

**A. I. Nº** - 232109.0020/15-7  
**AUTUADO** - COMÉRCIO DE CALÇADOS MARY & ANA LTDA. (MINAS CALÇADOS) - EPP  
**AUTUANTE** - MAURO SÉRGIO COQUEIRO GAMA  
**ORRIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 20/05/2016

#### **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0067-01/16**

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. EMPRESA NA CONDIÇÃO DE OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. a) FALTA DE RECOLHIMENTO; b) RECOLHIMENTO A MENOS. Defesa não comprovou recolhimento. 3. ENTRADA DE MERCADORIA SEM O DEVIDO REGISTRO NA ESCRITA FISCAL; a) NÃO TRIBUTÁVEL; b) MERCADORIA TRIBUTÁVEL. Decretada, de ofício, a redução da multa de 10% para 1%, tendo em vista a cominação de multa mais benéfica de acordo com a Lei nº 13.461/2015. Infrações comprovadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 10/09/2015 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$369.571,17, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - 07.21.01 - 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. Valor histórico: R\$299.268,82 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 2 - 07.21.03 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor histórico: R\$63.222,33 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 3 - 07.21.04 - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor histórico: R\$5.743,00 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 4 - 16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(s) sem o devido registro na escrita fiscal. Valor histórico: R\$1.142,17 - Multa de 1%;

INFRAÇÃO 5 - 16.01.01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Valor histórico: R\$194,85 - Multa de 10%;

O Contribuinte tomou ciência do feito em 15/09/2015, tendo como limite para apresentação da defesa o dia 16/11/2015. Todavia, constatamos que tempestivamente, a autuada apresentou

impugnação ao lançamento, constante às fls. 53 a 76, em 13/11/2015. Quando alinhou o seguinte arrazoado.

A defesa inicia a argumentação informando que objetivando dar a sua impugnação uma melhor organização, agrupou as alegações defensivas relativas às infrações 1, 2 e 3 as quais foram apresentadas de forma conjunta. Feita esta consideração, continua discorrendo sobre a diferença em tese entre a antecipação parcial e a cobrança antecipada por substituição tributária.

Pondera que o SIMPLES NACIONAL é um regime tributário diferenciado e que entende que o fato do Estado da Bahia criar as hipóteses da antecipação parcial do ICMS e da substituição tributária por antecipação para estas empresas acabou por onerar demasiadamente as suas operações comerciais concluindo que esta prática foge totalmente do propósito inicial deste regime de tributação simplificado. Incluindo também tese quanto a inconstitucionalidade quanto ao pagamento de diferença interestadual de alíquota pela aquisição de mercadoria de outro estado da federação para fins de revenda por empresas optantes do simples nacional, acrescentando que está sendo objeto de questionamento no Supremo Tribunal Federal acerca da sua legalidade através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4384, impetrado pela Confederação Nacional dos Conferentes e Lojistas - CNDL, e apresenta excertos que afirma tratar-se da matéria editada pelo próprio STF, em 01 de março de 2010, sobre o tema.

Pede em seguida a esta Junta de Julgamento Fiscal, *"(...)que seja declarada a suspensão da cobrança da antecipação parcial do ICMS até que o STF conclua o julgamento da ADI nº 4384 (Infração 02 e 03), sob pena de, não o fazendo, gerar um enriquecimento sem causa do estado, na hipótese desta decisão do STF ser pela inconstitucionalidade da cobrança."*

Segue agora argumentando sobre a substituição tributária do ICMS por antecipação (Infração 1), imposta pela legislação estadual às empresas optantes pelo SIMPLES NACIONAL, e afirma a defesa que o entendimento da Impugnante é o de que, diferentemente das empresas não optantes deste regime simplificado, as optantes pelo SIMPLES não podem creditar-se dos valores pagos a título de substituição tributária devendo pagá-los antes mesmo da efetiva fatura, e que, por este motivo, tal cobrança é ilegal, e se apodera de teses sobre a inconstitucionalidade da referida exação fiscal.

Alega também que a Lei Complementar nº 87/96, que instituiu o ICMS, determina no seu artigo 8º, inciso II, alínea "c", c/c § 4º, dispositivos que reproduz, 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. E entende por contra-senso o fato de que, ao seu ver, o MVA de calçados, constantes no Anexo 01, Item 9, do RICMS/BA, encontrar-se há diversos anos sem sofrer nenhum tipo de alteração e que a prova disso são os demonstrativos fiscais, onde afirma que se percebe claramente que nos anos de 2012, 2013 e 2014, os percentuais de MVA utilizados foram os mesmos, quais sejam, de 56,87% quando as aquisições ocorreram com ICMS destacado de 7%, e de 48,43%, nas aquisições ocorridas com imposto destacado de 12% e acrescenta que tais percentuais de MVA encontram-se em desacordo com os preços atualmente praticados pelo segmento de calçados e de varejo em geral, em virtude a crise econômica atual, apresentando neste sentido planilhas de estudo econômico elaborados por entidades que defendem interesses do setor varejista.

Deduz de suas argumentações haver 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 ser objeto de reparação pelo estado da Bahia. E por isto, requer a Impugnante a improcedência da Infração 1, pois os valores cobrados a título de ICMS Substituto foram calculados considerando uma MVA totalmente em desacordo com os preços praticados atualmente no segmento de calçados.

Quanto as infrações 04 e 05 por se tratarem de imposições relativas ao descumprimento de obrigações acessórias, e por não denotarem a prática de dolo, fraude, simulação ou falta de pagamento do imposto, a Impugnante requer o cancelamento ou a redução das respectivas

multas, citando a previsão inserida no artigo 158, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a qual transcreve.

Afirma que a Impugnante tem tradição de agir com boa-fé e que a falta de registro de notas fiscais restringe-se a apenas 10 documentos, e que é um número irrisório comparado com o volume de operações do contribuinte, pedindo pela aplicação do princípio da verdade material, colacionando, em seguida, a doutrina sobre o tema.

Requer a Impugnante ao final que as infrações 4 e 5 deste PAF sejam convertidas em diligência para que possa ser apurado que efetivamente todas as notas de entradas efetivamente deram entrada no seu estabelecimento e posteriormente o cancelamento das multas cobradas nas infrações 4 e 5 deste Auto, conforme artigo 158, do RPAF.

Para concluir relaciona os pedidos:

*"Diante de todo o exposto, requer a Impugnante a improcedência da Infração 01, pois além da inconstitucionalidade verificada na cobrança da substituição tributária por antecipação em empresas optantes do SIMPLES NACIONAL, foi ainda verificado que os valores cobrados a título de ICMS Substituto foram calculados considerando uma MVA totalmente em desacordo com os preços praticados atualmente no segmento de calçados.*

*Em relação à Infração 02 e Infração 03, requer a Impugnante à esta egrégia Junta de Julgamento Fiscal, que seja declarada a suspensão da cobrança da antecipação parcial do ICMS até que o STF conclua o julgamento da ADI nº 4384, que possui relação direta com as referidas infrações.*

*Finalmente, em relação à Infração 04 e Infração 05, requer a Impugnante, inicialmente, a conversão do PAF em diligência à ASTEC, para que este órgão possa constatar que as mercadorias relacionadas nessas infrações efetivamente deram entrada no estabelecimento. Posteriormente, após o retorno do PAF, requer a Impugnante o cancelamento da multa cobrada nessas infrações, haja vista que todos os requisitos constantes no artigo 158, do RPAF foram atendidos, conforme demonstrado ao longo desta defesa."*

O Autuante esclarece que a Defesa não questionou a apuração do débito nem apresentou a seu favor qualquer planilha de cálculo tributário ou recálculos dos valores apurados na ação fiscal.

Acrescenta ainda que conforme se pode verificar das fls. nºs 1 e 2 e 48 do PAF, as planilhas de cálculos elaboradas na ação fiscal foram previamente conferidas pela Contabilidade responsável pela empresa autuada e foram entregues cópias em arquivo digital de tais planilhas à empresa.

Do que entende se permite depreender de que as discordâncias da Defesa sobre a Autuação não são referentes aos cálculos tributários elaborados na ação fiscal.

Recorda que, para as infrações 1, 2 e 3 do Auto de Infração a Defesa argumenta 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, como se lê nas fls. nºs 56 a 62 do PAF.

Sobre as infrações nºs 4 e 5 do Auto de Infração, entende o Autuante que a Defesa não apresentou nem expôs quaisquer dúvidas contestem a afirmação de que as operações mercantis que ensejaram as multas formais tenham sido realizadas pela autuada. Fato que em seu entender confirma que a Defesa não discorda que realmente as operações descritas nas infrações foram realizadas pela empresa autuada.

Entende, por fim, que não é de competência da Autuação e da Informação Fiscal operar o Direito Tributário nas bases teóricas recorridas com repetição pela Defesa.

E conclui requerendo que o presente auto de infração seja julgado PROCEDENTE.

A Defesa apresenta novos arrazoados acerca da Informação Fiscal prestada pelo Autuante, onde afirma que ao seu pensar não foi apresentado nenhum fato ou documento distinto daqueles já apresentados quando da lavratura do Auto de Infração.

Afirma ainda a defesa que a opção em se omitir de verificar os fatos trazidos sobre questões de direito apesar de amparado pela legislação estadual, não impediria o Autuante de se pronunciar sobre outras questões, como:

- a) confirmar estudo feito em parceria entre a FECOMERCIO e a SEFAZ-BA, que indica que o MVA praticado no segmento de calçados encontra-se totalmente em desacordo com as margens atualmente praticadas.
- b) ao tratar das infrações 4 e 5, confirmar que a Impugnante mencionou que o cometimento dessas infrações não implicou na falta de recolhimento do tributo mensal.
- c) atestar diante de tudo o que foi alegado, o que iria contribuir para que a autoridade julgadora pudesse deliberar pela dispensa da multa, conforme solicitação da Impugnante na sua defesa.

Ao final reitera os pedidos constantes da peça inicial.

## VOTO

Inicialmente devemos circunscrever que o presente processo trata de Auto de Infração e se refere a lançamento de crédito tributário relativo ao ICMS estando adstrito à legislação do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos (Simples Nacional).

O que se depreende, inicialmente, dos documentos acostados aos autos é que o Autuante lançou crédito tributário em desfavor da autuada no valor de R\$369.571,17, com aplicação de multa no percentual de 60%, em vista de cinco acusações conforme foram retro alinhadas.

Quanto às infrações 1, 2 e 3 a defesa foi exclusivamente alinhavada sob argumentos eminentemente jurídicos e unicamente de sede constitucional, discorrendo sobre a constitucionalidade quanto a possibilidade da exigência do ICMS substituição tributária por antecipação total ou parcial em virtude de ser o contribuinte optante do Simples Nacional.

A despeito da matéria está sendo objeto de questionamento no Supremo Tribunal Federal acerca da sua legalidade através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4384, impetrado pela Confederação Nacional dos Conferentes e Lojistas - CNDL, entendemos que o julgamento administrativo, sobretudo, persegue a verdade material, podendo, entretanto, se inclinar diante de um argumento eminentemente jurídico calcado no ordenamento positivado e comumente aceito, mas entendo que não poderá jamais decidir que seja declarada a suspensão da cobrança da antecipação parcial do ICMS (Infração 2 e 3), como quer a defesa, até que o STF conclua o julgamento da ADI nº 4384. Portanto, sou contra este pleito.

Quanto a arguição de haver 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 ser objeto de reparação pelo estado da Bahia. Entendo que este motivo não pode ser objeto de fundamentação pela improcedência da Infração, posto que o Autuante e o CONSEF devem ater-se às regras positivadas na legislação do ICMS, trata-se de assunto a ser levado pelo setor calçadista a administração tributária da SEFAZ, objetivando alicerçar procedimentos futuros, nunca o passado.

Como assevera o Autuante, a Defesa não se ocupou de contestar os valores lançados, quer seja sob o aspecto dos dados levantados para o cálculo com base nos documentos fiscais, quer seja quanto aos próprios cálculos que resultaram na imposição fiscal, de forma que no mérito a Defesa não apresenta argumentos contrários aos apresentados pelo Autuante.

Quanto às infrações 4 e 5, a Defesa não enfrenta o mérito, se limita ao final, a requerer que as infrações 4 e 5 deste PAF sejam convertidas em diligência para que possa ser apurado que efetivamente todas as notas de entradas efetivamente deram entrada no seu estabelecimento.

Todavia entendemos inócua a diligência, posto que a conclusão a que se pretende tirar de sua efetivação é simplesmente a confirmação quanto ao acerto da multa aplicada, pois confirmada que as notas fiscais deram de fato entrada de mercadorias, que representam aquisições fáticas pelo contribuinte em questão, e que estes documentos não foram registrados em sua escrita fiscal, restará confirmada, redundantemente, a infração, digo isto, posto que a confissão perpetrada com este pedido de diligência já seria o bastante, não fosse os documentos acostados pelo Autuante. Portanto, negamos o pedido de diligência.

Nego também o pedido de cancelamento das multas cobradas nas infrações 4 e 5 deste Auto de Infração, conforme artigo 158, do RPAF, posto que a Defesa não se incumbiu de forma eficaz da negação pressuposto da presença do dolo e da fraude em sua prática delitiva fiscal. Todavia a multa aplicada na infração 5 de 10% deve ser modificada para 1%, tendo em vista a cominação de multa mais benéfica para a infração prevista no inciso IX do caput do art. 42 da Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 13.461, de 10/12/15.

Pelo exposto opino pela PROCEDÊNCIA deste Auto de Infração sob julgamento.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232109.0020/15-7**, lavrado contra **COMÉRCIO DE CALÇADOS MARY & ANA LTDA. (MINAS CALÇADOS) - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$368.234,15**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.161,66**, previstas nos incisos IX e XI, do citado artigo e diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala de Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2016.

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR