

A.I. Nº - 211841.3052/16-8  
AUTUADO - IBIRA COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE MÓVEIS LTDA.  
AUTUANTE - CARLOS LUIZ DA LUZ EVANGELISTA  
ORIGEM - INFAC ILHÉUS  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 07/03/2017

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0014-03/17

**EMENTA:** ICMS. EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. SAÍDAS DE MERCADORIAS ACOBERTADAS COM DOCUMENTAÇÃO FISCAL NÃO DECLARADAS PELO CONTRIBUINTE. O procedimento fiscal, neste caso, foi executado considerando a apuração do imposto de forma não prevista para as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo regime do Simples Nacional, em contradição com o previsto pela Lei Complementar nº 123/2006 e pela Resolução CGSN nº 94/2011. Recomendação do refazimento do procedimento fiscal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 25/09/2016, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$208.970,31 em decorrência da falta de recolhimento do ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, referentes aos meses de fevereiro a setembro de 2016, acrescido da multa de 60%. Consta ainda a seguinte informação: "*Efetuou operações tributáveis sem o respectivo pagamento do ICMS, constatado na realização de diversas vendas de mercadorias, sem comprovação da origem e/ou registro das entradas, configurando operações de entrada de mercadorias sem a devida documentação fiscal.*"

O autuado apresentou defesa (fls. 29 a 31) onde, após efetuar uma síntese dos fatos, diz não reconhecer os lançamentos de ICMS efetuados pelo autuante, pois não foi levado em consideração a sua condição do autuado de optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples.

Acrescenta que também não é verdadeira a afirmação do autuante de que as vendas de mercadorias, foram realizadas sem comprovação de origem e/ou registro, baseada nas informações obtidas no banco de dados da Sefaz – NFE, do movimento de compras de 01.01.2016 a 31/08/2016.

Diz que facilmente contata-se o total de compras de R\$112.244,85, além de que até o mês de outubro de 2016 tinha como atividade a fabricação de móveis e como teve problemas de manutenção de equipamentos terceirizou o processo de fabricação junto a empresa: JAMC – COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA, conforme contrato que anexou.

Reconhece que estava inadimplente com o Fisco em relação ao recolhimento do SIMPLES – neste mesmo período, janeiro a Setembro de 2016, por atraso de pagamento das faturas, por parte dos Órgãos públicos, seus clientes em potencial.

Destaca que por dificuldades no momento em parcelar o débito referente a esse período (01/2016 a 09/2016), junto a Receita Federal, motivado por problemas operacionais do sistema da Receita Federal, está destacando as parcelas devidas do ICMS e reconhecendo como parte legal dos lançamentos que deveria ser efetuado pelo autuante a importância de R\$ 24.879,03. Apresenta demonstrativo mensal destes lançamentos do ICMS, apurado pelo Simples, tendo como sujeito ativo a Receita Estadual (ICMS).

Conclui que em razão do erro objetivamente demonstrado que determinou o vício da constituição do crédito tributário solicita a anulação de parte do Auto de Infração, e informa que estará o parcelando a parte reconhecida.

O autuante ao prestar a informação fiscal às fls. 62/66 após fazer um resumo dos argumentos defensivos esclarece que o Auto de Infração foi lavrado em razão do autuado ter realizado operações ou prestações tributáveis sem o respectivo pagamento do ICMS, constatado na realização de diversas vendas de mercadorias, sem comprovação da origem e/ou registro das entradas, configurando operações de entrada de mercadorias sem a devida documentação fiscal comprobatória.

Entende ser descabida a alegação do autuado quando afirma que o valor apurado não levou em consideração a condição de Simples Nacional da empresa, pois na lavratura do Auto de infração levou em consideração as operações de vendas realizadas pelo autuado, no montante de R\$ 208.970,31, sem comprovação da origem e/ou registro das entradas, configurando operações de mercadorias sem a devida documentação fiscal. Transcreve o inciso VI do art.321do RAICMA/BA.

Aduz que as mercadorias constantes das compras realizadas pelo autuado no período de 01/01/2016 a 31/08/2016 no valor de R\$112.244,85, não tem nenhuma referência com as mercadorias vendidas para os destinatários (Órgãos Públicos) discriminadas nas Notas Fiscais cujas cópias anexou, pois observa-se, claramente, no campo discriminação dos produtos de todas as Notas Fiscais de compra, que as mercadorias não são as mesmas vendidas para os órgãos públicos.

Quanto a alegação do autuado de que há movimentação de compras para justificar a origem de parte das mercadorias vendidas, não pode prosperar, pela total falta de relação dos produtos.

Rejeita a alegação do autuado de que terceirizou o processo de fabricação de móveis por problemas de manutenção de equipamentos, para a empresa JAMC-COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA e que os custos de mão de obra e parte dos materiais aplicados no valor de R\$156.433,18 foram suportados e repassados para a supracitada empresa terceirizada, pois não foi justificada a origem das mercadorias e este fato não exclui o autuado da figura de sujeito passivo da obrigação tributária.

Informa que não consta no sistema SEFAZ nenhum pagamento realizado pelo autuado no ano de 2015 e 2016, conforme demonstrado nas fls. 06 e 07 e que o próprio autuado reconhece sua inadimplência de ICMS-SIMPLES NACIONAL no ano de 2016 e solicita parcelamento para pagamento (fls. 36 a 51) no valor de R\$24.879,03.

Finaliza reafirmando que o autuado realizou operações de venda de mercadorias, exclusivamente, para diversos órgãos públicos deste Estado da Bahia, no valor total de R\$ 208.970,31 (Duzentos e oito mil, novecentos e setenta reais, trinta e um centavos), conforme fls. 11, 12, 13 e 14, sem comprovação da origem e/ou registro das entradas, configurando operações de entrada de mercadorias sem a devida documentação fiscal, infringindo o Art. 40, § 4º, comb. Art. 42, inc. I alínea "d" da Lei 7.014 de 04 de dezembro de 1996.

## VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, não ter recolhido o ICMS.

Consta ainda dos autos que: "*Efetuou operações tributáveis sem o respectivo pagamento do ICMS, constatado na realização de diversas vendas de mercadorias, sem comprovação da origem e/ou registro das entradas, configurando operações de entrada de mercadorias sem a devida documentação fiscal.*"

Em sua defesa, a empresa autuada alega existência de ilegalidade do procedimento adotado para apuração do imposto, pois não foi considerada a sua condição de optante pelo regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional.

O autuante em sua Informação Fiscal rebateu este argumento afirmando que: o “*Auto de Infração levou em consideração as operações de vendas realizadas pelo autuado, no montante de R\$ 208.970,31, sem comprovação da origem e/ou registro das entradas operações de entrada, configurando operações de mercadorias sem a devida documentação fiscal. Citou o inciso VI do art. 321 do RAIMS/12.*

Da análise dos documentos que compõe os autos, verifico que a fiscalização elaborou o demonstrativo de fls.11/13, elencando Notas Fiscais eletrônicas de saídas emitidas pelo sujeito passivo, aplicando o percentual de 17% para apuração do imposto devido.

Por outro lado verifico que o contribuinte à época dos fatos geradores efetivamente era optante pelo regime do Simples Nacional, conforme se verifica no extrato emitido pelo Sistema INC desta Secretaria anexado à fl. 04.

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.

O artigo 18 da referida Lei estabelece que “*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*”.

Por outro lado o inciso XIII do §1º do artigo 13 da citada Lei dimensiona, especificamente as operações alcançadas pelo ICMS que estão excluídas do cálculo do Simples Nacional:

*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:*

*a) nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária .....*

*b) por terceiro, a que o contribuinte se ache obrigado, por força da legislação estadual ou distrital vigente;*

*c) na entrada, no território do Estado ou do Distrito Federal, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, bem como energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou industrialização;*

*d) por ocasião do desembarque aduaneiro;*

*e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacobertada de documento fiscal;*

*f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;*

*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;*

*h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;*

Já o art. art. 321 do RICMS/BA, que está em conformidade com o dispositivo da Lei Complementar 123/2006 anteriormente transscrito determina:

“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 concentrada em uma única etapa (monofásica) e sujeitas ao regime de antecipação.....;*

*II - por terceiro, a que o contribuinte se ache obrigado, por força da legislação estadual ou distrital vigente; III - na entrada, no território do Estado ou do Distrito Federal, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, bem como energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou industrialização;*

*IV - por ocasião do desembarço aduaneiro;*

*V - na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacobertada de documento fiscal;*

*VI - na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;*

*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. “*

Da leitura dos mencionados dispositivos legais verifico que as operações excluídas do cálculo do Simples Nacional estão elencadas no inciso XIII do §1º do artigo 13 da Lei Complementar 123/2006 e reproduzida no art. 321 do RICMS/16. Portanto, não vejo na legislação relacionada ao Simples Nacional, qualquer situação em que se autorize exigência do imposto com base no tratamento dado aos demais contribuintes que apuram o imposto considerando o regime normal de apuração, em se tratando de saídas de mercadorias não declaradas pelo contribuinte, já que todas operações objeto da acusação foram oriundas de notas fiscais de saídas emitidas pelo contribuinte e não declaradas, diferentemente do entendimento do autuante que classificou a infração como “operação de entrada de mercadorias sem a devida documentação fiscal”.

Ademais, observo que a forma de apuração do imposto no presente lançamento viola o princípio da não cumulatividade uma vez que se fez uma exigência tributária com base no regime normal, com a aplicação da alíquota de 17% sem a concessão de quaisquer créditos inerente às aquisições.

Conforme estabelece o art. 18 V do RPAF/BA é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração. Por isso concluo pela nulidade do presente lançamento.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, observando ainda o disposto na legislação do Simples Nacional, observando a Lei Complementar nº 123/2006 e Resoluções do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN).

Ante ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **211841.3052/16-8**, lavrado contra **IBIRÁ COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE MÓVEIS LTDA**.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de janeiro de 2017

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR