ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 0005580-67.2012.815.0011.
Relator : *Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho.*
Origem : *1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campina Grande.*
Apelante : *Ótica Macambira LTDA.*
Advogada : *Amanda Costa Souza Villarim – OAB/PB Nº 13.314.*
Apelado : *Estado da Paraíba.*
Procurador : *Flávio Luiz Avelar Rodrigues Filho.*

APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA E OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. EMPRESA OPTANTE DO PROGRAMA SIMPLES NACIONAL. OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL. ICMS. CIRCUNSTÂNCIA NÃO ALCANÇADA PELO REGIME TRIBUTÁRIO ESPECIAL. OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL ÀS DEMAIS PESSOAS JURÍDICAS. ALÍQUOTA REDUZIDA. DESCABIMENTO. ART. 13, §1º, INCISO XIII, ALÍNEA "F" DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06. DESPROVIMENTO.

- O regime do SIMPLES Nacional não alcança o pagamento do imposto devido decorrente de algumas circunstâncias especificamente consideradas, previstas no art. 13, §1º, da Lei Complementar nº 123/06.

- Ainda que o estabelecimento seja optante do regime diferenciado, no caso de ICMS devido em razão da falta de recolhimento do tributo sobre operação ou prestação desacobertada de documento fiscal, a

Fazenda Pública Estadual torna-se autorizada para efetuar a cobrança do imposto, na forma da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, não havendo que se falar em ilegalidade ou incidência de alíquota mais benéfica.

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos. ACORDA a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, negar provimento ao apelo, nos termos do voto do relator, unânime.

Trata-se de **Apelação Cível** manejada pela **Ótica Macambira LTDA**. em face de sentença proferida nos autos da "ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária c/c obrigação de não fazer", movida em face do **Estado da Paraíba**, que julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Em suas razões (fls. 126/135), sustenta a apelante ser empresa optante do Simples Nacional. Informou ter sido notificada pela Fazenda Pública Estadual para pagar ICMS por presunção de saída, com alíquota diversa daquela aplicada no sistema simplificado de tributação. Defende, em síntese, ser vedado ao Fisco estadual fiscalizar o pagamento de tributo isoladamente, haja vista que tal competência deve ser exercida pelos três entes públicos, conjuntamente, a teor do disposto no 77 da Lei Complementar nº 123/06.

Aduz que o recolhimento do ICMS deve se dar por meio de SEFISC, com recolhimento ao tesouro e posterior repartição entre os entes tributantes envolvidos.

Requer, ao final, o provimento do apelo para reforma da sentença recorrida, julgando-se procedentes os pedidos iniciais, para que seja declarada a inexistência de relação jurídica entre a apelante e o Estado da Paraíba, bem como seja determinada que o réu se abstenha em exigir o tributo fora da regência do sistema do Simples Nacional.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 153/159, pela manutenção da sentença recorrida.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo prosseguimento do recurso, sem manifestação do mérito (fls. 163/166).

É o relatório.

VOTO.

Primeiramente, cumpre registrar que a sentença apelada fora prolatada quando da vigência do Código de Processo Civil de 1973, devendo-se, pois, observar os regramentos acerca dos requisitos de admissibilidade dos meios de impugnação de decisão judicial previstos naquela legislação.

Conheço da impugnação apelativa, posto que esta obedece aos pressupostos processuais intrínsecos (cabimento, legitimidade, interesse recursal e inexistência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do poder de recorrer).

Analisando o que consta dos autos, verifico que a apelante ingressou com a presente ação com vistas à declaração de inexistência de relação jurídico-tributária entre a empresa recorrente e o Estado da Paraíba.

No caso dos autos, a empresa apelada foi notificada pelo Fisco Estadual para realizar o pagamento de ICMS, decorrente de diferença tributária resultante do confronto entre operações declaradas pela administradora de cartão de crédito e as constantes das guias de informação mensal do ICMS declaradas pela empresa (fls. 22).

Insurge-se, então, contra a referida notificação por entender que a alíquota cobrada difere daquela constante do SIMPLES Nacional, do qual é optante, bem como por ser indevido o recolhimento a apenas um dos fiscos, haja vista tratar-se de sistema unificado, integrado pelos três entes federativos.

Pois bem.

Consoante é cediço, o Simples Nacional consiste no regime de tributação que estabelece tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, notadamente no que diz respeito à adoção de alíquotas em percentuais menores.

É certo, também, a teor do exposto no art. 13 da Lei Complementar nº 123/2006, que a opção por tal sistema implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, de uma série de impostos e contribuições, dentre os quais se inclui o ICMS.

Na lição de Ricardo Alexandre, o SIMPLES, nada mais é do que *"um regime jurídico simplificado e favorecido, tendente a reduzir a burocracia e a carga tributária a que estão submetidas às microempresas e empresas de pequeno porte do País"* (Direito Tributário esquematizado. 4ª ed. São Paulo: Método, 2010, p. 25).

Em que pese tal constatação, o referido regime não alcança o pagamento do imposto devido decorrente de algumas circunstâncias especificamente consideradas, previstas no § 1º, art. 13, da Lei Complementar nº 123/06, dentre as quais a falta de recolhimento do tributo sobre operação ou prestação desacobertada de documento fiscal, *in verbis:*

> *"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:

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

Mediante a simples leitura da norma acima transcrita, resta claro que, embora haja um sistema de recolhimento unificado e centralizado, alguns tributos **não fazem parte do Simples Nacional.**

In casu, houve a perpetração de saídas desacobertadas de documentos fiscais, subsumindo-se, então, à exceção criada pela lei complementar federal, estampada no artigo 13, §1º, inciso XII, alínea "f", a autorizar a apuração do tributo com base na alíquota de 17%.

Ou seja, em tais casos, ainda que o estabelecimento apelante seja optante do regime diferenciado, a Fazenda Pública Estadual torna-se autorizada para efetuar a cobrança de ICMS, na forma da legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, não havendo que se falar em ilegalidade ou invasão de competência.

Corroborando tal posicionamento, é de se observar que a presente demanda fora originalmente proposta perante a Justiça Federal, por ter a autora incluído no polo passivo a União. Contudo, o referido ente público foi expresso em consignar que, a despeito de tratar-se de processo relativo a imposto abrangido pelo Simples Nacional, estaria ausente o interesse da Fazenda Nacional na lide, tendo em vista que o tributo em questão é **de competência exclusiva do Estado** (fls. 61/64).

Desse modo, consoante acertadamente pontuado pela magistrada sentenciante, correta a incidência da alíquota do ICMS aplicável às pessoas jurídicas não sujeitas ao regime do SIMPLES, em razão do disposto na legislação de regência, não havendo que se cogitar da hipótese de incidência de alíquotas mais benéficas.

Neste sentido:

"EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - SIMPLES NACIONAL - OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL - ART. 13, §1º, INCISO XIII, ALÍNEA "F" DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - AUSENTES REQUISITOS DO ART. 151 DO CTN.

- A adesão ao Simples Nacional tem caráter facultativo, sendo que eventual inadimplência com a Fazenda Pública é admitida como causa impeditiva do recolhimento pelo Simples, por inviabilizar sua regular aplicação.

– No recolhimento de ICMS de prestação desacobertada de documento fiscal deve incidir a alíquota aplicável às demais pessoas jurídicas, não beneficiadas pelo regime especial, conforme art. 13, §1º, inciso XIII, alínea "f" da Lei Complementar nº 123/06.

- Uma vez constituído o crédito tributário, enquanto não for anulado judicialmente, o que só poderá ocorrer ao final da lide, sua exigibilidade só pode ser suspensa ou excluída nos casos previstos no art. 151 do CTN.

- Recurso não provido." (TJMG, Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.16.054888-9/001, Relator(a): Des.(a) Heloisa Combat , 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10/11/2016, publicação da súmula em 16/11/2016) (grifei)

"APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. AUTO DE LANÇAMENTO. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. NOTA FISCAL INIDÔNEA. INFRAÇÃO MATERIAL QUALIFICADA CONFIGURADA. ICMS. O trânsito de mercadorias deve ser sempre acompanhado de nota fiscal idônea, preenchida de acordo com a legislação e regulamentos correlatos, sob pena de responsabilidade tributária. Caso concreto em que o transporte de mercadorias deu-se de forma irregular, uma vez que as notas fiscais não estavam em sintonia com a legislação de regência, notadamente com o art. 29, inciso I, alíneas q e "r", do RICMS, que estabelece que a nota fiscal deve conter "a data da efetiva saída ou entrada da mercadoria no estabelecimento" e "a hora da efetiva saída ou entrada da mercadoria no estabelecimento. CONTRIBUINTE INCLUÍDA NO PROGRAMA SIMPLES NACIONAL. ICMS. FORMA DE

PAGAMENTOS. APLICAÇÃO DO ART. 13, PARÁGRAFO 1º, INCISO XIII, ALÍNEA F , DA LC 123/2006. ***O sistema de pagamento unificado instituído pelo Simples Nacional, LC 123/06, somente incide, no caso de ICMS, dentre outras hipóteses, caso a mercadoria esteja acompanhada de documento fiscal, o que não ocorreu no caso. Constatada a inidoneidade do documento fiscal, incide o art. 13, parágrafo primeiro, inciso XIII, alínea f , da LC 123/2006****. APELO IMPROVIDO".*
(Apelação Cível Nº 70060526878, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 18/08/2014) (grifei)

CONSTITUCIONAL.TRIBUTÁRIO.RECURSOS DE "AGRAVO. ICMS. MULTA PENAL DE 200% SOBRE O VALOR DO DÉBITO. CARÁTER CONFISCATÓRIO. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOABILIDADE. REDUÇÃO DA MULTA PARA 70% (SETENTA POR CENTO). PREVALÊNCIA DO VOTO INTERMEDIÁRIO. A TRIBUTAÇÃO PREVISTA NO SIMPLES NACIONAL NÃO ABRANGE AS SITUAÇÕES PREVISTAS NO ART. 13 DA LC 123/06. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO DA MULTA TRIBUTÁRIA REPERCUTE NO VALOR DA DÍVIDA, REDUZINDO-A EM 42,34%, DEVENDO AS PARTES, CONSIDERANDO QUE CADA QUAL DECAIU EM APROXIMADAMENTE 60% DO PEDIDO, ARCAR COM OS ÔNUS DE SEUS PATRONOS, EM RAZÃO DA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. RECURSO MANEJADO PELO AUTOR/AGRAVANTE PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DE AGRAVO INTERPOSTO PELO ESTADO DEMANDADO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte de Justiça, seguindo precedentes do STF, tem se posicionado no sentido de que a aplicação de multa pela fazenda pública no valor de 200% revela-se desproporcional e confiscatória.

2. O regime de tributação previsto no Simples Nacional não abrange as situações previstas no art. 13 da LC 123/06, dentre as quais destaco a falta de recolhimento do tributo sobre operação ou prestação desacobertada de documento fiscal.

3. No presente caso, a redução da multa, de 200% para 70%, repercute no valor da dívida, reduzindo-a em 42,34%, ou seja, de R$ 259.518,84 (duzentos e

cinquenta e nove mil quinhentos e dezoito reais e oitenta e quatro centavos) para R$ 149.615,67 (cento e quarenta e nove mil seiscentos e quinze reais e sessenta e sete centavos).

4. Diante do exposto, dá-se provimento parcial ao recurso de agravo manejado pela parte autora e nega-se provimento ao recurso de agravo interposto pelo Estado demandado, condenando-se as partes reciprocamente à condenação de custas e honorários advocatícios, na forma do art. 21 do CPC, tendo em vista a sucumbência recíproca.

(TJPE, AGV 3448059 PE, Orgão Julgador 2ª Câmara de Direito Público, Relator José Ivo de Paula Guimarães, Publicação 28/11/2014, Julgamento: 30 de Outubro de 2014)

Logo, com base nos fundamentos acima esposados, correta a sentença que julgou improcedente o pedido de declaração de inexistência de relação jurídico-obrigacional relativamente ao recolhimento do ICMS fora do regime especial do Simples Nacional, não merecendo, assim, qualquer correção.

Com essas considerações, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantendo a sentença em todos os seus termos.

É COMO VOTO.

Presidiu a sessão o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho. Participaram do julgamento, o Exmo. Dr. Miguel de Britto Lira Filho, juiz convocado, com jurisdição plena, em substituição ao Exmo. Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos,o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho e o Exmo. Dr. Ricardo Vital de Almeida, juiz convocado, com jurisdição plena, em substituição o Exmo. Desa. Maria das Neves do Egito de Araújo Duda Ferreira. Presente ao julgamento, a Exma. Dra. Lúcia de Fátima Maia de Farias, Procuradora de Justiça. Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João Pessoa, 04 de abril de 2017.

Oswaldo Trigueiro do Valle Filho
Desembargador Relator