

A. I. N° - 180459.0002/08-1
AUTUADO - EDIVANE SANTOS ALVES
AUTUANTE - JOSÉ ALMIR LAGO DE MEDEIROS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 11.09.08

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0149-05/08

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS DME. OMISSÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. MULTA. A falta de informação de entradas de mercadorias na DME possibilita a aplicação de multa de 5% sobre o valor comercial das mercadorias não informadas. Infração não impugnada. **2.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL NA CONDIÇÃO DE EPP. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. É devida a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/02/2008, reclama o valor de R\$38.772,98, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

1. Omissão de entradas de mercadorias no estabelecimento nas informações Econômicos - Fiscais apresentadas através de DME (Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresas de Pequeno Porte, sendo cobrado o valor de R\$3.978,06, decorrente da aplicação da multa de 5% sobre o valor das operações;

2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, no total de R\$34.772,98, acrescido da multa de 50%, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, alusivo aos meses de março a dezembro de 2004, fevereiro a abril, e julho a dezembro de 2005, e janeiro a maio de 2006, conforme demonstrativos à fl. 22.

O autuado foi cientificado da autuação em 20/02/2008, fl. 02 e em 19/03/2008 impugnou a infração 2, do Auto de Infração, fls. 343 a 345, nos termos a seguir sintetizados.

1. Inicialmente esclarece que o governo do Estado visando fortalecer a economia interna instituiu a Lei n° 9.967 editada em 29/12/03 e regulamentada pela Portaria n° 114/2004, estabelecendo que as entradas de mercadorias adquiridas, pelos contribuintes do Estado da Bahia, em outra unidade da federação e destinadas à comercialização estarão incluídas no regime de antecipação tributária parcial, devendo ser recolhido antecipadamente, o valor do imposto correspondente à diferença entre o ICMS calculado pela alíquota interna e o valor do imposto destacado na nota fiscal de origem da mercadoria, até o dia 25 do mês subsequente da entrada das mercadorias;

2. Observa que a Lei Complementar n° 87/94, ao outorgar os Estados e o Distrito Federal, instituírem o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, em seu artigo 2°, deixa claro que o ICMS incide sobre as operações relativas à circulação de mercadorias, quando o sujeito passivo, recebe a mercadoria, e quando de sua circulação é que ocorre o fato gerador. Igualmente, a Lei Estadual n° 7.014/96 e o Regulamento do ICMS Lei n° 6.284/97, quando dispõe sobre incidência e não incidência, fica claro, a natureza institucional do ICMS de onerar as fases das operações: venda-compra-revenda até chegar ao consumidor final, quando encerra-se a fase tributária. Ressalta que o fato gerador e a incidência do ICMS, só acontecem quando o vendedor vende e, portanto, circula a mercadoria, quando o comprador compra e circula na revenda, é

neste ciclo de venda e revenda que o ICMS onera as fases das operações que impliquem a situação da mercadoria até chegar ao consumidor final, quando se encerra a fase da tributação;

3. Aduz que para não colidir com as legislações supra, o legislador chamou o Sistema que cobra o ICMS, na entrada da divisa do Estado, de Antecipação Tributária Parcial, se o Estado não capeasse a cobrança do ICMS no novo regime, Lei nº 8.967/03, com o nome de Antecipação Parcial, descaracterizaria o princípio de fato gerador e incidência;

4. Afirma que a ilegalidade e a inconstitucionalidade da Antecipação Parcial do ICMS tornam-se patentes e lesivas quando obriga os contribuintes, optantes do regime do SimBahia, a recolher seu ICMS sem compensar o imposto já pago no referido Regime de Antecipação, como faz e tem direito o contribuinte do Regime Normal do ICMS, descaracterizando o seu conceito de Antecipação Parcial. Acrescenta que o contribuinte do SimBahia, era obrigado a pagar o ICMS na Antecipação e também a pagar dentro de sua faixa fixa ou variável conforme seu enquadramento de Micro Empresa ou Empresas de Pequeno Porte, caracterizando, explicitamente, a bitributação e atropelando princípios constitucionais;

5. Observa que a Antecipação Tributária Parcial do ICMS, para os optantes do SimBahia que pagam, em duplicidade sobre a mesma mercadoria, e portanto, sobre-o um mesmo fato gerador, fere preceito constitucional contido no art. 145, inciso III § 1º, ao determinar que os tributos devem ser “*graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte...*”, enfatizando que a bitributação é a antítese deste conceito, pois, onera o contribuinte, por duas vezes, atingindo sua capacidade econômica e, portanto, o seu direito constitucional;

6. Ressalta que Antecipação Parcial fere o princípio da não cumulatividade, pois, a compensação do ICMS é um direito constitucional, assegurado no art. 155 da CF-88. Destaca que, quando a lei da Antecipação Parcial autoriza o contribuinte do Regime Normal a valer-se da compensação do valor antecipado do ICMS, a mesma lei veta a compensação para os contribuintes do regime do então SimBahia, tributando-o, como dito, por duas vezes, pois, tanto os contribuintes do Regime Normal, quanto os do SimBahia estão submetidos ao mesmo fato gerador, uma vez que, circulam mercadoria, apenas, são tributados em regimes diferentes. Arremata asseverando que o tipo do regime não muda a natureza legal do fato gerador e a constitucionalidade do princípio da não cumulatividade, inerente a natureza tributária do ICMS. Diz ser claro, consoante sua argumentação, o direito de o contribuinte compensar, o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias, do montante cobrado nas operações anteriores, pela autoridade fazendária do mesmo estado ou de outras Unidades da Federação, uma vez que a Constituição Federal determina a não cumulatividade do ICMS, ou pelo menos, não onerasse o contribuinte do SimBahia com duas tributações;

7. Por fim, o autuado assevera que o procedimento de não permitir, aos optantes do SimBahia, a compensação do ICMS esbarra-se, também, no artigo 150, inciso II da CF, que veda a União, os Estados, Município e ao Distrito Federal, “*instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situações equivalentes...*”, pois, a isonomia resulta do princípio constitucional de que todos são iguais perante a Lei, todos são submetidos às mesmas regras jurídicas de forma indistinta e em igualdade de condições.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal (fl. 349), o autuante, depois de enunciar as duas infrações que compõem o Auto de Infração, observa que o atuado não contestou a infração 1 e, quanto à infração 2, relativa a falta de recolhimento da antecipação parcial apurada no exercício de 2004, ressalta que não foram contestados os valores apurados, pois, a peça defensiva, por considerar inconstitucional a legislação que instituiu a antecipação parcial optou pela argumentação centrada na desqualificação dos dispositivos legais que embasaram a exigência fiscal. Conclui o autuante afirmado que não lhe cabe discutir a inconstitucionalidade da legislação atinente à antecipação parcial, e finaliza requerendo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

O Auto de Infração contempla duas infrações, quais sejam: 1) omissão de entradas de mercadorias no estabelecimento nas Informações Econômico-Fiscais apresentadas através de DME; 2) falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do estado.

A defesa silenciou-se em relação à infração 1, do que se depreende o seu reconhecimento tácito com a conseqüente caracterização da inexistência de lide em torno da matéria em si e da exigência fiscal configurada nesta infração. Neste compasso, depois de examinar toda a documentação suporte, cujas cópias foram devidamente fornecidas ao autuado, fls. 7 e 8, bem como verificar o correto enquadramento legal aplicado e constatar que a multa imposta de 5% fora tipificada em consonância com o art. 42, inciso XII-A da Lei nº 7.014/96, considero integralmente subsistente a infração 1.

Quanto à infração 2, apesar da defesa apresentada não ter abordado em momento algum, qualquer inconsistência nos demonstrativos de débito e de apuração, os quais foram fornecidos ao autuado, cópias, inclusive das notas fiscais, conforme consignado (fl. 11), constato, com base em exames realizados nos elementos acostados aos autos, fls. 09 a 337, que os procedimentos adotados pelo autuante na apuração do débito de R\$34.794,92, ora exigido, estão em harmonia com a legislação aplicável e restou comprovado e caracterizado o cometimento da infração. Verifico que o autuado elegeu como argumento central de sua estratégia defensiva dissecar sob diversos aspectos a inconstitucionalidade da legislação específica que instituiu a antecipação parcial na legislação tributária do Estado da Bahia.

Constata-se claramente em seu preâmbulo argumentativo o reconhecimento expresso da vigência dos dispositivos legais no Sistema Tributário Estadual os quais foram por ele infringidos, ou seja, a antecipação parcial, estatuída e regulada que fora, respectivamente, pela Lei nº 8.967/03 e pela Portaria nº 114/04, portanto, sob o aspecto do direito posto, restou indubitado o acerto autuação.

Entretanto, em que pese o esforço expendido exaustivamente pela defesa, ao abordar de forma objetiva e exclusiva a questão, ora em lide, sob o prisma da inconstitucionalidade, resultou inócua sua pretensão, vez que a utilizou em foro impróprio, ante a incompetência desta Junta de Julgamento Fiscal, pelo fato de o trato de matéria inconstitucional ou até mesmo ilegal não integrar o rol de suas atribuições *judicantes*. Por outro lado, como a defesa não questionou qualquer outro aspecto da acusação fiscal e da apuração do débito exigido, é de se inferir o seu reconhecimento tácito de conformidade da autuação, afora a questão da alegada inconstitucionalidade. Por tudo isso, também considero subsistente a infração 2.

Ante o exposto, concluo dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou efetivamente comprovado o cometimento, por parte do autuado, das infrações que lhe foram imputadas.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **180459.0002/08-1**, lavrado contra **EDIVANE SANTOS ALVES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$34.794,92**, acrescido das multas de 50%, prevista no artigo 42, inciso I, alínea “b”, item “1”, e do valor de **R\$3.978,06**, relativo a multa por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, inciso XII-A, ambos da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2008.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR