

A. I. Nº - 2321513007/16-7
AUTUADO - EDMILSON FRANCISCO DE SANTANA EIRELI-ME
AUTUANTE - RUBEM FRANCELINO DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 04.11.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0183-04/16

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Razões de defesa insuficientes para elidir a ação fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/06/2016, exige ICMS, no valor de R\$130.599,09, pela falta do seu recolhimento declarado ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional. Período: Exercícios de 2012 a 2015. Multa de 75%.

O contribuinte apresenta defesa tempestiva ao lançamento fiscal (fls. 42/48). Após pontuar a tempestividade de sua defesa, informa ser empresa que exerce a atividade de comércio varejista de madeira e seus artefatos, bem como, de ferragens, ferramentas, construção e de edifícios. E esta atividade é exercida dentro e fora do Estado da Bahia e cumpri com todas as suas obrigações, especialmente, as de natureza tributária.

Em seguida, insurge contra a exigência do imposto por ser optante do Simples Nacional.

Primeiramente ressalta que o Simples Nacional encontra-se inserido nas disposições do RICMS/12 nos seus art. 319 e 320, conforme transcreve. Porém, em uma simples análise *“denota que o ICMS pertence a base de cálculo do Simples Nacional, sendo assim, a totalidade de tributos devidos pelo presente contribuinte foi regularmente adimplido e recolhido pela forma simplificado de tributação”*.

Em assim sendo, uma vez comprovado que o tributo em questão pertence ao Simples Nacional, afirma necessário tecer algumas considerações sobre o mesmo, o que faz transcrevendo texto de uma “cartilha simplificada” e dita produzida pela Receita Federal do Brasil.

Com tais argumentos, informa que é microempresa optante do Simples Nacional e cumpriu todas as exigências da Lei. Em assim sendo, *“o lançamento sobressalente do ICMS, realizada pelo emérito Auditor, não perfaz-se de regular, ora que, não encontra-se nenhuma prova no auto de infração que indique qualquer atitude justificante da aplicação do referido lançamento”*.

E mais. *“A atividade exercida pelo Impugnante, apesar de não regulada pelo Regime de Substituição Tributária, encontra-se, ainda sim, sendo objeto do auto de infração n. 2321513008/1-3, também pela SEFAZ do Estado da Bahia, sendo assim, a própria aplicação da alíquota interestadual do ICMS incorre em um bis in idem, uma vez que, no referido auto de infração, já vem o Estado cobrando a alíquota cheia referente a operação de ICMS, que, por determinação legal, já engloba o valor da alíquota interestadual. Dessa forma, o Impugnante encontra-se sendo duplamente penalizado, primeiro pelo auto de infração ilegal de n. 2321513008/1-3 que cobra valores de ICMS já inclusos na base de cálculo do SIMPLES NACIONAL, depois, pela dupla incidência da carga tributária, quando, mesmo já tendo cobrado no referido auto de infração o valor total do ICMS do respectivo período, ainda sim, autua novamente o contribuinte por uma diferença de alíquota que é, claramente, indevida”*.

A respeito da multa aplicada diz que ela é confiscatória e fere os princípios constitucionais, notadamente o art. 150, IV, da CF/88. Requer o seu afastamento.

Por fim, requer seja julgado totalmente improcedente o crédito lançado no Auto de Infração ora atacado, em virtude: (a) da impossibilidade de cobrança dos créditos listados no Auto de Infração vergastado, face a ausência de responsabilidade tributária em virtude do regular recolhimento dos valores aduzidos pelo emitente da mercadoria no regime do Simples Nacional e, ainda, serem estes créditos já cobrados no auto de infração nº 2321513008/16-3; (b) a realização de perícia para que *“sejam comprovados os equívocos que permearam os trabalhos da Fiscalização, como exposto no tópico acima. O único quesito formulado diz respeito à correção do auto aduzido verificando o recolhimento do imposto pelo emitente do material, apurado por notas fiscais para a cobrança do crédito tributário. A perícia deverá proceder, nesse sentido, ou seja, a uma re-apuração do quantum debeat a fim de descontar, dos valores autuados, os reflexos decorrentes das diferenças apontadas pela Impugnante, por fim”*; (c) o afastamento da multa aplicada pelo seu caráter eminentemente confiscatório.

O autuante presta sua informação fiscal (fls. 63/64). Após indicar a infração ao autuado imputada e sintetizar a defesa apresentada, ressalta o impugnante não combateu diretamente o objeto da autuação.

Afora tal situação, o lançamento fiscal cumpriu todas as determinações legais estabelecidas no RPAF/BA, especialmente o seu art. 41, uma vez que o contribuinte foi devidamente intimado (fl. 07) e os demonstrativos de cálculos (fls. 08/35) foram entregues ao contribuinte, mediante recibo, conforme fl. 37.

A respeito da multa aplicada, informa que ela se encontra inserta no art. 35, da Lei Complementar nº 123/06 e art. 44, da Lei Federal nº 9430/96.

Pugna pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração exige o ICMS pela falta do seu recolhimento declarado ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional.

Rejeito o pedido de perícia aventado pelo impugnante, com base no quanto disposto no art. 147, I e II do RPAF/BA, por entender que, além de não restar demonstrada a sua motivação, os documentos comprobatórios necessários para desconstituir o lançamento fiscal encontram-se na posse da empresa. Caberia a ela apresentar quando de sua defesa, acorde art. 123, do RPAF/BA.

No mais, o Auto de Infração foi lavrado com indicação dos elementos constitutivos (sujeito passivo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os arts 38 a 41 do RPAF/BA. O método de fiscalização está perfeitamente descrito no Auto de Infração e nos papéis de trabalho que o autuado recebeu.

O impugnante se insurge contra a exigência do imposto, entendendo que ele “pertence ao Simples Nacional” e que ao longo do período autuado cumpriu com suas obrigações tributárias, não existindo *“nenhuma prova no auto de infração que indique qualquer atitude justificante da aplicação do referido lançamento”*.

A Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o regime simplificado de apuração dos tributos por parte das micro e pequenas empresas, o chamado Simples Nacional assim dispõe:

Art. 12. Fica instituído o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional (vigente).

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;

Art. 18. 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. 3º.

E a Resolução CGSN nº 94/2011, dispõe:

Art. 38. Os tributos devidos, apurados na forma desta Resolução, deverão ser pagos até o dia 20 (vinte) do mês subsequente àquele em que houver sido auferida a receita bruta. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 21, inciso III)

O RICMS/12, obedecendo a tais determinações assim dispõe:

Art. 304. O ICMS poderá ser apurado pelos seguintes regimes: I - conta-corrente fiscal;

II - sumário;

III - simples nacional.

Art. 319. O Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional obedecerá ao disposto na Lei Complementar Federal nº 123, de 14/12/2006, às resoluções do Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e, no que couber, as normas da legislação do ICMS.

A única exceção do não pagamento mensal do ICMS prevista na norma regulamentar é quando o microempresário, no ano, não ultrapassar receita bruta acumulada de R\$180.000,00, conforme dispõe o seu art. 277, abaixo transcrito e que não é o caso do impugnante.

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).

Diante da norma posta e como o autuado não trouxe aos autos prova para desconstituição do imposto ora exigido, as razões de defesa não possuem o condão de descaracterizar a autuação.

O defendente ainda alega que se está a exigir imposto em duplicidade já que através do Auto de Infração nº 2321513008/16-3 estão incluídos valores pertencentes à base de cálculo do Simples Nacional.

É equivocado o entendimento do autuado. No Auto de Infração nº 2321513008/16-3 o que se exige é o ICMS sobre mercadorias enquadradas no regime da substituição/antecipação tributária e a antecipação parcial, sendo obrigado a realizar, inclusive, a questão as suas segregações quando do cálculo do imposto mensal devido, acorde art. 18, da Lei Complementar nº 123/2006. No presente, o que se exige é o imposto devido mensalmente, com base na receita bruta apurada pelo contribuinte. Em assim sendo, as infrações são independentes e possuem núcleos de incidência tributária diversos, falecendo de argumento legal e fático a pretensão do impugnante.

Por fim, no que toca a multa aplicada, o impugnante requer o seu cancelamento por respeito ao princípio da vedação do confisco.

Sobre tal tema, não cabe a este foro administrativo a discussão, nos termos do art. 167 do RPAF, além do que a multa aplicada obedece ao quanto disposto na legislação tributária do próprio Simples Nacional.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração no valor de R\$130.599,09.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2321513007/16-7**, lavrado contra **EDMILSON FRANCISCO DE SANTAN EIRELI - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$130.599,09**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da

Lei Complementar nº 123/06 e art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

VATÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR