

A. I. N° - 232109.0019/15-9
AUTUADO - RONALDO DE FÁTIMA GOMES - EPP
AUTUANTE - MAURO SÉRGIO COQUEIRO GAMA
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 16/05/2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0058-04/16

EMENTA: ICMS. 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. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 10/09/2015, 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 digital 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 digital 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.

O autuado impugna o lançamento fiscal (fls. 46/70). Inicialmente transcreve todo o teor das infrações. Em seguida, passa a contestar a autuação apresentando os seguintes argumentos a seguir relatados.

Infrações 01, 02 e 03 - apresentando a diferença entre a antecipação tributária total e a antecipação tributária parcial, entende 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.

Observa ser prática comum dos estados a cobrança da antecipação parcial das empresas que possuem o regime não-cumulativo do ICMS (regime do conta corrente) e que já foi declarada constitucional pelo STF - Supremo Tribunal Federal em 2007. Em assim sendo, *“é comum a cobrança do diferencial de alíquotas na entrada de mercadorias destinadas à consumidor final, por estar prevista no artigo 155 da Constituição Federal, nos incisos VII e VIII”*, como transcreveu.

Ressalta, em seguida, de que a CF/88 só permite a cobrança do diferencial de alíquotas para consumidor final nas aquisições de bens utilizados para uso e consumo ou para incorporação ao ativo permanente das empresas. No entanto, *“o Estado da Bahia equiparou o diferencial de alíquotas relativo às entradas de bens para uso e consumo e ativo permanente à antecipação parcial do ICMS relativo às entradas de mercadorias para revendas, indo de encontro ao texto constitucional, que não admite equiparações desta natureza”*, pelo fato da existência, na Lei Complementar nº 123/2006, da possibilidade desta cobrança. Transcreve o art. 13, VII, § 1º, XIII, “g”, itens 1 e 2, “h” e § 5º da nominada lei.

Que embora a regra contida na Lei nº 123/2006 tenha dado “um ar de legalidade a referida cobrança”, ela está sendo questionada junto ao STF, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4384, impetrada pela Confederação Nacional dos Conferentes e Lojistas – CNDL, que se encontra pendente de julgamento.

Neste momento, traz trechos de matéria editada pelo STF, em 01/03/2010 e afirma que a *“conclusão a que se chega é que, de acordo com os princípios que regem o direito tributário, sobretudo o da razoabilidade, enquanto a ADI, acima resumida, não possuir uma decisão definitiva do STF, os processos administrativos tributários que versam sobre a matéria devem ser suspensos até o desfecho da questão”*.

Com tais considerações, requer a suspensão da cobrança da antecipação parcial do ICMS até que o STF conclua o julgamento da ADI nº 4384 (Infração 01 e 02), sob pena de, não o fazendo, gerar um enriquecimento sem causa do estado, na hipótese desta decisão do STF ser pela inconstitucionalidade da cobrança.

No que tange à infração 03, entende que, como não pode se creditar dos valores pagos a título de substituição tributária, é ela exigência ilegal, inviabilizando a atividade empresarial do pequeno e micro empresário e indo de encontro ao quanto disposto no art. 146, III, “d”, da CF/88.

Informa que a inconstitucionalidade desta cobrança é tão gritante, 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 ou prestados por microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, demonstrando, assim, que tal exigência encontra-se em desacordo com o comando constitucional.

Apresenta outro argumento para desconstituir a infração 03.

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 03, apresentou uma redução no faturamento de 21,7% no último ano. E, destaca, a metodologia adotada para este estudo da FECOMERCIO/BA encontra-se respaldada pela própria Secretaria da Fazenda da Bahia – SEFAZ.

Diante do que expões, afirma restar claramente demonstrado que os percentuais de MVA aplicáveis ao segmento de calçados, de 56,87% para compras com alíquota de 7%, e de 48,43% para compras com alíquota de 12%, encontram-se totalmente defasados, devendo não só ser objeto de reparação pelo Estado da Bahia, como determinar a improcedência da infração 03.

Após tais colocações, requer o cancelamento ou redução das multas aplicadas nas infrações 04 e 05, com base no art. 158, do RPAF/BA.

E neste caminhar, passa a demonstrar a não ocorrência de dolo, fraude ou simulação e que não houve implicação no recolhimento do ICMS.

Quanto a falta de pagamento do imposto, o próprio fisco, quanto a infração 04, atestou de que vendas foram escrituradas no Livro de Saídas e Livro Caixa da empresa. Já em relação à infração 05, por não se tratar de falta de registro de notas fiscais de saída nenhum prejuízo ocorreu.

Em seguida, passa a discorrer a respeito da não ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Nesta argumentação emite juízo sobre a idoneidade e tradição da empresa, que em qualquer momento se omitiu a fornecer informações quando da entrega dos documentos solicitados pelo fisco, discorre sobre o princípio da boa-fé e que a quantidade dos documentos fiscais identificados pelo fisco foi irrisória para concluir que *“é evidente que a escrituração efetuada em desacordo com a legislação de apenas alguns documentos não pode ser considerado como sendo com intuito de dolo, fraude ou simulação”*.

Diz que embora reconheça o poder discricionário aos órgãos julgadores do CONSEF no sentido de deliberar pelo cancelamento ou não das multas de natureza acessórias, seu apelo *“é no sentido de que o caso concreto seja analisado de forma abrangente, considerando o histórico de adimplência da Impugnante, a ausência de dolo, fraude ou simulação e principalmente, a aplicação do princípio da verdade material neste caso, pois tanto as vendas foram tributadas (Infração 04) quanto as entradas das mercadorias efetivamente ocorreram, só não foram escrituradas (Infração 05), o que motivou a aplicação desta multa acessória nas duas infrações”*.

E diante do princípio da verdade material (discutido em minúcia), diz que em um processo administrativo, não pode o Julgador estar adstrito às provas colhidas nos autos, mas sim deve buscar àquelas que não foram colacionadas pelas partes, desde que colhidas de forma lícita.

Em seguida, passa à discursão da aplicação de multas de caráter acessório a decisões tomadas pelo poder judiciário, para afiançar que nestes tribunais, comprovada a lisura da operação, sem indícios de sonegação ou má-fé, deve prevalecer a verdade material acima de tudo, independente do cumprimento ou não de meras obrigações acessórias. Reproduz decisão do STJ sobre o aproveitamento de crédito fiscal consignado em documento fiscal considerado inidôneo.

Com tais considerações, requer o encaminhamento dos autos em diligência para provar suas alegações em relação às infrações 04 e 05. E que após retorno desta diligência que elas sejam canceladas.

Faz seus pedidos finais conforme já relatado.

Em sua informação fiscal (fl. 92/94), o autuante nomeia as infrações do presente lançamento fiscal com seu valor histórico e as páginas da defesa e dos documentos pela empresa apresentados.

Ressalta que o impugnante não apresentou “*nenhuma planilha de cálculo tributário ou recálculos dos valores apurados na ação fiscal*”, o que o levava a entender de que a discordância existente a eles não se referem, e que, inclusive, foram previamente conferidos pela Contabilidade responsável pela empresa e entregue cópias em arquivo digital das mesmas.

Apresentar uma síntese dos argumentos defensivos, quais sejam:

1. Que o ICMS devido por antecipação parcial é inconstitucional ou tem sua constitucionalidade questionada por uma ação direta de constitucionalidade (ADI) impetrada pela Confederação Nacional dos Conferentes e Lojistas (fls. nºs 50/ 56 do PAF).
2. O seu inconformismo quando o Estado da Bahia equiparou o diferencial de alíquotas relativo às entradas de bens para uso e consumo e ativo permanente à antecipação parcial do ICMS relativo às entradas de mercadorias para revenda, indo de encontro ao texto constitucional (fl. 52)
3. Sua discordância específica quanto à cobrança do ICMS por antecipação tributária em aquisições interestaduais, quando é utilizado para corroborar a argumentação um Projeto de Lei Complementar de nº 237/2012 e uma Pesquisa Conjuntural do Comércio Varejista – Bahia de 2015 (parágrafo final da fl. nº 56 até o início da fl. nº 63).
4. Destaca os trechos das fls. nºs 59 e 60 do PAF (transcritos).

Sobre as infrações 04 e 05, afirma de que o impugnante não apresentou, nem expôs, “*quaisquer dúvidas de que as operações mercantis que ensejaram as multas formais tenham sido realizadas pela autuada. Ou seja, a Defesa não discorda que realmente as operações descritas nas infrações foram realizadas pela empresa autuada*”.

Que às fls. 63/ 69 a empresa apresenta tópicos de doutrina, legislação e jurisprudência sobre fraudes, dolo e simulações de atos empresariais com repercussão tributária para embasar seus pedidos de suspensão de cobrança, improcedência, diligência e cancelamento de multa (fls. 69/70).

E conclui: “*A Informação Fiscal reafirma que as ocorrências e cálculos tributários da Autuação não foram questionados nem tiveram discordância da Defesa. Assim, entendemos que tais cálculos são plenamente aceitáveis no julgamento do PAF. Como também entendemos não ser competência da Autuação e da Informação Fiscal operar o Direito Tributário nas bases teóricas recorridas pela Defesa. Diante do exposto e com fundamento na legislação, requeremos que o presente auto de infração seja julgado PROCEDENTE*”.

A Infaz Vitória da Conquista intima o contribuinte para tomar conhecimento da informação fiscal prestada. Concede prazo de dez dias para que ele se manifeste (fl. 98/99).

O contribuinte apresenta manifestação com sua discordância aos termos da informação fiscal (fls. 102/109). Diz ser “situação cômoda” do autuante afirmar não ser de sua competência operar o Direito Tributário nas bases apresentadas pela defesa ao invés de verificar os fatos argüidos.

Em assim sendo, manifesta a presente discordância em relação à postura do autuante, pois se ele tivesse analisado a sua argumentação poderia ajudar na formação do juízo de valor do julgador.

Discorre sobre a ADI nº 4384, na forma já exposta, e diz que “*poderia o fiscal autuante confirmar essa alegação defensiva, inclusive juntando a posição mais atualizada desse extrato*”.

No que diz respeito à MVA utiliza-se da mesma argumentação e afirma que “*poderia o fiscal autuante confirmar que o referido estudo, de fato, existiu e que o resultado indica que o MVA praticado no segmento de calçados encontra-se totalmente em desacordo com as margens atualmente praticadas*”.

Quanto às infrações 04 e 05 aponta de que a irregularidade não causou prejuízo ao Erário. Em assim sendo, “*poderia o fiscal autuante, neste caso, atestar o que foi alegado, o que iria*

contribuir para que a autoridade julgadora pudesse deliberar pela dispensa da multa”, conforme solicitado.

Apresenta os mesmos pedidos finais da sua inicial.

Em nova manifestação (fl. 113), o autuante ratifica seus argumentos já expostos, vez que a empresa não trouxe aos autos nada de novo a ser comentado.

VOTO

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.

Passo ao mérito das questões suscitadas.

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 á 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 expressei 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 subseqüentes 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.

Ainda em relação à 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.

Diante de tudo exposto, mantenho em sua totalidade as infrações 01, 02 e 03 do presente Auto de Infração.

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.

Em relação à 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 apresente, 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.

Voto no sentido da não redução das multas aplicadas nas infrações 04 e 05, mantendo inalterada a exigência fiscal.

Diante de tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232109.0019/15-9**, lavrado contra **RONALDO DE FÁTIMA GOMES - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$90.644,15**, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, II. "d" da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além das multas de caráter acessório no valor de **R\$5.644,94**, prevista no art. 42, XIII-A e XI do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de abril de 2016

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

TERESA CRISTINA DIAS DE CARVALHO- JUGADORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR