

A. I. N° - 217445.0006/17-5
AUTUADO - CERÂMICA IBICARAI LTDA - EPP.
AUTUANTE - JOAQUIM NETO DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 14. 03. 2018

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0010-01/18

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. BLOCOS CERÂMICOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Excluído do regime favorecido Simples Nacional, a partir de 31.12.14, o autuado ficou sujeito às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. A base de cálculo das mercadorias objeto da autuação é apurada mediante aplicação da pauta fiscal, conforme estabelece o artigo 19 da Lei n° 7.104/96. A fiscalização agiu conforme a legislação do imposto, considerando o crédito presumido das operações com produtos cerâmicos (art. 270, RICMS/BA) e os valores do ICMS indevidamente recolhidos na forma do Simples Nacional. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 02/03/2017, tendo em vista a apuração da irregularidade a seguir descrita: *“Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na apuração dos valores do imposto”*.

Consta ainda, que a empresa recolheu erroneamente, ICMS com o Simples Nacional, quando, na verdade, o regime de apuração é de Conta Corrente. Assim, foi cobrado ICMS nas saídas e apropriados os pagamentos referentes ao Simples Nacional. Período: janeiro/dezembro de 2015 e janeiro/dezembro de 2016. Valor R\$776.065,01 e multa de 60%.

Na defesa apresentada (fls. 68/75), através de seu advogado habilitado nos autos, sublinha que *“o fisco não exprime um interesse em conflito, contraposto ao particular, contribuinte, desempenha, antes, uma atividade disciplinada de colaboração para a busca da verdade material”*.

Explica que se vinculou ao sistema SIMPLES NACIONAL, no ano de 2006, contudo, para sua surpresa, e sem que houvesse cometido quaisquer das condutas previstas em lei que autorizam a sua exclusão deste regime, foi informado de que estaria, a partir do exercício de 2015, submetido ao regime normal de apuração do Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços – ICMS. Por considerar ilegal a dita exclusão, protocolou justificativa, onde demonstrou que os débitos existentes estavam ao abrigo de parcelamento, e com recolhimento regular. A Receita Federal indeferiu o pedido sob a alegação de que a exclusão não decorreu de tais débitos, mas sim de dívidas trabalhistas (DOC. 02), que na verdade não existem. Diz ainda que a decisão somente foi comunicada ao final do exercício de 2015 (DOC 02).

Dessa forma, preposto fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia – SEFAZ o intimou em 2017, para que apresentasse documentos para procedimentos de auditoria. Ao final de tais procedimentos, foi-lhe imposta exigência tributária decorrente de apuração do ICMS pelo regime normal, e de alteração dos valores contidos nas notas fiscais, substituindo-os por valores previstos em pauta fiscal.

Entende que a autuação imposta não pode prevalecer, posto que a exclusão do SIMPLES NACIONAL ocorreu de forma equivocada, e a aplicação de pauta fiscal fere determinações legais e vai de encontro a jurisprudência sedimentada em nossos Tribunais.

Discorre sobre tal exclusão, cujas regras estão previstas no art. 17 da LC 123/06, aduzindo que nenhuma delas lhe pode ser aplicada; diz que ingressará com ação judicial visando a anulação do

ato de exclusão, uma vez que tem como fundamento a existência de dívidas trabalhistas.

Defende o Princípio da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência (art. 170, CF88), para combater os valores determinados em “pauta fiscal” que sevem de base de cálculo de imposto. Cita a doutrina e a jurisprudência.

Argumenta que, mesmo que a exclusão não tivesse ocorrido de forma indevida, a presente autuação não poderia prosperar, nos moldes em que foi efetivada, posto que desatendeu a legislação vigente, quando alterou valores de operações cujos documentos fiscais foram regularmente emitidos e escriturados, e neles se encontram lançados os valores reais das operações comerciais.

Diz que todos os documentos foram colocados à disposição do fisco, para o preposto fiscal procedesse aos exames que entendesse necessário. Ainda assim, o agente desconsiderou os valores constantes das notas fiscais apresentadas e alterou a base de cálculo das operações realizadas, tomando por base valores constantes de “pauta fiscal”. Sublinha que a base de cálculo subordina-se ao Princípio da Reserva Legal (art. 146, III, CF88).

O Código Tributário Nacional, que tem status de lei complementar, por sua vez, autoriza que a legislação ordinária estabeleça fixação de alíquotas e base de cálculo (art. 97).

Em respeito à norma de hierarquia superior, a Lei estadual 7.014/96, que disciplina as operações com incidência do Imposto sobre a circulação de mercadorias e prestação de serviços, estabeleceu, em seu art. 17, inciso III, combinado com o art. 4º inciso I que a base de cálculo do ICMS é o valor da operação, no momento da saída do estabelecimento do contribuinte.

Assevera que a jurisprudência condena o uso da pauta fiscal. Este Conselho de Fazenda, em Acórdão de número CJF 0091-12/2003, ao declarar a procedência de exigência tributária, o fez reconhecendo que a autuação atendia à determinação judicial, uma vez que considerou os valores constantes do documento fiscal e não aqueles previstos em pauta fiscal.

Completa que é ilegal a fixação da base de cálculo, tendo como lastro valores impostos através de pauta fiscal. Em face disto, apresentou demonstrativo (DOC 03), refez os cálculos do autuante e, utilizando os valores efetivamente destacados nos documentos fiscais, reduziu a exigência para R\$282.364,38.

Conclui que, é indevida a exclusão da empresa do regime do Simples Nacional; por consequência, ainda que judicialmente, também será anulada a autuação estadual; ainda que não o fosse, seria necessário proceder-se a alteração do valor do ICMS exigido, uma vez que lastreado em base ilegal (pauta fiscal), a sua invalidade já foi declarada pelo Superior Tribunal de Justiça, na forma da Sumula 431, que é adotado por todos os Tribunais pátrios, incluindo o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Pede a total improcedência da exigência tributária; ou que seja considerado para efeito de base de cálculo os valores efetivamente lançados nos documentos fiscais.

O Auditor Fiscal presta Informação (fls. 82/88), aduzindo que a infração apurada consta do demonstrativo de fls. 04/05, 07/18, 21 e 23 a 63, além da mídia (CD), com todas as planilhas e demonstrativos fornecidos à impugnante, conforme consta do recibo de fl. 20. Diz que os autos estão devidamente instruídos, na forma dos artigos 26, 39, RPAF/BA.

Aduz que o impugnante deveria exercer sua defesa acompanhada das provas, documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações (art. 123). Os documentos, apresentados pela impugnante, são insuficientes para elidir a autuação.

Explica que tomou por base os dados constantes dos arquivos da SEFAZ (INC-Arrecadação, dentre outros), e dos apurados através de levantamentos obtidos nos documentos fiscais emitidos e fornecidos pelo próprio autuado; documentação posteriormente devolvida. Chegou ao resultado que implicou a lavratura do auto de infração.

Contesta a alegação defensiva, aduzindo que o débito está devidamente demonstrado, através das citadas planilhas, e a autuação esta fundamentada na legislação que regulamenta a matéria enfocada, descrita no próprio processo administrativo fiscal acima referido. Diz que o autuado poderia utilizar a prerrogativa legal da consulta (artigos 55 e 62, do RPAF/BA).

Quanto à exclusão da autuada do Simples Nacional, opina que o autuado deveria ter adotado as medidas necessárias e previstas nas normas atinentes ao caso para a sua devida regularização, e que não foi excluído pelo Estado da Bahia. Trata-se, pois, de empresa de pequeno porte com forma de apuração do imposto através de conta corrente fiscal, portanto não optante pelo simples nacional.

Diz que o procedimento adotado está previsto na legislação tributária deste Estado, e não há qualquer ilegalidade ou mesmo, inconstitucionalidade na sua aplicação, porquanto, a pauta fiscal é um instituto que o Supremo Tribunal Federal através da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade), sob o número 1.851-4, em que foi relator o ministro Ilmar Galvão, que declarou a constitucionalidade da utilização das pautas fiscais, afastando assim, a tese defensiva de infringência aos princípios da legalidade e tipicidade cerrada.

Assente que o autuado não poderia se utilizar dos benefícios previstos pela LC 123/06, deixando de recolher o ICMS efetivamente devido, haja vista a sua exclusão a partir de 31.12.2014.

Pede que o Auto de infração seja julgado procedente.

É o relatório.

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla a apuração da infração descrita e relatada na inicial dos autos, que será objeto da apreciação nas linhas seguintes.

Acusa o Auditor Fiscal que a empresa recolheu equivocadamente o ICMS com Simples Nacional, quando, na verdade, o regime de apuração é de Conta Corrente. Foi exigido ICMS das operações das saídas, apropriados os pagamentos feitos ao Simples Nacional, no total de R\$776.065,01.

Argumenta o sujeito passivo que, vinculado ao SIMPLES NACIONAL desde 2006, foi informado que estaria no regime normal de apuração do ICMS, a partir do exercício de 2015. Protocolou justificativa de parcelamento e regularidade dos débitos, indeferida pela Receita Federal informando que se tratava de dívidas trabalhistas, inexistentes.

Preliminarmente, verifico que o autuado é uma Sociedade Empresaria e Limitada, que explora a atividade de fabricação de artefatos de cerâmica e barro cozido para uso na construção, exceto azulejos e pisos, na condição de *Empresa de Pequeno Porte* e forma de pagamento *conta corrente fiscal*.

Sua exclusão do Simples Nacional data de 31.12.2014, conforme consta dos seus dados cadastrais, arquivados nessa SEFAZ – Secretaria de Fazenda do Estado.

Sabe-se que a competência para excluir de ofício ME ou EPP do Simples Nacional, é da Receita Federal do Brasil (RFB) e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município, art. 33 da Lei Complementar nº 123/06. Todo o processo de exclusão está previsto na LC nº 123/06 (art. 17, inciso V), que regulamentou o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, em conjunto com a Resolução nº 94/2011 do Comitê Gestor do Simples Nacional.

A ME ou EPP excluída do Simples Nacional, sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Inverossímil a alegação defensiva de equívoco na sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, em face à

existência de processo regular pela Receita Federal, para exclusão do regime tributário do Simples Nacional dos contribuintes que estejam inadimplentes com tributos administrados por este órgão ou pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), além dos débitos de contribuições previdenciárias.

A regularização dos débitos dentro do prazo de 30 dias, contados da ciência do Ato Declaratório de Exclusão do Simples Nacional – ADE, implicará o cancelamento automático da exclusão da pessoa jurídica do regime do Simples Nacional. Em contrário, a não regularização de todos os débitos dentro do prazo citado, implicará a exclusão de ofício da pessoa jurídica do Simples Nacional.

A possibilidade de ingresso com ação judicial, visando a anulação do ato de exclusão, conforme também alega o autuado, é direito constitucional garantido como cláusula pétreia, disposta no art. 5º, LV da CF/88. Qualquer providencia nesse sentido, contudo, não consta dos autos.

Reclama, ainda, o contribuinte, que emitiu regularmente os documentos fiscais, lançando os reais valores das operações comerciais, que foram desconsiderados pelo agente fiscal, alterando as respectivas bases de cálculo, e adotou os valores constantes de “pauta fiscal”.

O direito igualmente não socorre o impugnante. A base de cálculo das mercadorias objeto da autuação (blocos cerâmicos), é apurada mediante aplicação da pauta fiscal, e o imposto será lançado, sempre, pela mencionada pauta fiscal, nas operações com blocos, tijolos, telhas, manilhas, ladrilhos e outros produtos cerâmicos, conforme estabelece o artigo 19 da Lei nº 7.104/96, abaixo reproduzido:

Art. 19. A base de cálculo do ICMS poderá ser fixada mediante pauta fiscal, de acordo com a média de preços praticados no Estado, para efeito de pagamento do imposto, quando o preço declarado pelo contribuinte for inferior ao de mercado ou quando for difícil a apuração do valor real da operação ou prestação:

(...)

III - nas operações com blocos, tijolos, telhas, manilhas, ladrilhos e outros produtos de uso em construção civil em cuja fabricação seja utilizada como matéria-prima argila ou barro cozido;

§ 1º O imposto será lançado, sempre, pela pauta fiscal, nas operações com gado, com sucatas, fragmentos, retalhos ou resíduos de materiais e com os produtos cerâmicos citados no inciso III deste artigo.

O Regulamento do ICMS vigente à época da autuação (Decreto nº 13.780/12) reproduz a norma:

Art. 490-A. A pauta fiscal, média ponderada de preços praticados no mercado estabelecida através de instrução normativa do Superintendente de Administração Tributária, será utilizada como base de cálculo do ICMS próprio:

(...)

II- nas operações com blocos, tijolos, telhas, manilhas, ladrilhos e outros produtos de uso em construção civil em cuja fabricação seja utilizada como matéria-prima argila ou barro cozido;

É Correto afirmar que, a adoção das pautas fiscais e suas razões de praticidade, não podem prevalecer sobre o valor da operação, da segurança e certeza da tributação, pois como princípios constitucionalmente garantidos, exigem que os contribuintes apenas recolham tributos no exato valor que devem. O demonstrativo fiscal discriminou cada operação realizada pelo contribuinte, cujo ICMS foi recolhido indevidamente na forma do Simples Nacional.

O contribuinte apenas apresentou em contrapartida, um relatório sintético, admitindo um débito no valor de R\$282.364,38 (fl. 80). Não logrou provar a ocorrência de ICMS que teria incidido a maior pela adoção de pauta fiscal, confrontando os valores efetivos das operações realizadas.

A fiscalização agiu em conformidade com a legislação, no caso em concreto. Considerou os valores de créditos presumidos estabelecidos para tais operações (art. 270, RICMS/BA); retirou do débito apurado, os valores do ICMS indevidamente, recolhidos na forma do Simples Nacional.

Portanto, no momento da autuação, janeiro de 2015 a dezembro de 2016, o contribuinte autuado já havia sido excluído regularmente do regime diferenciado, simplificado e favorecido para as

Microempresas e às Empresas de Pequeno Porte, e o autuado deixou de fazer os competentes recolhimentos do ICMS, no período.

A infração está caracterizada, no valor de R\$776.065,01.

É o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217445.0006/17-5**, lavrado contra **CERÂMICA IBICARAI LTDA - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$776.065,01**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a”, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais previstos pela Lei nº 3.956/81.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de fevereiro de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR