

**PROCESSO** - A. I. Nº 232109.0019/15-9  
**RECORRENTE** - RONALDO DE FÁTIMA GOMES (MINERA CALÇADOS) - EPP  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0058-04/16  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 12/08/2016

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO C/JF Nº 0143-11/16

**EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO E RECOLHIMENTO A MENOS. a) SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. b) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO NÃO INCUÍDAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO/ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. 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 de substituição tributária. Sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar, salvo se existir regime especial para pagamento no mês seguinte ao da entrada da mercadoria no estabelecimento 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a) CONTRIBUINTE USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE NOTA FISCAL EM LUGAR DO CUPOM FISCAL. MULTA. A legislação tributária estadual dispõe que os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. O não atendimento resulta na aplicação de penalidade ao usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento em lugar daquele decorrente do seu uso, nas situações em que está obrigado. b) NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. OPERAÇÕES NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Reduzidas as penalidades referentes as infrações 4 e 5. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.**

#### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra decisão que julgou Procedente o Auto de Infração que exige ICMS no valor de R\$90.644,15, acrescido da multa de 60%, mais multas de caráter acessório no valor de R\$5.644,94, em decorrência da constatação das seguintes

irregularidades à legislação tributária deste Estado, por contribuinte enquadrado no Simples Nacional:

*Infração 01 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa 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. A empresa efetuou aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à antecipação parcial do ICMS e efetuou recolhimentos do imposto em valores menores que o devido.*

*Foi destacado de que no exercício de 2013 a empresa efetuou a denúncia espontânea da antecipação parcial do ICMS de modo que os valores apurados referem-se à antecipação parcial não incluída na denúncia espontânea e que os valores apurados estão detalhados na planilha Demonstrativo 2 – Antecipação Parcial apresentada integralmente no PAF em arquivo digita (sic) e submetida previamente a conferência da Contabilidade responsável pela empresa. Valor: R\$1.361,79.*

*Infração 02 - 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.*

*Foi destacado de que no exercício de 2013 a empresa efetuou a denúncia espontânea da antecipação parcial do ICMS de modo que os valores apurados referem-se à antecipação parcial não incluída na denúncia espontânea e que os valores apurados estão detalhados na planilha Demonstrativo 2 – Antecipação Parcial apresentada integralmente no PAF em arquivo digital e submetida previamente a conferência da Contabilidade responsável pela empresa. Valor: R\$2.440,82.*

*Infração 03 - 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. Os valores apurados estão detalhados na planilha Demonstrativo 1 – Antecipação Tributária – Entradas apresentada integralmente no PAF em arquivo digita (sic) e submetida previamente a conferência da Contabilidade responsável pela empresa. Valor: R\$86.841,54.*

*Infração 04 - O Contribuinte emitiu documento fiscal diverso daquele decorrente do uso regular de equipamento de controle fiscal – ECF – nas situações em que, legalmente, está obrigado.*

*Resta consignado que a empresa está obrigada ao uso de equipamento emissor de cupom fiscal. E, conforme relatório ECF Detalhado, anexo a este PAF, em 16/01/2014 a empresa possuía instalado o ECF marca Bematech nº de autorização 19252014000405. Tal equipamento esteve em uso até 12/08/2014 quando foi cessado, conforme o relatório citado. Ainda conforme tal relatório, em 25/09/2014 a empresa iniciou o uso do ECF marca Bematech nº de autorização 19252014007604. Apesar de ter o ECF instalado, no período de maio a setembro de 2014 a empresa não emitiu cupons fiscais obrigatórios para documentar as vendas a varejo realizadas, as quais estão escrituradas no livro Registro de Saídas e livro Caixa da empresa que estão apresentados no PAF em arquivos digitais. As vendas realizadas sem a emissão de cupons fiscais foram reunidas e totalizadas na anexa planilha Vendas a Varejo Acobertadas por NFVC Lançadas nos Livros Caixa e Saídas. Valor da multa: R\$5.540,94.*

*Infração 05 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(s) sem o devido registro na escrita fiscal. A empresa adquiriu em operação interna mercadoria com fase de tributação encerrada, conforme NF-E nº 1.178, emitida em 26/08/2013 (cópia anexada ao PAF) e não a escriturou no seu livro Registro de Entradas. Valor da multa: R\$104,00.*

Em Primeira Instância, os Ilustres Julgadores da 4ª JJF concluíram pela Procedência da autuação fiscal.

Inicialmente, a Decisão recorrida indeferiu o pedido de diligência fiscal em razão do seguinte:

*O impugnante requer diligência objetivando obter um atestado de que a falta de registro de nota fiscal no seu livro Registro de Entradas e a emissão de outro documento fiscal, quando de suas vendas, do que aquele a que estava, legalmente, obrigado a emitir não causou prejuízo ao Erário. Em assim sendo, as multas de caráter acessórias deveriam ser canceladas ou reduzidas por este órgão julgador. Tudo com base no princípio da verdade material que rege o processo administrativo fiscal.*

*Ressalto que é cediço ser a busca da verdade material e a certeza jurídica a finalidade de qualquer procedimento administrativo tributário, que se pauta nos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito (art. 2º, do RPAF/BA), tendo sempre em vista a conveniência da rápida solução do litígio, restringindo-se as exigências ao estritamente necessário à elucidação do processo e à formação do convencimento da autoridade*

*requerida ou do órgão julgador por ato menos oneroso (§§ 1º e 2º do citado artigo). Por isso, o julgador administrativo pode, e deve, por competência (art. 30, III, do Regimento Interno deste CONSEF – Decreto nº 7.592/99), solicitar diligência ou perícia para que se cumpra, quando necessária, uma exigência processual ou para que se investigue a respeito do mérito de uma questão. No entanto, ao julgador cabe a direção do processo na fase instrutória, tendo a competência de autorizar ou rejeitar a produção de provas e na forma que entender necessária, sob o enfoque exclusivo da necessidade ou não das mesmas para o deslinde do feito. Afora tais considerações, reza o art. 147, I que deve ser indeferido o pedido de diligência fiscal quando: a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;*

*No presente caso, não vejo motivação para a presente solicitação. Diante do conteúdo das peças processuais, não existe causa para que se adote tal medida.*

*Por consequência, indefiro o pedido de diligência requerida, com base nas determinações do art. 147, I, “a” e “b”, do RPAF/BA.*

Ao analisar o mérito das infrações 1 e 2, a Decisão recorrida fundamenta a sua procedência com base no seguinte:

*As infrações 01 e 02 tratam do recolhimento a menos e falta do recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial pelas empresas enquadradas no Simples Nacional. E na infração 03 é exigido imposto sobre mercadorias enquadradas, pela legislação estadual, no regime da antecipação tributária.*

*O impugnante, em síntese, afirma que o Estado da Bahia, ao criar as hipóteses da antecipação parcial do ICMS, inclusive da substituição tributária por antecipação, para as empresas optantes pelo Simples Nacional fugiu totalmente do propósito inicial do regime de tributação simplificada, bem como, criou instituto inexistente na CF/88 já que este estado equiparou o diferencial de alíquotas relativo às entradas de bens para uso e consumo e ativo permanente, nela inserida, à antecipação parcial do ICMS relativo às entradas de mercadorias para revendas. E em relação à antecipação tributária, as onerou em demasia já que o contribuinte neste regime enquadrado não possui qualquer direito a crédito fiscal.*

*Tal fato ensejou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 4384), impetrada pela Confederação Nacional dos Conferentes e Lojistas – CNDL, ainda pendente de julgamento. Informa, ainda, que está em tramitação o projeto de Lei Complementar nº 237/2012, alterando a Lei Complementar nº 123/2006 para excluir de suas determinações a incidência da substituição tributária sobre bens e serviços adquiridos, tomados, produzidos, revendidos.*

*Com tais considerações, requer a suspensão da cobrança da antecipação parcial do ICMS até que o STF conclua o julgamento da ADI nº 4384, sob pena de gerar um enriquecimento sem causa do estado na hipótese desta decisão do STF ser pela inconstitucionalidade da cobrança.*

*Primeiro, é necessário ressaltar de que a lei posta para as empresas optantes do Simples Nacional não é lei estadual e sim federal, a qual todos os estados da federação devem obedecer. Em assim sendo, não foi o Estado da Bahia quem a criou ou editou.*

*Ademais, a ADI nº 4384, impetrada em 2010, ainda se encontra pendente de julgamento até o ano calendário de 2016. Em assim sendo, pela própria presunção de constitucionalidade que goza uma lei, se ela ainda não foi julgada inconstitucional, é ela considerada constitucional.*

*Ainda, lembro ao n. autuado as determinações contidas no art. 167, I, do RPAF/BA:*

*Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:*

*I - a declaração de inconstitucionalidade;*

*III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.*

*Finalmente, se, acaso, a decisão final do STF for pela inconstitucionalidade dos artigos impugnados da Lei nº 123/96, esta é matéria que deve ser apreciada e decidida no futuro e não no presente. E, projeto de lei não tem força legal para desconstituir a norma posta.*

*Isto posto, passo ao mérito da questão com base na lei vigente, até então constitucional, não sendo caso de suspensão, por este foro administrativo, de sua abordagem até trânsito em julgado da ADI nº 4384.*

*Determina a Lei Complementar nº 123/96 à época dos fatos geradores:*

*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:*

*a) nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária;*

*...*

*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;*

*Art. 23. As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional.*

*Como expresso acima, e até decisão do STF, o lançamento ora em lide não viola a sistemática do Simples Nacional, pois além da cobrança do diferencial ser expressamente prevista, de igual forma, a exigência do recolhimento do imposto por substituição e/ou antecipação tributária e a impossibilidade legal de creditamento e compensação com as operações subsequentes em qualquer hipótese. Lembro neste momento de que quando do cálculo do imposto devido por antecipação total, o crédito lançado no documento fiscal é abatido para apuração do imposto.*

*Por este viés, o argumento de defesa não pode ser acolhimento.*

**A infração 3 foi mantida com base na seguinte fundamentação:**

*Ainda em relação á infração 03, o autuado insurge-se contra o percentual da MVA aplicada. Não discorda que foi ela aplicada conforme previsão legal e vigente quando da ocorrência dos fatos geradores. Sua insurgência, em síntese, é de que o seu percentual está bastante alto em relação à realidade de mercado das vendas de calçados (mercadoria que compõe o lançamento fiscal). Para consubstanciar seu posicionamento, apresenta, nos autos, estudo elaborado pelo FECOMÉRCIO/BA (junho/2015) onde é demonstrada uma retração do mercado varejista como um todo, sendo que o segmento de calçados apresentou uma redução no faturamento de 21,7% no último ano. Destaca que este estudo seguiu a metodologia adotada pela própria Secretaria da Fazenda da Bahia.*

*Aqui não se discute ser, ou não, totalmente pertinente o estudo elaborado pelo FECOMÉRCIO/BA e que ele seguiu metodologia adotada pela própria Secretaria da Fazenda da Bahia. Este argumento em nada interfere na presente decisão que, por dever, deve obedecer, fielmente, a norma legal vigente.*

*O estudo da FECOMÉRCIO/BA pode servir (e deve) para que os comerciantes, através de suas associações legais, possam obter, se assim for, junto ao Estado (Executivo e Legislativo) alterações na legislação posta. Mas nunca servir de base para uma decisão neste foro administrativo que, e inclusive, falece de competência para exercer influência sobre a matéria. Sua competência é de aplicar a norma legal.*

**A infração 4 também subsistiu em sua totalidade em virtude do seguinte:**

*Na infração 04 o contribuinte é acusado de ter emitido documento fiscal diverso daquele a que estava obrigado pela legislação tributária a emitir pelo uso regular de equipamento de controle fiscal – ECF.*

*Pela descrição da infração e das peças processuais (“ECF Detalhado” - fl. 28), em 16/01/2014 a empresa possuía instalado o ECF marca Bematech com nº de autorização 19252014000405, que esteve em uso até 12/08/2014, momento em que foi cessado. Em 25/09/2014 a empresa iniciou o uso do ECF marca Bematech com nº de autorização 19252014007604. Apesar de ter ECF instalado, no período de maio a setembro de 2014 a empresa não emitiu cupons fiscais e sim notas fiscais de vendas a varejo, escrituradas no livro Registro de Saídas e no seu livro Caixa.*

**A infração 5 foi mantida com a seguinte fundamentação:**

*Em relação á infração 05, o contribuinte é acusado de ter dado entrada no seu estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal (falta de registro da NF-e nº 1.178, emitida em 26/08/2013 no seu livro Registro de Entradas.*

*A empresa não nega as infrações. Porém requer o cancelamento ou redução das multas aplicadas com base no art. 158, do RPAF/Ba.*

*É certo que o permissivo legal contido no § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 e no art. 158 do RPAF/BA faculta ao julgador cancelar ou reduzir as multas de caráter acessório. Entretanto, deve ele dosar tal penalidade, se a situação assim se apresentar, pois tais determinações não podem ser aplicadas indiscriminadamente, sendo necessária a análise de cada caso de per si.*

*As JJF e as CJF podem reduzir ou cancelar multas por descumprimento de obrigação acessória se provado não ter existido dolo, fraude ou simulação. No presente caso, o contribuinte não faz prova. Afora que se este CONSEF seguir sistematicamente a linha de que cabe ao fisco, antes de aplicar qualquer penalidade de cunho acessório, ter que antes provar não ter havido dolo, fraude ou simulação, o deixa sem respaldo legal para poder controlar as receitas estaduais, apenas podendo aplicar corretamente a legislação tributária posta e assim agir se comprovar dolo, fraude ou simulação por parte do contribuinte ou se entender que todo o contribuinte usa da má fé, o que, me parece, levaria a uma situação insustentável.*

*No mais, o que aqui se cobra são multas específicas, determinadas em lei. E, entendo, quando a lei assim age, em qualquer momento indica dolo, fraude ou simulação. Apenas aplica penação por descumprimento de obrigação acessória e a sua existência se dar em virtude da possibilidade de inobservância pelo sujeito passivo das determinações legais. Além do mais, tem caráter educativo, visando preservar o crédito tributário.*

*E o referido artigo ainda acrescenta que, mesmo sendo comprovada a não existência de dolo, fraude ou simulação, é necessário que o fato não tenha causado prejuízo ao Erário. Esta é situação não provada nos autos já que o contribuinte ao não ter emitido documentos fiscais na forma legal, mesmo sendo obrigado ao uso do ECF, sem provar o motivo deste seu procedimento ao arrepio da norma, pode, sim, ter causado prejuízo ao Erário.*

Irresignado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário.

Quanto às infrações 1 e 2, assevera que o Estado da Bahia, ao criar as hipóteses da antecipação parcial do ICMS e da substituição tributária por antecipação para as empresas optantes pelo Simples Nacional acabou por onerar demasiadamente as suas operações comerciais, fugindo totalmente do propósito inicial do regime de tributação simplificada, instituído com o objetivo de dar tratamento tributário simplificado e menos oneroso às empresas de menor grau de faturamento e organização.

Suscita a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4384, impetrada pela Confederação Nacional dos Conferentes e Lojistas – CNDL, que se encontra pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Defende que, de acordo com os princípios que regem o direito tributário, sobretudo o da razoabilidade, enquanto a referida ADI não possuir uma decisão definitiva do STF, os processos administrativos tributários que versam sobre a matéria devem ser suspensos até o desfecho da questão.

No que tange à infração 3, ressalta de que a Lei Complementar nº 87/96 determina no seu art. 8º, II, “c”, c/c § 4º, que a margem de valor agregado – MVA deve ser estabelecida com base nos preços usualmente praticados no mercado, obtidos por levantamentos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, conforme transcreve. E nesta linha, o Estado da Bahia a ela deve obediência. No entanto, verifica-se que o MVA de calçados, constantes no Anexo 01, Item 9, do RICMS/BA, encontra-se há diversos anos sem sofrer nenhum tipo de alteração e encontra-se totalmente em desacordo com os preços atualmente praticados pelo segmento de calçados e do varejo em geral, que vive uma das suas piores crises. Para provar o que ora alega, reproduz estudo elaborado pelo FECOMÉRCIO/BA (junho/2015) onde é demonstrada uma retração do mercado varejista como um todo, sendo que o segmento de calçados, cujos produtos compõem o rol de itens elencados na Infração 3, apresentou uma redução no faturamento de 21,7% no último ano. E, destaca, a metodologia adotada para este estudo da FECOMÉRCIO/BA encontra-se respaldada pela própria Secretaria da Fazenda da Bahia – SEFAZ.

Quanto às infrações 4 e 5, requer o cancelamento ou redução das multas aplicadas com base no art. 158, do RPAF/BA.

Busca demonstrar a não ocorrência de dolo, fraude ou simulação, clamando para que seja levado

em consideração o histórico de adimplência do contribuinte e a aplicação da verdade material, pois, ao seu entender, tanto as vendas foram tributadas (infração 4) quanto as entradas das mercadorias efetivamente ocorreram, só não foram escrituradas (infração 5).

## VOTO

Quanto às infrações 1 e 2, observo que a irresignação do Recorrente reside na alegação da inconstitucionalidade da exigência do ICMS a título de antecipação parcial de contribuintes optantes do Simples Nacional.

Conforme corretamente aduzido pelo Recorrente, aguarda-se julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, a ADI nº 4384, a qual teve a sua repercussão geral reconhecida em 26/03/2010, e que analisa a constitucionalidade da exigência do ICMS antecipação parcial de contribuintes optantes do Simples Nacional.

Todavia, em que pese concordar com os argumentos dos contribuintes optantes do Simples Nacional de que tal exigência lhes coloca em situação menos favorável a que é destinada a outros contribuintes que não são optantes do Simples Nacional, quando na verdade a Constituição determina o tratamento diferenciado de forma benéfica, observamos que a lei vigente não foi afastada, sequer liminarmente, pelo Supremo Tribunal Federal, o que impede que este órgão julgador deixe de aplicá-la por força do art. 125, I, do COTEB.

Note-se que, ao nosso ver, as decisões dos Tribunais Superiores devem ser adotadas pelos órgãos de julgamento administrativos, principalmente depois do advento do NCPC. Contudo, no caso em apreço, não há decisão determinando a não aplicação da lei que exige o ICMS antecipação parcial dos contribuintes optantes pelo Simples Nacional.

O pedido do Recorrente de que os processos afetados pela ADI nº 4384 sejam suspensos até a decisão final desta, parece-nos, à primeira vista, razoável, todavia, há de se observar que esta ADI aguarda julgamento pelo Supremo Tribunal Federal há mais de 5 anos, e não se tem sequer previsão de quando venha a ser julgado. Entendemos que os contribuintes do Simples Nacional devem pressionar o Supremo Tribunal Federal para que decida a questão, mas, entendemos que não se pode exigir que o Estado deixe de aplicar uma norma legal vigente em razão do seu questionamento no Poder Judiciário. Observe-se que, caso fosse proferida uma decisão liminar na referida ADI, suspendendo a aplicação da legislação, os contribuintes poderiam exigir a não exigência de tais tributos, no entanto, não foi proferida qualquer decisão neste sentido.

Diante da inércia do Supremo Tribunal Federal, entendemos que deve ser aplicada a legislação vigente, conforme já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça:

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. ADESÃO AO SIMPLES NACIONAL QUE NÃO AFASTA A EXIGÊNCIA RELATIVA À OPERAÇÃO INTERESTADUAL. ART. 13, § 1o., XIII, G, DA LC 123/2006. OFENSA À ANTERIORIDADE ANUAL. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DE MALYSKA - DISTRIBUIÇÃO, INDÚSTRIA, COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA DESPROVIDO.*

1. Nos termos do art. 13, § 1o., XIII, g, da LC 123/2006, norma compatível com a Constituição Federal de 1988, o enquadramento no regime Simples Nacional não afasta a incidência do ICMS devido nas operações com mercadorias oriundas de outros Estados, sujeitas à antecipação do recolhimento do imposto.

2. Precedentes: AgRg no AREsp. 287.473/PE, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 18.6.2014; RMS 29.568/AM, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 30.8.2013; REsp. 1.193.911/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 2.2.2011.

3. Devem respeito à regra da anterioridade anual a instituição e a majoração de tributos, situações que não ocorreram no caso dos autos. De todo modo, só pela obediência ao art. 150, III, b, da CF/88 não se impediria a aplicação, no ano de 2007, da LC 123/2006, publicada no ano anterior, como logo se percebe.

4. Agravo Regimental de MALYSKA - DISTRIBUIÇÃO, INDÚSTRIA, COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO LTDA desprovido.

(AgRg no RMS 29.259/AM, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em

06/10/2015, DJe 15/10/2015)

Restam procedentes as infrações 1 e 2.

No pertinente à infração 3, o cerne da lide reside no percentual de MVA (margem de valor agregado) previsto no Anexo 01, Item 9, do RICMS/BA. Sustenta o Recorrente que tal percentual está muito alto e pede a sua redução com base em estudo realizado pela FECOMÉRCIO/BA, em convênio de cooperação técnica firmado entre este órgão e a SEFAZ/BA e SICM/BA (fls. 83/89) que comprova a retração do comércio varejista no Estado da Bahia, decorrente da crise econômica que o país enfrenta.

Ocorre que, conforme bem observado pela Decisão recorrida, o estudo da FECOMÉRCIO/BA deve servir como argumento para que os comerciantes, através de suas associações legais, obtenham, junto ao Estado (Executivo e Legislativo), alteração na MVA prevista na legislação, ou até busquem algum incentivo fiscal que os ajude enfrentar o momento de crise.

Todavia, tal estudo não pode servir como fundamento para afastar a aplicação da norma vigente, a qual prevê um percentual de margem de valor agregado sobre o valor da compra das mercadorias para se calcular a base de cálculo da próxima venda, cujo ICMS será recolhido de forma antecipada.

Infração 3 subsistente.

As infrações 4 e 5 se referem ao descumprimento de obrigações acessórias, neste caso, é possível a redução ou cancelamento da multa com base no art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96. Observo que tal dispositivo prevê dois requisitos para a sua aplicação: 1) ausência de dolo, fraude ou simulação, e 2) comprovação de que tal descumprimento não implicou em falta de recolhimento do imposto.

O primeiro requisito resta preenchido, pois, não há qualquer prova de ato de má-fé do contribuinte que indique, fraude, dolo ou simulação. Frise-se que a imputação de tais atos a qualquer pessoa deve ser devidamente comprovada, pois, a presunção é sempre de boa-fé, conforme determina a regra geral do Código Civil.

Quanto ao segundo requisito, deve-se observar que não é a mera existência de débito fiscal que impede a aplicação do dispositivo legal, e sim um débito que decorra do descumprimento da obrigação acessória.

No caso em análise, a emissão de documento fiscal diverso do ECF (infração 4) e a ausência de registro na escrita fiscal de mercadoria não tributável (infração 5), não acarretaram qualquer débito de imposto e nem tem referência aos débitos exigidos nas demais infrações. Isso porque as saídas de mercadorias a que fazem referência a infração 4 foram registradas no livro de Saídas e livro Caixa da empresa, conforme observou a autuação fiscal, bem como a mercadoria cuja entrada deixou de ser registrada não se submete a operação subsequente com incidência do ICMS. Sendo assim, entendemos também estar preenchido o segundo requisito do §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Por estarem preenchidos tais requisitos e por considerar a prescrição do dispositivo mencionado um poder-dever dirigido ao julgador administrativo, pois, o contrário seria permitir discricionariedade subjetiva sem qualquer controle, o que é vedado pelos princípios constitucionais insculpidos no art. 37 da Constituição Federal, entendo que é o caso de aplicação do art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96.

Como no caso em apreço, as multas aplicadas resultaram conjuntamente no valor de R\$ 5.644,94 concedo a redução para 20% do valor lançado no Auto de Infração, para que o valor das duas multas fique estipulado em R\$ 1.128,98, sendo R\$ 1.108,18 referente à infração 4 e R\$ 20,80 referente à infração 5, pois entendo que este valor é suficiente para que se mantenha o caráter pedagógico da multa, uma vez que, apesar de não acarretar em falta de recolhimento de imposto, os descumprimentos de tais obrigações acessória dificultam a fiscalização.

Ante ao exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reduzir as multas

referentes às infrações 4 e 5 para o valor total de R\$1.128,98, sendo R\$ 1.108,18 referente à infração 4 e R\$ 20,80 referente à infração 5.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232109.0019/15-9**, lavrado contra **RONALDO DE FÁTIMA GOMES (MINERA CALÇADOS)** - EPP, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$90.644,15**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.128,98**, previstas nos incisos XIII-A e XI, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de julho de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS