deste artigo, seja devido em valor fixo ao respectivo município;

III - sujeitas à tributação em valor fixo ou que tenham sido objeto de isenção ou redução de ISS ou de ICMS na forma prevista nesta Lei Complementar;

IV - decorrentes da exportação para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou da sociedade de propósito específico prevista no art. 56 desta Lei Complementar;

V - sobre as quais o ISS seja devido a Município diverso do estabelecimento prestador, quando será recolhido no Simples Nacional.

§ 12. Na apuração do montante devido no mês relativo a cada tributo, para o contribuinte que apure receitas mencionadas nos incisos I a III e V do § 4º-A deste artigo, serão consideradas as reduções relativas aos tributos já recolhidos, ou sobre os quais tenha havido tributação monofásica, isenção, redução ou, no caso do ISS, que o valor tenha sido objeto de retenção ou seja devido diretamente ao Município.

Da leitura dos dispositivos legais acima reproduzidos, constata-se que na apuração do montante devido no mês relativo a cada tributo, o contribuinte que apure receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas à substituição tributária e receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, e isentas terá direito a segregar das receitas totais, na apuração do valor a ser recolhido na forma do Simples Nacional.

Portanto, a partir da alteração promovida pela Lei Complementar nº 147, de 07/08/2014, há previsão para excluir operações com mercadorias isentas de ICMS. Neste caso, concluo que não ficou caracterizada a infração apontada, relativamente ao imposto apurado no demonstrativo elaborado pela autuante, considerando a condição do autuado como empresa de pequeno porte do Simples Nacional, e a necessidade de segregação das receitas provenientes das vendas de mercadorias isentas de ICMS.

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

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 436661.0018/19-5**, lavrado contra **CONSTRUFERTIL COMERCIAL LTDA.**

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 04 de agosto de 2020

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA