

PROCESSO - A. I. Nº 232181.0005/14-2
RECORRENTE - E V PROJETOS E DECORAÇÕES LTDA. (MARINOX) - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0001-03/15
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 03/06/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0138-12/15

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Exigência fiscal subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 3ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 06/01/2015 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/05/2014, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 146.802,22 (cento e sessenta e nove mil oitocentos e quarenta e cinco reais e seis centavos), em decorrência do cometimento de 2 (duas) infrações.

***Infração 01. RV** – Falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, nas aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no mês de fevereiro de 2012. Valor do débito: R\$4.517,96. Multa de 60%;*

***Infração 02. RV** – Recolhimento efetuado a menos do ICMS relativo à antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, nas aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de abril a dezembro de 2012; janeiro, março, maio a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$142.284,26. Multa de 60%.*

O autuado apresentou defesa administrativa face o Auto de Infração em epígrafe (fls. 262/269), atacando o lançamento em sua totalidade.

O autuante apresentou informação fiscal face à defesa apresentada pelo contribuinte (fls. 304/306), mantendo completamente o teor do LANÇAMENTO.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 3ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração nº 232181.0005/14-2, determinando que o autuado fosse intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$146.802,22, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

O primeiro item do presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, nas aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no mês de fevereiro de 2012.

Infração 02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS relativo à antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas

microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, nas aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de abril a dezembro de 2012; janeiro, março, maio a dezembro de 2013.

Foram elaborados demonstrativos pelo autuante, denominados “CÁLCULO DO ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL”, contemplando os recolhimentos comprovados, e apurados os valores devidos, conforme fls. 08 a 43, sendo fornecidas as cópia dos referidos demonstrativos ao defendente, conforme Recibo e Arquivos Eletrônicos à fl. 45, e o autuado não apresentou qualquer contestação aos dados numéricos do levantamento fiscal.

Constato que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Observe que as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A da Lei 7.014/96, sendo devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização.

O defendente alegou ser optante pelo regime denominado Simples Nacional, que compartilha a arrecadação, fiscalização e cobrança de tributos para as micro e pequenas empresas, de modo que abrange as três esferas da administração pública, Federal, Estadual e Municipal, o que significa dizer que as pessoas jurídicas enquadradas no mencionado sistema, efetua recolhimento de forma unificada dos tributos inerentes às suas atividades, mediante documento único.

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.

Conforme prevê o art. 12-A, da Lei 7.014/96, “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”. Neste caso, os contribuintes do Simples Nacional também estão obrigados a recolher o ICMS relativo à antecipação parcial.

Por outro lado, de acordo com o § 4º do art. 18 da Lei Complementar 123 de 14/12/2006, o contribuinte deverá considerar destacadamente, para fins de pagamento do imposto: a) as receitas decorrentes da revenda de mercadorias; b) as receitas decorrentes da venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte; c) as receitas decorrentes da prestação de serviços, bem como a de locação de bens móveis; d) as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária; e) as receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou do consórcio previsto na referida Lei Complementar. Portanto, é devido o ICMS a título de antecipação parcial e também, relativo às mercadorias enquadradas na Substituição Tributária.

O impugnante destaca que em face de já ter realizado os recolhimentos dos tributos que são devidos, ficam afastadas as hipóteses levantadas no Auto de Infração e, se acaso a autuação for levada adiante, ocorre bitributação, considerando que o impugnante já recolheu aos cofres do Estado da Bahia, valores relativos ao ICMS incidente na sua atividade. Depreende-se que o defendente quis alegar que a cobrança de antecipação do ICMS por empresas optantes pelo Simples Nacional, possui vícios de inconstitucionalidade.

Em relação ao referido questionamento do autuado quanto à constitucionalidade da antecipação parcial, observo que tal modalidade de cobrança de ICMS é prevista no art. 12-A da Lei 7.014/96, portanto, encontra-se na legislação deste Estado, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Também foi alegado que atribuiu uma alíquota normal, quando em verdade deveria considerar a alíquota especial à qual o defendente está submetido, em virtude do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional.

Não acato a alegação defensiva, considerando a previsão legal de que o imposto relativo à antecipação parcial do ICMS, corresponde à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização. Neste caso, a apuração do ICMS a título de antecipação parcial não leva em consideração o cálculo do valor devido mensalmente, que é sobre a receita bruta auferida no mês, incidindo sobre esta receita bruta a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º do art. 18 da Lei Complementar 123/86. Portanto, não há previsão na Lei 7.014/96 para calcular a antecipação parcial considerando as alíquotas diferenciadas do Simples Nacional, como alegou o defendente.

Quanto à multa decorrente da autuação, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, previsto no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Entendo que está caracterizada a infração apontada no Auto de Infração, sendo devido o imposto apurado nos demonstrativos elaborados pelo autuante.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 3ª JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- a) Observou preambularmente, que cópias dos demonstrativos elaborados pelo autuante, formas encaminhadas ao contribuinte, bem como que, a o lançamento observou todas as formalidades legais previstas em lei;
- b) Em relação à alegação de que o impugnante seria optante do SIMPLES NACIONAL, e que efetua o recolhimento de seus impostos de forma unificada, entendeu a junta, com base no art. 12-A, da Lei nº 7.014/96 e no §4º do art. 18 da LC 123/06, que nos casos de antecipação parcial, os beneficiários do SIMPLES estariam obrigados a recolher o tributo, inclusive, no que se refere às mercadorias enquadradas na Substituição Tributária;
- c) Quanto à alegação de que haveria ocorrido o fenômeno da bitributação, já que teria efetuado o recolhimento dos tributos devidos, depreendeu a JJF, de tal argumento, que o contribuinte teria insinuado que a cobrança antecipada do ICMS de empresas portadoras do SIMPLES seria eivada de inconstitucionalidade. Sendo assim, declarou que a análise de tal arguição não seria de sua competência – conforme o art. 167, I, RPAF/99;
- d) No tocante à afirmação de que teria sido atribuída ao lançamento uma alíquota normal, ao invés da especial (a qual estaria submetida em razão do SIMPLES), optou a JJF por não acatá-la, pois considerou que, nos casos de antecipação parcial do ICMS, a previsão legal seria pela utilização da diferença entre a alíquota interna e a interestadual; não levado em consideração o valor devido mensalmente. Dessa forma, afirmou que a Lei nº 7.014/96 não prevê, para o cálculo da antecipação parcial, as alíquotas diferenciadas do SIMPLES NACIONAL;
- e) Em relação à multa, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, tendo sido o percentual de 60%, sido indicado corretamente.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 332/338).

- i. Alegando que a Decisão da JJF teria acarretado no *bis in idem*, já que no valor constante em cada infração já estaria incluído a multa de 60%, e que, não bastasse isso, o órgão julgador teria aplicado nova multa de 60%, o que resultaria em um encargo de 120%, bem como afirmou que esses encargos teriam nítido caráter confiscatório – ferindo o inciso IV, do art. 150, da CF/88;
- ii. Repisou que somente a multa de 60% aplicada no momento do lançamento já seria o suficiente para ensejar o confisco, e mais ainda, se somada com a nova multa aplicada pela Junta. Afirmou ainda que a multa jamais poderia sobrepujar o montante da obrigação principal.

Em Parecer, a PGE/PROFIS (fls. 343/359) opinou pelo Improvimento do Recurso voluntário, alegando que:

- i. As declarações do recorrente seriam desprovidas de fundamento jurídico, revelando-se de caráter nitidamente protelatório, e que o julgamento proferido em 1ª Instância mostra-se plenamente de acordo com o direito;
- ii. Não obstante, observou que o Recurso voluntário teria se restringido a inquirir o caráter supostamente confiscatório das multas. Afirmou que as considerações do recorrente não mereceriam maior sorte, já que o princípio da vedação da criação do tributo com efeito de confisco não se aplicaria às multas, bem como que o patamar fixado às mesmas, encontram-se previstos no RPAF/99.

Após, os autos foram remetidos para o CONSEF para apreciação do Recurso.

VOTO

As Infrações objeto do presente Recurso Voluntário se referem exclusivamente à falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de optante do SIMPLES NACIONAL, na aquisição de bens oriundos de outra unidade da Federação.

Em que pese em sede de impugnação o Recorrente tenha questionado a própria legalidade da cobrança, uma vez que na opção pelo Simples Nacional passaria a ser tributado pela receita, em sede de Recurso nada aduz contra o mérito das infrações.

Basicamente, aduz que haveria um *bis in idem* pois, supostamente a Decisão da JJF determinou a aplicação de nova penalidade e, sendo cobrado 60% de multa sobre 60% resultaria em um encargo de 120% (sic). E segue adiante defendendo que a penalidade aplicada é confiscatória, requerendo o cancelamento da multa.

Assim, o Recorrente apenas se insurge contra a multa, aplicando-se quanto ao cometimento da Infração o disposto no art. 143 do RPAF.

Da análise das razões recursais, verifico que o primeiro ponto argumentado pelo Recorrente além de confuso é ininteligível. Talvez o Recorrente não tenha verificado que o valor original constante do lançamento não inclui a penalidade aplicável, mas tão somente a proposta de aplicação da penalidade, o que vem a ser confirmado pela JJF.

Assim, não há aplicação cumulativa uma vez que o valor original do lançamento não consta a multa, tão apenas o tributo e indicação do percentual da penalidade a ser aplicada.

Desta feita, ao que tudo indica o argumento recursal é meramente protelatório.

Quanto à alegação de confiscatoriedade da penalidade aplicável, dispõe o Regulamento de Processo Administrativo Fiscal em seu art. 167, que não se incluem na competência do CONSEF a declaração de inconstitucionalidade, motivo pelo qual deixo de apreciar a matéria.

Há que se pontuar que apesar de prever percentuais extremamente elevados, as multas que motivaram a insurgência do recorrente estão previstas em Lei, o que impede que este julgador, *in casu*, possa analisar o pleito do Sujeito Passivo. Entretanto, a rigor do art. 159 do RPAF, pode o recorrente, ao apelo da equidade, dirigir à Câmara Superior do CONSEF pedido de dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232181.0005/14-2**, lavrado contra **E V PROJETOS E DECORAÇÕES LTDA. (MARINOX) - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$146.802,22**, 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, 06 de maio de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR. DA PGE/PROFIS