

PROCESSO - A. I. Nº 233043.0010/14-3
RECORRENTE - SHOP CITY COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA. (LANYLLAS SURF SHOP) - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0028-04/15
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 12/06/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0136-11/15

EMENTA: ICMS. ESTABELECIMENTO OPTANTE PELO REGIME DO SIMPLES NACIONAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **I** - ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO; **b)** PAGAMENTO A MENOS. **II** - ANTECIPAÇÃO PARCIAL. **a)** FALTA DE PAGAMENTO; **b)** PAGAMENTO A MENOS. Argumentos trazidos nas razões de defesa limitaram-se a aduzir questões de inconstitucionalidade, de descabimento da exigência fiscal e de ocorrência de bi-tributação. Lançamento respaldado na Lei Complementar nº 123/2006 e na legislação tributária estadual em vigor. Incompetência dos órgãos julgadores administrativos para declaração de inconstitucionalidade. Ausência de argumentos relacionados ao mérito da autuação. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Auto de Infração que exige crédito tributário no valor histórico de R\$40.239,37, em decorrência de quatro infrações a seguir discriminadas:

I - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de maio, junho e outubro/2011. Valor lançado R\$10.040,82. Enquadramento no Art. 34, inciso III, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 289, § 1º, inciso III, alínea "b" do RICMS/2012. Multa de 60% prevista no Art. 42, inciso II "d" da Lei nº 7.014/96.

II - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor lançado R\$2.532,73. Enquadramento no Art. 34, inciso III, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 289, § 1º, inciso III, alínea "b" do RICMS/2012. Multa de 60% prevista no Art. 42, inciso II "d" da Lei nº 7.014/96.

III - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor lançado R\$23.708,86. Enquadramento no Art. 12-A da Lei nº 7.014/96 c/c art. 321, inciso VII, alínea "b" do RICMS/2012. Multa de 60% prevista no Art. 42, inciso II "d" da Lei nº 7.014/96.

IV - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor lançado R\$3.956,96. Enquadramento no Art. 34, inciso III, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 289, § 1º, inciso III, alínea "b" do RICMS/2012. Multa de 60% prevista no Art. 42, inciso II "d" da Lei nº 7.014/96.

Em primeira instância, os Ilustres Julgadores da 4ª JF afastaram a preliminar de nulidade suscitada pelo contribuinte em razão do seguinte:

O autuado requereu a nulidade do Auto de Infração ao argumento de que o regime do Simples Nacional ao invés de simplificar as obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias para as microempresas e empresas de pequeno porte (Art. 179 da CF) criou uma "parafernália de cálculos algébricos, só mesmo decifrados por profissional de contabilidade com formação superior", o que, ao seu ver, dificulta o cumprimento dessas obrigações e não simplifica.

Não há como prosperar este argumento do recorrente. O Art. 13 da Lei Complementar 123/06, estanca esse argumento na medida em que, através de um único recolhimento mensal, o contribuinte efetua o pagamento de diversos impostos e contribuições, o que, sem dúvida, simplifica as atribuições administrativas, tributárias, previdenciárias, etc., quais sejam:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ;

II - Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;

IV - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

V - Contribuição para o PIS/PASEP, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

VI - Contribuição Patronal Previdenciária - CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e da empresa de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º-C do art. 18 desta Lei Complementar;

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

VIII - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS.

De maneira que, ao invés do quanto defendido pelo autuado, provado está que houve sim simplificação das obrigações do contribuinte.

Por outro lado, o ingresso ao Simples Nacional é uma opção do contribuinte. Compete a ele avaliar se é vantajoso ou não essa opção em comparação com a adoção do regime normal de apuração do imposto. Portanto, se existe alguma injustiça na LC nº 23/06 em relação às microempresas e empresas de pequeno porte, cabe a cada contribuinte avaliar se convém continuar ou não com essa opção.

Quanto aos cálculos do imposto, o Portal do Simples Nacional disponibiliza aplicativos relacionados a este regime, sendo que, para efeito de cálculo do imposto a ser pago mensalmente, o contribuinte ao acessar o Portal declara sua receita bruta mensal através do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório (PGDAS-D) que efetua todos os cálculos e gera o documento de arrecadação. Portanto não existe a dita "parafernália" de cálculos a serem feitos pelo contribuinte.

Por fim, ainda em relação ao pedido de nulidade do lançamento, vejo que o Auto de Infração atendeu a todas as formalidades previstas pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia - RPAF/BA, portanto não acolho a nulidade arguida.

Ao analisarem o mérito, os Ilustres Julgadores de Primeira Instância concluíram pela Procedência da autuação fiscal com base no seguinte:

Quanto ao mérito da autuação, o defendente, na prática, se limitou a arguição de questão relativa a inconstitucionalidade na legislação tributária, de injustiça fiscal contra as microempresas e empresas de pequeno porte e de ocorrência de bis in idem ao se exigir o pagamento do ICMS a título de antecipação tributária parcial e total.

Não é o que ocorre. Quanto a antecipação tributária total, infrações 1 e 2, o próprio programa PGDAS-D exclui (segrega) da receita bruta declarada o valor das operações que já tiveram o imposto pago por substituição tributária. Logo não há tributação em duplicidade.

Naquilo que pertine as operações que envolvem o pagamento da antecipação parcial pelas microempresas e empresas de pequeno porte, infrações 3 e 4, estas são tributadas por ocasião das saídas, porém em percentual (alíquota) bem inferior a aquela utilizada pelos contribuintes que optam pelo regime normal de apuração, os quais, ao contrário das microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional, utilizam o crédito do imposto pago a título de antecipação parcial. Neste aspecto, repito, cabe ao microempresário ou empresário de pequeno porte avaliar qual a melhor opção para ele, se o regime do Simples Nacional ou o

regime normal de apuração do imposto. Não existe qualquer imposição na legislação a este respeito.

Também, não se pode perder de vista que as exigências fiscais estão lastreadas na legislação tributária em vigor, Lei Complementar nº 123/06, Lei Estadual nº 7.014/96 e no Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, razão pela qual há de ser utilizado e aplicado pelo Fisco e devidamente cumprido pelos contribuintes. A propósito, o Art. 13, §§ 1º, 5º e 6º da LC 123/06, respaldam, de forma cristalina, o lançamento em debate:

§ 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 desembarço 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;***

§ 5º A diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que tratam as alíneas g e h do inciso XIII do § 1º deste artigo será calculada tomando-se por base as alíquotas aplicáveis às pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional.

§ 6º O Comitê Gestor do Simples Nacional:

I - disciplinará a forma e as condições em que será atribuída à microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional a qualidade de substituta tributária;

Por igual, em relação às infrações 1 e 2 que tratam de falta de pagamento e de pagamento a menos do imposto por antecipação ou substituição tributária o Regulamento do ICMS-BA/2012 e a Lei nº 7.014/96, dão respaldo legal ao lançamento, e assim se expressam:

RICMS/2012

“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.

ANEXO I

MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO OU ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA

9 Calçados - 6401, 6402, 6403, 6404 e 6405”

Lei nº 7.014/96

“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;

ANEXO I

MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO

41 Calçados”

Da mesma forma, em relação às infrações 3 e 4, que tratam de falta de pagamento e de pagamento a menos do imposto a título de antecipação parcial, a Lei Estadual nº 7.014/96 e o RICMS/BA/2012, em seus artigos 12-A e 321, respectivamente e abaixo reproduzidos, também conferem respaldo a autuação:

Lei nº 7.014/96

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

RICMS/BA/2012

Art. 321. O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido:

(...)

VII - nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

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, 274 e 275.

Portanto sendo a atividade fiscalizadora um ato vinculado não pode o Fisco deixar de aplicar a legislação tributária em vigor, sob pena de incorrer em falta por responsabilidade funcional.

Por fim, no tocante ao argumento de que a legislação tributária afronta o Art. 179 da Constituição Federal, o Art. 167, inciso I do RPAF-BA deixa claro que não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, razão pela qual, apesar de não visualizar afronta a Constituição Federal preconizada pelo defendente, deixo de analisar este argumento.

Irresignado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário.

Argui que as empresas do Simples devem ter tratamento beneficiado, com a simplificação das suas obrigações administrativas tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Diz que o programa PGDAS-D somente começou a vigorar em 2012, e defende que o argumento de que este programa segrega os valores pertinentes à substituição tributária da receita bruta não pode fundamentar a presente autuação fiscal, que trata de fatos geradores de 2011, no seu entender.

Suscita o art. 5º, LV, da Constituição Federal para defender que é possível a este Órgão Julgador Administrativo a análise de matéria constitucional.

VOTO

Observa-se que a irresignação do Recorrente decorre exclusivamente do seu inconformismo com a cobrança da exação tributária, uma vez que não foram aduzidos argumentos jurídicos capazes de reformar a Decisão recorrida que concluiu pela procedência da autuação fiscal.

A legislação do ICMS prescreve a responsabilidade tributária, por antecipação, para os contribuintes que realizem operações de circulação com alguns tipos de mercadorias. Esta obrigação alcança, inclusive, as empresas optantes do Simples Nacional, as quais, nada obstante tenham direito ao tratamento beneficiado, devem recolher o ICMS.

Este é caso da presente autuação fiscal. Como bem observou a Decisão de Primeira Instância, a LC 123/2006, a Lei nº 7.014/96 e o RICMS/2012 preveem a obrigação de recolhimento do ICMS, pelos optantes do Simples Nacional, por antecipação/substituição tributária (infrações 1 e 2) e por antecipação parcial (infrações 3 e 4).

Os argumentos aduzidos pelo recorrente no sentido de análise da constitucionalidade das referidas normas não pode ser enfrentado por este Órgão Julgador Administrativo, em razão da vedação constante no art. 167, I, do RPAF/99. Ademais, há de se observar que os Tribunais

Superiores, ao analisarem tais normas destinadas aos contribuintes optantes do Simples Nacional, têm reconhecido a legalidade e constitucionalidade das mesmas, como se pode ver, por exemplo, do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. SIMPLES NACIONAL. SISTEMÁTICA DE ANTECIPAÇÃO DA COBRANÇA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu ser "inviável acolher a pretensão do recorrente de cindir o Simples Nacional para afastar a antecipação do ICMS prevista no § 1º, inciso XIII, alínea "g", do art. 13 da Lei Complementar Federal nº 123/2006" (RMS 29.568/AM, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 30/08/13).

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 287.473/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 18/06/2014)

O outro argumento suscitado pelo Recorrente, de que os fatos geradores teriam ocorrido antes do advento do programa PGDAS, também não merece acolhida, porque a exigência tributária ora analisada decorre de previsão legal e regulamentar, independentemente do *software* utilizado para recolher os tributos pelo Simples Nacional. Além disso, os fatos geradores da presente autuação fiscal se referem aos exercícios de 2012 e 2013.

Face ao exposto, não vislumbro razões para reforma da Decisão recorrida e, portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **233043.0010/14-3**, lavrado contra **SHOP CITY COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA. (LANYLLAS SURF SHOP) - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o recolhimento do imposto no valor de **R\$40.239,37**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS