

A. I. Nº - 210550.0201/15-1
AUTUADO - ARCA BAIXA DO SAPATEIRO CONCEITO LTDA. - EPP
AUTUANTE - SELMA ALCÂNTARA DE LIMA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 30/03/2016

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0055-03/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração procedente. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração caracterizada. b) RECOLHIMENTO A MENOS. Contribuinte não elide a acusação fiscal. Infração subsistente. Rejeitada nulidade suscitada. Indeferido pedido de perícia contábil e diligencia fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 25/06/2015, traz a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$255.388,68, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

1 - 07.21.03. deixou de recolher ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do regime do Simples Nacional, referente mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, julho, setembro a dezembro de 2013, março, junho a agosto de 2014 no valor de R\$37.279,69, acrescido da multa de 60%;

2 - 07.21.01. deixou de efetuar o recolhimento ICMS por antecipação ou substituição tributária na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do estado, nos meses de janeiro, junho, julho e outubro de 2013, janeiro, março, maio a dezembro de 2014, no valor de R\$140.542,30, acrescido da multa de 60%;

3 - 07.21.02. efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do estado, nos meses de dezembro de 2012, fevereiro a maio, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2013, janeiro e abril de 2014, no valor de R\$77.566,69, acrescido da multa de 60%.

O autuado impugna o lançamento às fls.165/189. Registra a tempestividade de sua defesa. Diz ser pessoa jurídica de direito privado que exerce atividade de comercialização de calçados e acessórios, revestindo-se da condição de contribuinte do ICMS, 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. Transcreve as infrações que lhe foram imputadas. Afirma que alguns aspectos fáticos relevantes foram indevidamente desconsiderados pela Autoridade Fiscal, conforme discorre.

Aduz que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que alguns princípios devem ser respeitados para a manutenção da ordem econômica e financeira do país, dentre eles, tem-se o princípio do *"tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País"* (art. 170, IX, CF/1988). Este princípio tem a função de garantir que as empresas de porte menor favorecidos devem ter um favorecimento tanto tributário, como procedural, permitindo sua manutenção e estimulando novas criações.

Prossegue afirmando que a Lei Complementar nº 123/2006 veio cumprir seu papel constitucional, estabelecendo normas gerais em matéria de legislação tributária sobre o tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte, conforme preleciona o art. 146, III, "d", CF/1988, que transcreve. Aduz que o constituinte preocupou-se com o desenvolvimento da atividade da microempresa e da empresa de pequeno porte, atenção essa também dada pelo legislador infraconstitucional, por meio de lei complementar, estabelecendo as normas gerais de proteção dessas pessoas jurídicas. Comenta que a função da simplificação administrativa, contábil, fiscal e previdenciária serve para manter todos os benefícios trazidos a reboque por essas pessoas jurídicas, mas sem deixar essas atividades na informalidade, garantindo a arrecadação do sujeito ativo. Deste modo, estimular as microempresas e empresas de pequeno porte com benefícios fiscais deve ser visto como um dever constitucional que cada ente tributante tem para com essas empresas, beneficiando, ainda, o país, com o desenvolvimento desses contribuintes, que permite a evolução dos municípios, estados e união, não podendo, os benefícios fiscais, serem vistos como benesse, um favor dos entes Federados.

Entende que na prática, a intenção do constituinte não está sendo preservada, tendo em vista que os entes tributantes acabam prejudicando sobremaneira as microempresas e as empresas de pequeno porte, principalmente quando se trata da atividade de comércio, onde é possível verificar o instituto da substituição tributária e da antecipação do recolhimento do ICMS para as empresas optantes pelo simples que adquirem mercadorias de outras unidades da Federação sob a alíquota aplicável às empresas não optantes pelo Simples Nacional, o que considera um absurdo.

Explica que a sistemática do Simples Nacional consiste em regime único de arrecadação de impostos e contribuições, não podendo, sob pena de prejudicar e dificultar o procedimento administrativo, contábil e financeiro das empresas optantes pelo Simples Nacional, o poder Público estadual determinar procedimento que se demonstra diametralmente oposto ao interesse do legislador constitucional. Diz que a complexidade da legislação do Simples Nacional, por si só, já pode ser identificada como um aviltamento à Constituição Federal.

Comenta que em total obediência aos preceitos constitucionais protetivos da microempresa e empresa de pequeno porte, uma indústria, responsável pela produção de mercadorias que se enquadra no regramento da substituição tributária, sendo, portanto, considerada substituta, deve calcular e recolher o ICMS por toda a cadeia comercial. Deste modo, deverá projetar o preço final, cobrado ao consumidor final, através da chamada margem de valor agregado pelo comerciante e, só então, aplicar a alíquota do referido imposto. Com isso, as microempresas e empresas de pequeno porte sequer devem recolher a parcela de ICMS disposta no Anexo I da Resolução CGSN, tendo em vista que se trata de tributo já recolhido por substituição.

Conclui que não há de se falar em ICMS da operação por parte da substituída, optante pelo Simples Nacional, uma vez que o imposto já fora recolhido pela indústria, em sua totalidade, não devendo ser recolhido nem a título de antecipação nem no destaque do Anexo I da Resolução CGSN.

Diz que se a figura do substituto (indústria), após recolhimento mais que suficiente para cobrir a parcela do ICMS do Anexo I da Resolução CGSN do substituído (optante pelo Simples Nacional), for desconsiderada pelo ente tributante, as microempresas e empresas de pequeno porte devem recolher o ICMS através da alíquota total disposta pelo Anexo I da Resolução CGSN, que varia entre 1,25% e 3,95%, que seria o tratamento pretendido pela Carta Magna.

Explica que no que tange ao ICMS, existe a figura da antecipação tributária, onde o contribuinte, antes mesmo de efetuar o seu fato gerador, ou seja, antes mesmo de materializar a hipótese de incidência tributária, deve antecipar o pagamento do referido imposto, ora de maneira total ora de maneira parcial. Este é o procedimento adotado pelos contribuintes do ICMS.

Entende que ainda que a figura do substituto tributário (indústria) tenha sido desconsiderada para fins de utilização do valor do ICMS recolhido, não é constitucionalmente adequado falar em antecipação tributária nas empresas optantes pelo Simples Nacional, muito menos pela alíquota interna do imposto, tendo em vista que as alíquotas para as microempresas e empresas de

pequeno porte optantes pelo Simples Nacional são definidas de acordo com a receita bruta em 12 meses, variando, repisa-se, entre 1,25% e 3,95%.

Diz que no caso, Impugnante, a um só tempo, i) sofreu a antecipação na origem (aquisição mercadoria perante indústria e/ou varejista) sendo já recolhido, parcial ou total, o ICMS; ii) deixou de recolher a antecipação (total e parcial) por saber que não eram devidas ao regime do Simples Nacional, sabendo que, se fosse devido, a alíquota aplicável seria a utilizada no Anexo I da Resolução CGSN e não 17%, isto é, a alíquota cheia dos contribuintes não optantes pelo Simples Nacional.

Aduz ainda, que procedeu ao recolhimento devido através do recolhimento referente ao Simples Nacional, considerando a alíquota do ICMS apresentada pelo Anexo I da Resolução CGSN.

Pergunta como a microempresa e a empresa de pequeno porte vai ser obrigada a recolher a parcela do Anexo I da CGSN referente ao ICMS se já houve a substituição pela indústria, o que seria um contra-senso permitir uma nova tributação desta parcela mesmo após a tributação pela substituição tributária de maneira definitiva, ou seja, suficiente para suprir o percentual referente ao ICMS no Anexo I da Resolução CGSN.

Sustenta que acaso, por absurdo, restem descartados os sólidos fundamentos que militam em prol da constitucionalidade da antecipação, tanto parcial como total, nos casos de microempresas e empresas de pequeno porte, principalmente utilizando-se a alíquota interna, igualmente utilizada por empresas de regime distinto do Simples Nacional, ainda assim, o lançamento não pode ser mantido da maneira como pretende a Autoridade Fiscal, como se evidenciará a seguir.

Destaca que, muito embora a Lei Complementar nº 123/2006 e o Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN tenham se manifestado sobre o instituto da antecipação tributária, evidencia-se que a exigência do ICMS através deste instituto deve respeitar alguns limites inerentes ao próprio sistema de tributação, respeitando, inclusive, a CF/1988.

Diz que a antecipação tributária do ICMS, conforme já brevemente mencionado, é uma técnica utilizada para facilitar a fiscalização e arrecadação do imposto, podendo apresentar-se em antecipação total e antecipação parcial. A antecipação total é aquela onde a exação é considerada integralmente satisfeita no momento da antecipação, ou seja, o contribuinte já efetua o recolhimento de todo o imposto no momento da presunção de realização da hipótese de incidência tributária, encerrando-se a tributação. A antecipação parcial é aquela em que o contribuinte não encerra a tributação, tendo de recolher apenas parte do tributo pela hipótese de incidência presumida.

Afirma ter sido autuada por supostas infrações relacionadas aos dois institutos da antecipação, tanto referente à antecipação parcial como a antecipação total, dividindo-se em alegação de ausência de recolhimento e recolhimento a menor.

Por outro lado, considerando que o fornecedor seja enquadrado no Simples Nacional, o procedimento que deve ser adotado pelo adquirente e novo responsável pelo pagamento do ICMS é: (i) determinar a base de cálculo para retenção de acordo com as regras aplicáveis ao produto; (ii) aplicar a alíquota interna do produto prevista no estado, resultando no "ICMS total incidente na operação"; (iii) como o fornecedor é optante pelo Simples Nacional, deve-se presumir o ICMS da própria operação mediante aplicação da alíquota devida por contribuinte tributado, ou seja, não optante pelo Simples Nacional, sobre o valor da operação do fornecedor, que consta na nota fiscal dele; (iv) o resultado dessa dedução é o ICMS a ser recolhido por antecipação.

Explica que em ambos os casos, no momento da retenção e recolhimento da antecipação do ICMS, tanto para antecipação parcial como para antecipação total, o contribuinte, depois de aplicar a alíquota interna de seus estados, deve descontar o valor referente ao ICMS da própria operação. Deste modo, após a aplicação da alíquota de 17% sobre a base de cálculo do imposto, deve-se garantir o desconto do imposto recolhido da operação, que está em destaque na Nota Fiscal de cada fornecedor.

Diz que o agente autuador deixou de considerar os descontos do imposto constante nas notas fiscais dos fornecedores, como deve ser o procedimento de recolhimento da antecipação total e parcial. Assevera ter se colocado à disposição para apresentar todas as notas fiscais emitidas por seus fornecedores de outros estados para provar que houve recolhimentos a serem considerados como créditos, mas foram desconsiderados no momento da fiscalização. Afirma que a título de amostragem, segue algumas notas fiscais de fornecedores, a fim de comprovar que existem destaques do imposto que devem ser descontados do ICMS para chegar no ICMS da própria operação.

Aduz ter apontado descumprimento da Constituição Federal, em relação a facilitar e beneficiar as microempresas e empresas de pequeno porte, portanto requer, desde já, que o levantamento fiscal que embasou esta vergastada infração seja considerado nulo, tendo em vista que apontou ICMS indevido. Alternativamente, caso assim não entendam os Julgadores, que seja reconhecido o direito/dever de ser o auto de infração retificado, com o objetivo de serem devidamente considerados os créditos das notas fiscais das mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, a redução do valor apontado como débito das diferenças de ICMS não recolhido ou recolhido a menor, das eventuais multas aplicadas, como consectário lógico.

Alega que trabalha, quase em sua totalidade, com calçados que utilizam como matéria-prima o poliuretano (PU) para a confecção de seus solados, material que sofre desgastes ocasionando a perda do valor comercial das mercadorias e sua não comercialização, consequentemente influenciando a redução de estoque.

Discorre sobre a previsão constitucional da substituição tributária concluindo que a mesma traduz um fato gerador futuro, bem como a presunção do valor a ser utilizado como base de cálculo acaba gerando uma absurda insegurança jurídica. Sobre o tema cita Roque Antônio Carrazza que entende reforçar sua argumentação.

Entende que, considerando a primazia da realidade dos fatos em detrimento das presunções estabelecidas pelo Agente Autuador, resta evidente que houve desrespeito aos princípios aplicáveis ao procedimento administrativo, princípios estes expressos no art. 2º do Decreto nº 7.629/1999 que reproduz.

Diz ter comprovado a verdade material inerente ao procedimento dos solados fabricados com os componentes poliol e o pré-polímero, caracterizando a inocorrência do fato imponível da obrigação tributária principal atrelada ao ICMS, mormente quando provado materialmente que a empresa autuada apresentou as notas fiscais de saídas dos calçados em liquidação, bem como o registro de calçados perdidos com os danos inerentes a sua atividade econômica, além daqueles que permanecem em estoque físico, mas sem condições de comercialização.

Afirma que o pagamento de multas estabelecidas pelo art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei nº 7.014/1996, a despeito do suposto equívoco cometido, o Fisco não pode exigir a referida multa sem considerar todas as situações que levaram ao cometimento da suposta infração. Ao aplicar a multa, o Fisco deve buscar o objetivo da sua imposição, atrelando ainda com o valor do tributo e com a culpabilidade do contribuinte.

Sustenta que o princípio da razoabilidade regula o limite da aplicação de multas pelo Fisco, vedando o excesso das sanções na medida em que elas extrapolam sua finalidade, buscando a aplicação correta deste mecanismo, repudiando o efeito confiscatório das multas. Frisa que não há dúvida quanto à ausência de dolo, fraude e simulação nas supostas infrações cometidas pela Impugnante, decorrendo apenas de um equívoco e ingerência por parte de prepostos da empresa, que trabalham em cima da facilidade pretendida pela CF/1988. Cita os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade diplomas normativos editados pelo Estado (ADI nº 2.551 MC-QO/MG. Tribunal Pleno, Min. Rel. Celso de Mello. DJ de 20/04/2006, p. 5, obtido do site oficial do STF: www.stf.gov.br) que afirma reforçar sua tese.

Assevera que o auto de infração deve ser declarado nulo, pois a descrição da infração averiguada, tal como narrada, com os documentos juntados ao auto de infração, infere-se,

claramente, são insuficientes para estabelecer ao certo se o fiscal constatou a venda de mercadorias sem notas fiscais ou se apenas em razão da não escrituração das notas fiscais de entrada, presumiu a venda das mesmas sem notas fiscais.

Acaso este não seja o entendimento destes Julgadores, que se dignem de julgar improcedente o auto de infração e reconhecer como direito do contribuinte impugnante, a realização do desconto do ICMS recolhido pelos fornecedores da impugnante, reduzindo o *quantum* pretendido pela autoridade fiscal, tanto em relação à exação, como em relação à exclusão e/ou diminuição das eventuais multas cabíveis.

Requer, ainda, a juntada posterior de documentos, notadamente aqueles que identificam, ou possam identificar os fatos geradores presumidos não consumados ou consumados com valores/base de cálculo inferior à constante da pauta e/ou apontada no Auto de Infração impugnado, tudo a assegurar a escorreita aplicação da norma constitucional contida no parágrafo 7º, do art. 150, da Carta Magna, além da prevalência da verdade material, bem como a realização de diligências fiscais para constatação dos fatos aqui alegados e análise dos documentos colacionados, caso assim entenda necessário essa Junta de Julgamento.

A autuante presta a informação fiscal fls. 210/212. Repete as infrações imputadas ao autuado.

Sintetiza os termos da defesa. Afirma que equivocada é a contestação do contribuinte, uma vez que a autuação encontra-se embasada na legislação vigente como está descrita no próprio Auto, não cabendo ao autuante analisar a constitucionalidade da Lei aplicada. Repete o enquadramento legal associado a cada infração.

Frisa que devidamente fiscalizado, o autuado teve conhecimento de todos os demonstrativos e levantamentos elaborados, de forma clara e esclarecedora, recebeu cópias de todos os termos, bem como de todas as provas necessárias e suficientes à demonstração da apuração do montante do seu débito tributário, conforme determinam os arts. 46/49 do RPAF-BA, como prova documento anexado a fl. 158.

Assevera que também foram considerados todos os créditos tributários em todos os demonstrativos anexados das fls. 12 a 119 calculados pelo programa PRODIF (SEFAZ) realizados com base em Notas Fiscais Eletrônicas, como provam, inclusive, as notas fiscais que anexadas pelo próprio contribuinte as fls. 198 a 207.

Requer a procedência do auto de infração.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal - PAF está revestido das formalidades legais no que preceitua o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, tendo sido apurados o imposto, a multa e a respectiva base de cálculo, conforme demonstrativos, resumo da antecipação parcial fl. 11 e planilhas analíticas fls. 12 a 29. Resumo do ICMS/ST, falta de recolhimento e recolhimento a menos fls. 30/31 e planilhas analíticas fls. 32 a 119, cujas cópias lhe foram entregues conforme documento da fl. 158.

Entendo, portanto, que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram preenchidos. Percebo que foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes à autuação em discussão e foram respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo, ficando rejeitadas as nulidades arguidas direta ou indiretamente pelo autuado.

Quanto à diligência fiscal, constato que os demonstrativos acostados aos autos com os respectivos documentos fiscais são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, portanto, em virtude da falta de fundamento, indefiro o respectivo pleito, com base no art. 145 do RPAF/99.

No mérito, as infrações 01 e 02 referem-se a falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial e substituição tributária, respectivamente, e a infração 03 refere-se a recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial.

O lançamento de ofício visa à constituição de crédito tributário decorrente da incidência do ICMS nas operações sujeitas à antecipação parcial e substituição tributária do autuado 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, com base na legislação vigente - art. 12-A da Lei nº 7.014/96; art. 352-A c/c art. 386, inciso I, do RICMS/97; art. 321, inciso VII, alínea "b", do Decreto nº 13.780/12, para a infração 01 e art. 34, inciso III, da Lei nº 7.014/96; art. 386, inciso I e 371, do Regulamento do ICMS/97; art. 289, §1º, inciso III, alínea "b", do RICMS/2012, para as infrações 02 e 03.

Nas razões defensivas não houve contestação objetiva no que diz respeito ao levantamento fiscal que demonstraram o *quantum* devido em cada infração. O sujeito passivo apresentou argumentos genéricos para rebater a acusação fiscal, deixando de apontar qualquer inconsistência nos demonstrativos de apuração do débito elaborado pelo autuante e que dão suporte à acusação fiscal.

Na peça impugnativa, o defendant concentrar suas razões de defesa exclusivamente na tentativa demonstrar a inconstitucionalidade das exigências relativas à antecipação parcial e a antecipação ou substituição tributária sob o fundamento de que, por ser optante do Simples Nacional, a cobrança se caracteriza uma dupla exigência para o mesmo fato gerador já alcançado pelo Regime Especial Unificado.

Convém salientar que os dispositivos, legal e regulamentar que consubstanciam e lastreiam as infrações constantes do Auto de Infração decorrem expressamente de mandamento expresso no art. 13 da Lei Complementar nº 123/06, *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:

a) nas operações 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;

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;

Assim, da inteleção do § 1º art. 13 da Lei Complementar nº 123/06, resta nitidamente evidenciado o amparo legal das exigências fiscais em questão. Ou seja, tanto a antecipação parcial, insculpida na alínea "h", quanto a antecipação ou substituição tributária, expressas na alínea "g", têm suas incidências mantidas nas operações realizadas por optantes do Simples. Nestes termos, diante da inexistência de qualquer dispositivo excludente destas prerrogativas na legislação tributária

estadual, fica patente que o Auto de Infração se alicerça na estrita legalidade e em perfeita sintonia com a acusação fiscal.

No que diz respeito, especificamente, às considerações incisivas alinhadas nas razões de defesa do impugnante acerca da constitucionalidade da antecipação tributária do ICMS aplicada às empresas optantes do Simples Nacional, cabe consignar que este Órgão Julgador de Primeira Instância administrativa não tem competência para apreciar argüição de constitucionalidade, assim como para negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, no caso o Decreto nº 14.213/2012, consoante determina o art. 167, incisos I e III, do RPAF-BA/99.

O defendente alegou que comercializa calçados e que tal atividade econômica lhe impõe perdas devido ao material utilizado na fabricação dos mesmos, o poliuretano (PU), que provoca perdas no valor comercial das mercadorias e sua não comercialização gera redução dos seus estoques, fato desconsiderado pelo autuante.

Observo que além de o autuado não ter trazido qualquer elemento que prove suas alegações, eventuais perdas ocorridas no processo de fabricação de calçados já foram devidamente suportadas pelo fabricante das referidas mercadorias, não havendo prova nos autos de que tais perdas foram repassadas para o autuado.

O impugnante disse também, que como microempresa foi obrigada a recolher a parcela do Anexo I da CGSN referente ao ICMS, portanto, se já houve a substituição tributária realizada pela indústria, seria um contra-senso permitir uma nova tributação de maneira definitiva, ou seja, já teria ocorrido recolhimento de imposto suficiente para suprir o percentual referente ao ICMS no Anexo I da Resolução CGSN.

Importante esclarecer, que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, ante a inexistência de Convênio ou Protocolo, como é o caso em análise, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS ST para as operações subsequentes é do adquirente, fato que encerra para tais mercadorias a fase de tributação.

Ressalto que a própria legislação do Simples Nacional, Lei Complementar nº 123/2006, dispõe que se deve separar em campo próprio, para fins de cálculo do ICMS devido, os valores recolhidos a título de Substituição tributária, logo não há que se falar em dupla cobrança ou nova tributação sob alegação de já ter efetuado recolhimento através da alíquota disposta no Anexo I da Resolução CGSN.

O defendente alegou ser indevida a cobrança do ICMS substituição tributária, sobre um fato gerador futuro, que não ocorreu, considerando que a empresa apresentou notas fiscais de saídas de calçados em liquidação, bem como, o registro de calçados perdidos com os danos inerentes a sua atividade econômica, além daqueles que permanecem em estoque físico, mas sem condições de comercialização.

Observo que, conforme dito anteriormente, os calçados são mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, e a aplicação correta desta, encerra a fase de tributação. No caso de não realização de ocorrência do fato gerador conforme alega o autuado, o procedimento a ser adotado está disposto no art. 293 do RICMS/2012, *in verbis*:

"Art.293. Na hipótese de perda, extravio, desaparecimento, inutilização, sinistro ou quebra anormal de mercadorias recebidas com ICMS pago por antecipação, quando devidamente comprovadas tais ocorrências, sendo impossível a revenda das mercadorias, o contribuinte poderá utilizar como crédito fiscal o valor do imposto pago antecipadamente, vedado, contudo, o crédito relativo ao ICMS da operação normal, devendo a nota fiscal, emitida para esse fim, especificar as quantidades e espécies de mercadorias, seu valor e o imposto recuperado, e conter observação acerca do motivo determinante desse procedimento."

Logo, diante da ausência de qualquer elemento, carreado aos autos pelo defendente, capaz de elidir a acusação fiscal, depois de constatar o adequado enquadramento legal atribuído às irregularidades cometidas pelo autuado - infração 01 e 03 (art. 12-A da Lei nº 7.014/96) e infração 02 (art. 34, inciso III da Lei nº 7.014/96) e, examinar os demonstrativos elaborados pelo autuante, que

discriminam pormenorizadamente a origens da apuração e do débito exigido, conluso pela subsistência das infrações 01, 02 e 03.

A multa sugerida no Auto de Infração afigura-se devidamente tipificada na forma expressamente prevista na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Com relação à falta de proporcionalidade e o caráter confiscatório da multa argüidos pelo autuado, destaco que o disposto no art. 125, inciso I, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, retira do órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. No que tange ao pedido de redução de multa, tal pleito não pode ser atendido, pois, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, tal matéria ultrapassa a competência das Juntas de Julgamento Fiscal, atribuição da Câmara Superior do Conselho de Fazenda, nos termos do parágrafo 1º do art. 169 do RPAF-BA/99.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o auto de infração nº **210550.0201/15-1**, lavrado contra **ARCA BAIXA DO SAPATEIRO CONCEITO LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$255.388,68**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR