

A. I. Nº - 210316.3015/16-5
AUTUADO - RMS METAL INDÚSTRIA DE ARTEFATOS METÁLICOS LTDA. –EPP
AUTUANTE - JOSE ALMIR GOMES AMORIM
ORIGEM - INFAZ V CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 27.03.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0013-02/17

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Contribuinte enquadrado no regime de tributação do Simples Nacional, que auferir receita, por circulação de mercadoria acobertada pelo instituto da substituição tributária deverá recolher o ICMS sobre a operação própria na forma do Simples Nacional, e, na condição de substituto tributário, deverá recolher o ICMS retido devido por substituição tributária diretamente ao ente detentor da respectiva competência tributária. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/09/2016, exige ICMS no valor de R\$ 36.603,52, conforme documentos às fls. 6 a 18 dos autos, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 – 07.02.01: Deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado no período de janeiro a dezembro de 2015. Lançado ICMS no valor de R\$36.603,52, com enquadramento no artigo 8º inciso II da Lei 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS publicado pelo Decreto 13.780/2012 e multa aplicada na forma do artigo 42, inc. V, alínea “a”, da Lei 7.014/96.

O contribuinte apresenta defesa, às fl. 22/27 dos autos, na qual impugna a autuação, conforme os argumentos que a seguir passo a discurrir:

Diz que é uma pessoa jurídica regida pela Lei de Microempresa e Simples Nacional, com percentual de tributação inferior ao aplicado na autuação. Desse modo, diz impugnar a autuação de forma parcial.

Destaca que houve excesso na autuação, pois a alíquota correta é de 2,84%, Com essa alíquota, apresenta novo demonstrativo para a infração, ao qual destaca três datas de ocorrências, para o qual identifica uma redução de R\$6.114,94 no valor do débito apontado, ao tempo que pede sua correção.

Observa, também, que o Auto de Infração aplica multa de 150%, que, à luz do entendimento, constitui em excesso e abuso de poder. Cita ementa de decisão do STF, relacionada a decisões sobre inconstitucionalidade de multa cujo valor é superior ao tributo devido.

Desta forma, impugna os valores e métodos aplicados na autuação, para que seja revisto com respeito às previsões tributárias relativas às pequenas empresas com tributação diferenciada.

Traz aos autos considerações sobre a não observância aos requisitos do Auto de Infração. Após traçar algumas considerações, diz que não houve registro no Auto de Infração uma descrição clara e precisa da ocorrência que caracteriza a infração.

Diz que em momento algum a autoridade fiscalizadora mencionou expressamente, qual a possível desobediência cometida pela autuada, fazendo tão somente menção à falta de recolhimento do ICMS antecipado.

Aduz que cabe a Constituição Federal atribuir a devida competência tributária dos entes Federados, bem como dividir entre estes o poder de instituir e exigir os tributos. Tal atribuição, bem como a divisão desses tributos, estão previstas nos artigos 153 a 156 da Carta Magna.

Traz, também, considerações sobre o que considera sujeito passivo da obrigação tributária, conforme esculpido no artigo 121, inciso I, do CTN, que é aquele Contribuinte que tenha relação pessoal e direta da situação que constitua o fato gerador. Cita o art. 4º da LC 87/96.

Apresenta considerações sobre os termos do artigo 155, parágrafo 2º, alínea “b”, da CF/88, que diz relacionar a aplicação de alíquota interna aos não contribuintes do ICMS, não cabendo o recolhimento de diferencial de alíquotas.

Diz, assim, que a forma como se deu a exigência apurada no Auto de Infração, não deve proceder, tendo em vista a não ocorrência do fato gerador referente ao diferencial de alíquota a ser recolhido pela Autuada, que diz ter demonstrado inexistente, não havendo obrigação tributária que respalde a exigência fiscal.

Traça outras considerações de improcedência do processo administrativo fiscal, em seguida requer, dentre outras relacionadas na defesa (fl. 27) a improcedência da autuação, anulação das multas aplicadas e liquidação do tributo no valor de R\$6.114,94.

O Fiscal Autuante, às fls. 33/40 dos autos, desenvolve sua Informação Fiscal, a qual passo a expor:

Diz que, para subsidiar o entendimento deste Conselho Julgador, transcreve, de forma inicial, todo o conteúdo da Impugnação do Auto de Infração. Em seguida, à fl. 39, apresenta a informação fiscal propriamente dita sobre a defesa apresentada.

Destaca que, a partir do Programa de Fiscalização PRODIFE, com as informações extraídas do INC Fiscal – Recolhimentos, notas fiscais eletrônicas - 2012, 2013, 2014 e 2015 – Scomt; após realização dos batimentos, forma gerados os demonstrativos a seguir relacionados: *“demonstrativo 1º – substituição tributária – saídas/ falta de pagamento ICMS devido na condição de substituto tributário”*; *“demonstrativo 1º.2 - resumo/falta de pagamento do ICMS devido por antecipação”*.

Diz, então, que, após análise das alegações do defendente, consubstanciado no art. 8º, inc. II, da Lei 7.014/96 c/c art. 289 do RICMS publicado pelo Decreto 13.780/2012, está convicto da autuação e mantém o PAF em questão na sua totalidade.

Pede que este Conselho de Fazenda julgue procedente o Auto de Infração em tela.

VOTO

Inicialmente, há de se ressaltar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, visto que a acusação consta os dispositivos legais tidos como infringidos e está devidamente lastreada por demonstrativos analíticos em CD e documentos fiscais, conforme se pode observar às fls. 7 a 17 dos autos, com ciência do representante legal ou preposto à fl. 16, por Termo de Recepção de Arquivo Eletrônicos do Auto de Infração na forma da legislação.

Preliminarmente a defendente coloca em relevo aspectos de nulidade, sob a perspectiva de que a infração não foi descrita de forma clara, precisa e sucinta, bem assim de que a autoridade fiscalizadora em nenhum momento mencionou expressamente qual a possível desobediência cometida; o que, à luz das documentações acostadas aos autos, entendo não restar razão, vez que a infração relacionada no Auto de Infração, objeto em análise, está com a descrição, enquadramento e tipificação, clara e precisamente apresentada, contando ainda com demonstrativos de débitos bem detalhados que fazem partes integrantes dos papeis de trabalho que dão fundamentação à autuação.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ao sujeito passivo o ICMS retido de R\$36.603,52, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, relativo ao período de janeiro a

dezembro de 2015, de mercadorias elencadas na substituição tributária, com enquadramento no artigo 8º inciso II da Lei 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS publicado pelo Decreto 13.780/2012, ora impugnado.

No mérito, a alegação da defesa diz respeito especificamente ao fato de estar amparo no instituto do Simples Nacional, em que diz ser tributado à alíquota de 2,84%, onde à luz do seu entendimento, com a aplicação dessa alíquota sobre a base de cálculo apontada no demonstrativo de débito da autuação, o imposto devido deveria ser reduzido para o valor de R\$6.114,94.

Estar enquadrado no regime simplificado do Simples Nacional, não desobriga o defendente de seguir as orientações do instituto da Substituição Tributária no âmbito do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em relação a operações de circulação de mercadorias enquadradas nesse instituto, que é o objeto da autuação em análise, com enquadramento no artigo 8º inciso II da Lei 7.014/96, , c/c art. 289 do RICMS publicado pelo Decreto 13.780/2012, a seguir destacados:

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;

...

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.

Como tal, vê-se no demonstrativo, que faz parte integrante do CD à fl. 17, relativo aos papéis de trabalho que fundamentam a autuação - “*Demonstrativo 1A – substituição tributária – saídas*”, informações das mercadorias comercializadas - bobina, ferrolho, lança, grampo, etc – onde se tem “*nº da nota fiscal*”, “*Chave da NF-e*”, “*data de emissão*”, “*CNPJ do destinatário*”, “*CFOP*”, *no caso específico*, “*5.401...*”, “*NCM*”, “*valor da nota fiscal*”, “*ICMS normal destacado*” “*MVA*”, “*valor do ICMS-ST Retido*”, entre outras informações necessárias à fundamentação da autuação.

Em relação aos papéis de trabalho que fundamentam a autuação não há discordância do defendente quanto às mercadorias estarem enquadradas no regime da substituição tributária, a discordância passa pelo enquadramento do defendente estar amparado pelo regime simplificado do Simples Nacional, com tributação à alíquota de 2, 84%, o que, à luz do seu entendimento, o cálculo do ICMS-ST deveria ser com base nessa alíquota.

Tal assertiva não se apresenta procedente no que depreende a legislação do Simples Nacional em se tratando de comercialização de mercadorias enquadradas no instituto da substituição tributária. Na condição de substituta tributária a indústria optante do Simples Nacional, no caso dos autos a defendente, deverá recolher à parte o ICMS devido por substituição diretamente ao ente detentor da respectiva competência tributária. O ICMS próprio, por sua vez, deverá ser recolhido dentro do Simples Nacional. A sistemática de cálculo está prevista nos artigos 13, § 6º, inc. I e 18 § 4º-A, inciso I, da Lei Complementar 123/2006, com redação dada pela Lei Complementar 128/2008.

Nesse sentido, o contribuinte enquadrado no regime de tributação do Simples Nacional, que auferir receita, por circulação de mercadoria acobertada pelo instituto da substituição tributária deverá recolher o ICMS sobre a operação própria na forma do Simples Nacional, e, na condição de substituto tributário, deverá recolher o ICMS retido devido por substituição tributária diretamente ao ente detentor da respectiva competência tributária, na forma do art. 25-A, § 6º, incisos I e II, da Resolução CGSN nº 94/11, que dispõe sobre o Simples Nacional.

A autuação, objeto em análise, diz respeito especificamente ao ICMS retido, decorrentes das mercadorias acobertadas pelo instituto da substituição tributária, relativas às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, dentro do período de janeiro a dezembro de 2015, conforme demonstrativo, que faz parte integrante do CD à fl. 17. Neste sentido, entendo subsistente a autuação. Infração 1 procedente.

Saliento que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99. Cabe destacar, portanto, que o Auto de Infração obedeceu em sua lavratura ao disposto no art. 39 do citado diploma legal, e se encontra apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, sendo que o Fiscal Autuante cumpriu o seu dever funcional em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA TOTAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210316.3015/16-5**, lavrado contra **RMS METAL INDÚSTRIA DE ARTEFATOS METÁLICOS LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36.603,52**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, incisos V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR