

A. I. N° - 2321513008/16-3  
AUTUADO - EDMILSON FRANCISCO DE SANTANA EIRELI - ME  
AUTUANTE - RUBEM FRANCELINO DE SOUZA  
ORIGEM - INFAZ VAREJO  
PUBLICAÇÃO INTERNET – 04.11.2016

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0188-04/16**

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. Infração não elidida. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO NÃO INCLUÍDAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO/ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. De acordo com o art. 13, §1º, XIII, “g” da Lei Complementar nº 123/2006 é devido o ICMS nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal, com encerramento da tributação e 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, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 13/06/2016, exige ICMS no valor de R\$102.884,52, pelas seguintes irregularidades cometidas contra a legislação tributária deste Estado:

Infração 01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime de Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado em fevereiro e agosto de 2013, outubro de 2014 e novembro a dezembro de 2015. Valor R\$838,75. Multa 60%.

Infração 02 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime de Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado de outubro de 2012 a dezembro de 2014 e fevereiro a dezembro de 2015. Valor R\$102.045,77. Multa 60%.

O contribuinte em sua impugnação (fls. 18/23), através de patrono, 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-se 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 no seu art. 319, 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, diz 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*”.

A respeito da multa aplicada diz que ela é confiscatória ferindo 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, em face da ausência de responsabilidade tributária em virtude do regular recolhimento dos valores aduzidos pelo emitente da mercadoria no regime do Simples Nacional; (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 debeatur 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. 38/39). Após indicar as infrações ao autuado imputadas e sintetizar a defesa apresentada, ressalta que o impugnante não combateu diretamente o objeto da autuação.

Afora tal situação, o lançamento fiscal cumpriu todas as determinações legais estabelecidas no RPAF/BA, especificamente o seu art. 41, uma vez que o contribuinte foi devidamente intimado (fl. 07) e os demonstrativos de cálculos, listas dos DANFES objeto da autuação, arquivos MDF das vendas ECF e resumo da constituição do crédito foram entregues ao contribuinte, mediante recibo, conforme fl. 08.

A respeito da multa aplicada, informa que ela se encontra inserta no art. 42, II da Lei nº 7.014/96.

Pugna pela procedência do Auto de Infração.

## VOTO

As infrações 01 e 02 do presente processo tratam da falta do recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, bem como, da antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime de Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

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 ativo, 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 papeis de trabalho que o autuado recebeu.

Todo o arrazoado do impugnante é que, por estar enquadrado no Simples Nacional, a fiscalização não poderia exigir o imposto na forma imputada já que não existe responsabilidade da sua parte em recolhê-lo. E, com bastante imprecisão, por não restarem claras as suas colocações, também por já ter recolhido o imposto devido na forma de sua condição de enquadramento.

O enquadramento de uma micro e mesmo pequena empresa no regime do Simples Nacional é opção do contribuinte, ou seja, ele, mesmo tendo tal porte, não está obrigado a aderí-lo. Tal situação resta expressa no art. 16, da Lei Complementar nº 123/2006 e Resolução CGSN nº 4, de 30/05/2007 que dispõe sobre a opção pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).

Sendo opcional, cabe a cada um analisar a conveniência, ou não, de realizar tal opção. No entanto, ao fazer esta opção deve, por obrigação, obedecer a todas as regras do regime estabelecidas.

Em assim sendo, determina o art. 13, da Lei Complementar nº 123/2006:

*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:*

[..].

*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; (grifo não original)*

Portanto, é a própria Lei Complementar, que rege o regime de apuração do imposto a qual se encontra incluído o impugnante que dá lastro legal ao imposto ora exigido.

Com base nestas disposições legais, o RICMS/12 assim dispõe:

*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.*

*Art. 321. O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido:*

*I - nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária;*

{...}

*VII - nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros estados e Distrito Federal:*

*a) com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006;*

*b) sem encerramento da tributação (antecipação parcial), hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor, sem prejuízo das reduções previstas nos arts. 273 e 274.*

**Nota:** A redação atual da alínea “b” do inciso VII do caput do art. 321 foi dada pelo Decreto nº 16.032, de 10/04/15, DOE de 11/04/15, efeitos a partir de 11/04/15. Redação originária, efeitos até 10/04/15:

*“b) sem encerramento da tributação (antecipação parcial), hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor, sem prejuízo das reduções previstas nos arts. 273, 274 e 275;”*

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 estadual, mas especificamente no Art. 42 da Lei nº 7.014/96 e no Art. 102, § 2º, II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB).

Diante de toda norma tributária ora exposta e não tendo o impugnante trazido aos autos qualquer prova de que recolheu o imposto ora exigido, somente posso manter as infrações 01 e 02 em sua totalidade.

Voto pela PROCEDÊNCIA do lançamento fiscal.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2321513008/16-3**, lavrado contra **EDMILSON FRANCISCO DE SANTANA EIRELI - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$102.884,52**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2016.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR