ACÓRDÃO Nº:	**132/2023**
PROCESSO Nº:	2017/6940/500008
TIPO:	REEXAME NECESSÁRIO
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2017/000019
RECORRENTE:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.058.688-7
RECORRIDA:	JOAQUIM ROSEVALDO BORGES

EMENTA

ICMS. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PARA EMPRESA COM TRIBUTAÇÃO NORMAL. EMPRESA ENQUADRADA NO SIMPLES NACIONAL. NULIDADE – É nulo o Auto de Infração que aplica alíquota normal do ICMS nas autuações contra empresa do Simples Nacional, mesmo que presuntivas.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual, lavratura Auto de Infração 2017/000019, exigindo ICMS normal do exercício de 2014, por meio do levantamento comparativo de saídas registradas com os documentos emitidos.

O Sujeito Passivo apresenta impugnação, alegando em preliminar o cerceamento de defesa, tendo em vista que o agente do Fisco deixou de "entregar cópia dos levantamentos para o contribuinte, bem como lavrar no mesmo auto mais de levantamento fiscal.

No mérito, aduz que foi utilizada a pauta fiscal para apurar os cálculos vedados pela jurisprudência, Súmula 431 do STJ.

Aduz que a autuada é optante do Simples Nacional e, no levantamento, o Autuante cobra o ICMS normal, ou seja, 12%, o que considera um equívoco técnico sem possibilidade de reparo.

O julgador de primeira instância, em sua sentença, afirma que eventual omissão do sujeito passivo poderia estar em não declarar seu faturamento para a

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

Receita Federal no aplicativo apropriado do Simples Nacional, por se tratar de notas fiscais de saída, o imposto é apurado em conformidade com o art. 79, § 1º da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/2014.

Portanto, a infração descrita no auto de infração não se aplica ao caso concreto, por não se tratar de hipóteses previstas no art. 13, § 1º, inciso XIII da Lei Complementar 123/06.

Acolheu a Impugnação apresentada, deu-lhe provimento e julgou NULO o Auto de Infração nº 2017/000019 SEM ANÁLISE DE MÉRITO.

A Representação Fazendária, manifesta pela confirmação da decisão de primeira instância.

O Sujeito Passivo manifesta estar de acordo com a decisão proferida pelo julgador de primeira instância e manifestação da Representação Fazendária.

É o relatório.

VOTO

Em exame ao Auto de Infração e à Impugnação apresentada, restou demonstrado que se trata de empresa optante pelo Simples Nacional, ademais, convém destacar que, durante o período fiscalizado, o Sujeito Passivo esteve submetido apenas ao regime simplificado de tributação, conforme faz prova a consulta de optante anexada aos autos.

As ações fiscais tendentes a verificar infrações à legislação tributária por empresas optantes do Simples Nacional, deverá ser lavrado Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), emitido por meio do Sefisc. (art. 33, §§ 3º e 4º da LC 123/2006)

E, no caso de descumprimento de obrigações acessórias, deverão ser utilizados os documentos de autuação e lançamento fiscal específicos de cada ente federado, observado o disposto no § 5º. (art. 33, §§ 1º-D e 4º, da LC 123/2006)

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

Desta forma, resta demonstrado que o Agente Autuante não observou a legislação aplicável ao caso concreto.

Cabe frisar que as empresas optantes pelo Simples Nacional fazem seu recolhimento mensal em documento único de arrecadação, com exceção às situações previstas no art. 13, VII, § 1º XIII, "f" da LC 123/2006:

> Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:
> VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;
> (...) § 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:
> XIII - ICMS devido:
> f) na operação ou prestação desacobertadas de documento fiscal;
> No caso em comento, a infração aplicada pelo Agente Autuante refere-se à **"omissão de registro do ICMS normal no livro próprio"**; a regulamentação da submissão encontra-se disciplinada no art. 18 da LC 123/2006.
> 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 irretratável para todo o ano-calendário.

Portanto, indevida a aplicação da infração prevista no art. 44, II da Lei 1.287/2001, bem como a penalidade prevista no art. 48, III, alínea "a" da lei já referida.

Diante do exposto, confirmar a decisão de primeira instância que julgou nulo o Auto de Infração sem análise de mérito.

É como voto.

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

DECISÃO

Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, por unanimidade, em reexame necessário, confirmar a decisão de primeira instância que julgou nulo o auto de infração 2017/000019, sem análise de mérito. O Representante Fazendário Gaspar Maurício Mota de Macedo fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Edson José Ferraz, Luciene Souza Guimarães Passos, Rui José Diel, Delma, Odete Ribeiro, Osmar Defante e Taumaturgo José Rufino Neto. Presidiu a sessão de julgamento aos seis dias do mês de julho de 2023, o conselheiro João Alberto Barbosa Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos vinte e cinco dias do mês de agosto de 2023.

Edson José Ferraz
Conselheiro Relator

João Alberto Barbosa Dias
Presidente

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br