

A. I. Nº - 232535.0002/15-6
AUTUADO - F. A. DA SILVA NETO
AUTUANTE - LUIZ GONZAGA DA SILVEIRA JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 23/05/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0081-03/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. b) RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. **2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. b) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** 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. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/06/2015, refere-se à exigência de R\$371.166,15 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 07.21.01: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, 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, referente às aquisições de mercadorias de fora do Estado, nos meses de julho, agosto e dezembro de 2012 a dezembro de 2013; janeiro, março a dezembro de 2014. Valor do débito: R\$328.950,23. Multa de 60%.

Infração 02 – 07.21.02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, 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, referente às aquisições de mercadorias de fora do Estado, no mês de julho de 2012. Valor do débito: R\$309,69. Multa de 60%.

Infração 03 – 07.21.03: Falta de recolhimento do ICMS a título de antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias de fora do Estado, nos meses de junho, agosto e outubro de 2012; fevereiro, abril, maio, julho, agosto, outubro a dezembro de 2013; maio e julho de 2014. Valor do débito: R\$35.509,46. Multa de 60%.

Infração 04 – 07.21.04: Recolhimento efetuado a menos do ICMS relativo à antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias de fora do Estado, nos meses de agosto e setembro de 2012. Valor do débito: R\$6.338,05. Multa de 60%..

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 426 a 452 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e informa que é pessoa jurídica de direito privado que exerce atividade de comercialização de calçados e acessórios, revestindo-se na condição de contribuinte do ICMS, como empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

Reproduz os itens da autuação fiscal e alega que alguns aspectos fáticos relevantes foram indevidamente desconsiderados pela Autoridade Fiscal. Diz 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). Afirma que este princípio tem a função de garantir que as empresas de porte menos favorecidas devem ter um favorecimento tanto tributário como procedimental, permitindo sua manutenção e estimulando novas criações.

Ainda sob o aspecto dos princípios gerais da atividade econômica, diz que o constituinte garantiu que "a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei" (art. 179, CF/1988).

Ressalta 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, e 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.

Diz que se percebe 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, sem arrecadação. Deste modo, estimular as microempresas e empresas de pequeno porte com benefícios fiscais deve ser visto como dever constitucional que cada ente tributante tem para com essas empresas.

Diante do quanto demonstrado através de base constitucional, afirma 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.

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

Também entende que 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. Afirma 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.

Frisa que é de clareza solar a inconstitucionalidade do procedimento da antecipação tributária, tanto total como parcial, nas microempresas e empresas de pequeno porte. Qualquer um que analise o direito com equidade, pautando-se na teleologia constitucional, norma maior do ordenamento jurídico, que emana todo o fundamento de validade para as demais normas, percebe tamanho o injusto prejuízo causado as microempresas e empresas de pequeno porte.

No que tange ao ICMS, lembra que 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. Entretanto, considerando todas as pretensões constitucionais para as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional, entende que este procedimento não é o adequado, sob pena de burocratizar o regime e, o que é pior, de negar a aplicação da norma constitucional que assegura o favor legal à microempresa e a empresa de pequeno porte.

Considerando 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 entre 1,25% e 3,95%, o defendente alega que 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.

Diz que a Autoridade Fiscal entendeu que o defendente deixou de efetuar o recolhimento da antecipação parcial e total ou recolheu em valores abaixo do supostamente devido, considerando como alíquota devida a interna do Estado da Bahia, ou seja, 17%. Com isso, além de deixar de considerar a substituição tributária da indústria, desconsiderou a alíquota utilizada pelo Anexo I da Resolução CGSN (1,25% até 3,95%), além de ter dispensado ao impugnante, optante pelo Simples Nacional, o tratamento comum, desrespeitando a regra constitucional.

Em que pese o quanto estabelecido pelo art. 13, §1º, XIII, "g" da Lei Complementar n. 123 e pelo art. 155, §2º, VII e VIII da CF/1988, respaldando-se na pretensão constitucional e interpretação sistemática da Constituição Federal, que busca o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte optante pelo regime do Simples Nacional, alega que restou evidente que a figura da antecipação tributária pela alíquota interna importa em total afronta aos mandamentos constitucionais. Repisa que seria um contra-senso estabelecer medidas favorecedoras para as microempresas e empresas de pequeno porte e, a um só tempo, aplicar a mesma alíquota das empresas comuns regidas pelas normas na antecipação, prejudicando o contribuinte e inviabilizando a manutenção de sua atividade.

Acaso, por absurdo, retem descartados os fundamentos que militam em prol da inconstitucionalidade 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, entende que, ainda assim, o lançamento não pode ser mantido da maneira como pretende a Autoridade Fiscal. Diz que a antecipação tributária do ICMS é uma técnica utilizada para facilitar a fiscalização e arrecadação do imposto, podendo apresentar-se em antecipação total e antecipação parcial.

Comenta sobre antecipação tributária "total" e parcial, dividindo-se a autuação em ausência de recolhimento e recolhimento a menos. Diz que a maioria dos estados brasileiros exige das

empresas optantes pelo Simples Nacional, com o pretexto de proteger os contribuintes e a arrecadação, a diferença de alíquota do ICMS quando adquirem mercadorias oriundas de outras unidades da federação. A forma de tributação do ICMS nas empresas optantes pelo Simples Nacional é bastante polêmica, uma vez que não leva em consideração a teleologia do constituinte, prejudicando as microempresas e empresas de pequeno porte tanto no que se refere aos procedimentos contábeis e administrativos quanto financeiramente.

Considerando que o fornecedor não seja enquadrado no Simples Nacional, entende que o procedimento que deve ser adotado pelo adquirente e novo responsável pelo pagamento do ICMS é determinar a base de cálculo para retenção de acordo com as regras aplicáveis ao produto e aplicar a alíquota interna do produto prevista no estado sobre essa base de cálculo da retenção, o resultado desse cálculo resultará no "ICMS total incidente na operação". Deste "ICMS total incidente na operação" deve ser deduzido o "ICMS da própria operação" destacado na nota fiscal do remetente e este será o valor do ICMS a ser recolhido por antecipação.

Considerando que o fornecedor seja enquadrado no Simples Nacional, afirma que 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 NF dele; (iv) o resultado dessa dedução é o ICMS a ser recolhido por antecipação. Percebe-se 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.

Afirma que, 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.

Alega que o autuante deixou de considerar os descontos do imposto constantes nas notas fiscais dos fornecedores, como deve ser o procedimento de recolhimento da antecipação total e parcial, e que se colocou 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.

Informa que anexou aos autos, (doc. 03), apenas a título de amostragem, 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". Sem desconsiderar o objeto da defesa que aponta descumprimento da Constituição Federal, em relação a facilitar e beneficiar as microempresas e empresas de pequeno porte, o impugnante requer, desde já, que o levantamento fiscal que embasou esta vergastada infração seja considerado nulo.

Alternativamente, caso assim não entendam os Julgadores, pede 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, conseqüentemente, a redução do valor apontado como débito das diferenças de ICMS não recolhido ou recolhido a menos, conseqüentemente, das eventuais multas aplicadas, como consectário lógico.

Na busca da verdade material diz que é importante destacar que empresas do ramo comercial que trabalham com calçados, como o impugnante, sofrem com uma dificuldade extra, trazida pela matéria-prima utilizada na fabricação dos solados dos calçados, e o estabelecimento autuado trabalha quase em sua totalidade com calçados que utilizam como matéria-prima o poliuretano (PU) para a confecção de seus solados.

Informa que todos os materiais feitos de poliuretano podem sofrer com o processo de hidrólise, que nada mais é do que a inversão do processo químico que forma o PU, acarretando a separação dos dois elementos que o compõe: o polil e o pré-polímero.

Comenta sobre as dificuldades impostas pelo exercício de suas atividades, fala sobre o regime de substituição tributária e diz que foi autuado também pelo não recolhimento do ICMS na forma antecipada na qualidade de sujeito passivo por substituição progressiva, apegando-se a figura da responsabilidade tributária por fato futuro e incerto, estabelecendo valores presumidos como elementos configuradores da base de cálculo e alíquota, por exemplo.

Diz que a consideração de um fato gerador futuro, bem como a presunção do valor a ser utilizado como base de cálculo acaba gerando uma absurda insegurança jurídica. Diante disto, considerando que o princípio da segurança jurídica é cláusula pétrea, vez, que se relaciona diretamente com direitos individuais, entende que restou assegurada a restituição da quantia paga, ante a não ocorrência do fato gerador presumido ou a sua inconstitucionalidade. Desta forma, considerando que a EC n.º. 3/93 desrespeitou o princípio da segurança jurídica, bem como garantias do regime republicano, resta evidente sua inconstitucionalidade.

Ressalta que esta questão já fora analisada pela doutrina pátria, conforme se infere dos ensinamentos de Roque Antônio Carrazza. Reconhece que a autoridade administrativa não tem atribuição para declarar a inconstitucionalidade dos preceitos legais, mas deve deixar de aplicar norma inconciliável com a ordem constitucional originária. Frisa que ao assegurar a restituição da quantia paga, caso não seja realizado o fato gerador, a Constituição limita o poder dos entes arrecadadores à efetiva ocorrência do fato gerador.

Se a mercadoria ficou inapropriada para o comércio, entende que dúvida não há quanto à inoccorrência do fato gerador anteriormente presumido pelo Fisco. Alega que resta evidente que o estado da Bahia não pode, de maneira alguma, cobrar ICMS antecipação de fato gerador que não ocorreu. Devendo o auto ser desconsiderado quanto aos fatos não realizados. Neste mesmo diapasão devem ser desconsideradas, para os produtos que sofreram redução substancial de preços devido ao inevitável dano causado pela hidrólise do P.U., as Margens de Valores.

Quanto mais tempo os calçados ficam em suas respectivas prateleiras para venda ou guardados no estoque, mais danificados ficam esses calçados e menor será o preço para comercialização, muitas vezes chegando até a perda da mercadoria. Diz que a busca da verdade material encontra elucidativa guarida na doutrina pátria, conforme posicionamento de Aurélio Pitanga Seixas Filho (1995) em sua obra "Princípios Fundamentais do Direito Administrativo Tributário".

Diante de tudo quanto exposto, considerando a primazia da realidade dos fatos em detrimento das presunções estabelecidas pela Fiscalização, alega restar evidente que houve desrespeito aos princípios aplicáveis ao procedimento administrativo, princípios estes expressos no art. 2º do RPAF/BA, Decreto n.º. 7.629/1999.

Informa que apresentou as notas fiscais de saída dos calçados em liquidação, bem como o registro de calçados perdidos com os danos calçados, além daqueles que permanecem em estoque físico, mas sem condições de comercialização diante das perdas e danos incidentes sobre os calçados. Diante da análise do Termo de Encerramento é possível verificar que o autuante o pagamento de multas estabelecidas pelo art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei n. 7.014/1996 (60% - dez por cento). Entende que o Fisco não pode exigir a referida multa sem considerar todas as situações que levaram ao cometimento da infração apurada. 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.

Afirma ser indispensável perceber a multa como ferramenta desestimulante e punitiva do ilícito e não como mecanismo para que o agente lance mão do patrimônio alcançado com a atividade empresarial. Frisa que o princípio da razoabilidade regula o limite da aplicação de multas pelo Fisco, vedando o excesso das sanções na medida em que elas extrapolem sua finalidade,

buscando a aplicação correta deste mecanismo, repudiando o efeito confiscatório das multas. Diz que não há dúvida quanto a ausência de dolo, fraude e simulação nas infrações apontadas, decorrendo apenas de um equívoco e ingerência por parte de prepostos da empresa.

Indaga, se o tributo não pode ser utilizado com o efeito de confisco, por que a multa poderia ser utilizada para este propósito. Afirma que seria um contra-senso a Constituição coibir a utilização dos tributos com efeito confiscatório e o Fisco se aproveitar de multas draconianas para confiscar o patrimônio do contribuinte. Destaca o entendimento dos Tribunais sobre o tema.

Diante de todos os argumentos apresentados, entende que são descabidas as penalidades aplicadas, impondo-se a redução das multas desproporcionais, sendo aplicável aqui também a nulidade do Auto de infração, afirmando que o vício apontado contamina por reflexo e repercussão todos os demais valores apontados, o que deve culminar com o julgamento pela sua improcedência.

Caso assim não entendam os julgadores, o que admite em estrita observância ao princípio da eventualidade e concentração da defesa, que se dignem, ao menos, de reconhecer ser improcedente essa parcela da autuação.

Reproduz o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal/88, que trata do Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, e alega que em razão da importância desse princípio no processo administrativo e, principalmente, dos desdobramentos práticos que decorrem de sua aplicação, é importante que se analise com maior profundidade do que se trata tal garantia. Diz que é da essência da autuação a indicação sucinta da origem, e natureza do crédito tributário, mencionando especificamente a disposição da lei em que seja fundado e a descrição completa dos fatos. O sujeito passivo deve conhecer plenamente as acusações que lhe são imputadas para que possa, adequadamente, rebatê-las, sob pena de nulidade do auto de infração.

Cita uma decisão da 2ª Câmara Permanente de Recursos Fiscais do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais e diz que o demonstrativo físico contábil ou econômico, realizado através de levantamento fiscal, é uma prática de fiscalização hábil para apuração do movimento real tributável, por ter amparo na legislação tributária estadual. Afirma que a omissão de entrada caracteriza, apenas presunção de omissão de saída e assim deve ser considerado, cabendo um aprofundamento da ação fiscal para confirmação ou não dessa omissão.

Salienta que o Auto de Infração e a Notificação Fiscal devem capitular claramente a infração cometida e a penalidade decorrente deve estar consistente com a descrição do ilícito fiscal. O procedimento fiscal deve ser feito com clareza, numa linguagem comum, que permita às partes fornecerem as informações necessárias à autoridade julgadora para que esta forme seu juízo, permitindo ao acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Cotejando a descrição da infração averiguada, tal como narrada, com os documentos juntados ao auto de infração, entende que 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. Diz que o fato descrito é omissivo. Confunde-se falta de registro de notas fiscais com vendas de mercadorias. Há ausência da descrição do fato de forma clara e precisa. Não poderá ser considerada como precisa e clara a descrição da infração cuja peça acusatória não transpore a exatidão dos fatos, omitindo detalhes que podem interromper a ligação entre o descrito e o ocorrido.

Diante das razões aduzidas e do supedâneo legal expendido, pede a intervenção da autoridade administrativa no sentido de conduzir a Fiscalização nos exatos limites da lei, evitando que incida sobre o autuado os vexames e abusos condenados pela legislação pátria. Requer que o presente auto de infração seja julgado improcedente, ante a sua nulidade, culminando com a baixa e arquivamento do PAF.

Acaso este não seja o entendimento destes julgadores, que se dignem julgar improcedente o auto de infração e reconhecer como direito do impugnante, a realização do desconto do ICMS recolhido pelos fornecedores, 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 esmerada 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 alegados e análise dos documentos colacionados, caso assim entenda necessário esta Junta de Julgamento Fiscal.

O autuante presta informação fiscal às fls. 475 a 484 dos autos, afirmando que após analisar as razões de defesa às fls. 426 a 452 e documentos apresentados pelo autuado às fls. 453 a 470, constatou que nenhuma razão assiste ao defendente, sendo todas as suas alegações totalmente improcedentes e sem consistência jurídica. Informa que o autuado é contribuinte inscrito na condição de empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, devendo obedecer às normas estabelecidas na Lei Complementar Federal 123/96, às Resoluções do Comitê do Simples Nacional (CGSN) e, também, no que couber, as normas da legislação do ICMS, na conformidade do preceituado pelo art.319 do RICMS/BA/2012.

Afirma que restou claro que o fato de o autuado ser empresa optante pelo Simples Nacional, não o exime da obrigação pelo pagamento de ICMS relativo à antecipação tributária total e/ou parcial, quando da ocorrência dos seus respectivos fatos geradores. Em outros termos, o autuado se sujeita ao recolhimento dos ICMS antecipação parcial total e/ou parcial, independente do seu regime de apuração e de sua condição de empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, em face da previsão de cobranças dos referido imposto em normas da legislação tributária do estado da Bahia.

Ressalta que a antecipação tributária parcial está prevista no art. 12-A da Lei 7.014/96, sendo devida nas aquisições de mercadorias oriundas de outros Estados, para fins de comercialização, e que não estejam sujeitas à substituição tributária. O seu cálculo para o contribuinte enquadrado na condição de microempresa e/ou empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, deve ser feito sob a forma de diferença de alíquotas, ou seja, será aplicado sobre o valor constante em documento fiscal, o percentual resultante do cotejo entre a alíquota interna do produto adquirido e a interestadual, sem prejuízo das reduções previstas nos arts. 273 e 274, na conformidade do art. 321, VII, alínea "b", do atual RICMS/BA, Decreto 13.780/12.

Quanto à antecipação tributária (total) diz que é aplicada aos produtos constantes no Anexo 1, do RICMS/BA/2012, conforme o previsto no art. 289 do referido regramento. Havendo protocolo entre o Estado da Bahia e o Estado onde se situa o remetente, caberá a este efetuar a retenção e proceder ao recolhimento do ICMS devido por substituição tributária. Não havendo acordo interestadual ou na hipótese em que o remetente da mercadoria não faça o recolhimento, caberá ao adquirente recolher o referido ICMS.

Acrescenta que, no caso em tela, de acordo com o disposto no art. 289 do RICMS/BA/12 e Anexo 1 do mencionado Regulamento, as mercadorias constantes nas notas fiscais elencadas nos demonstrativos de fls. 09 a 18, estão sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, embasando a cobrança dos valores de ICMS por antecipação ou substituição tributária, inseridos nas Infrações 01 (07.21.01) e 02 (07.21.02) do Auto.

Frisa que a exigência do recolhimento do ICMS antecipação parcial e/ou total está perfeitamente amparada na legislação tributária baiana, inclusive, no RICMS/BA/12, inexistindo qualquer óbice, ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Diante de tais fatos, entende que as teses defensivas de inobservância pelo autuante de princípio constitucional, que confere o tratamento diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte, e a de inconstitucionalidade da antecipação tributária parcial e total, ficam plenamente descaracterizadas, sem qualquer amparo jurídico.

Informa que o procedimento fiscal foi desenvolvido obedecendo a todos os requisitos e preceitos legais, em especial, aos atinentes ao devido processo legal. Afirma que inexistem nos autos quaisquer ilegalidades que nulifiquem a autuação fiscal, e não há qualquer situação nos autos que contrarie as disposições contidas no RPAF/BA (Decreto nº 7629/99). Diz que o procedimento e autuação fiscais foram feitos dentro da mais absoluta legalidade tendo sido lavrado o Auto de Infração com a observância das exigências legais e regulamentares.

Assegura que as Infrações 01 (07.21.01), 02 (07.21.02), 03 (07.21.03) e 04 (07.21.04), elencadas no Auto, encontram-se perfeitamente descritas, caracterizadas, identificadas e demonstradas nos lançamentos constituídos em estrita observância aos preceitos legais.

Reproduz o teor das infrações 01 a 04 e afirma que a autuação fiscal foi respaldada em demonstrativos de apuração de ICMS de fls. 09 a 23, que foram entregues ao autuado (consoante recibos ali apostos), nos quais o autuante relacionou todas as notas fiscais de aquisições, que demonstraram de forma inquestionável as aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado da Bahia efetuadas pelo autuado.

Registra que as notas fiscais e documentos foram acostados pelo autuante às fls. 24 a 417, e a apuração dos ICMS por antecipação ou substituição tributária, cobrados nas infrações 01 e 02, foi efetuada obedecendo a legislação tributária baiana, nada havendo de ilegal, conforme se infere dos demonstrativos de fls. 09 a 18.

Esclarece que considerou os valores de créditos fiscais das notas fiscais elencadas nos demonstrativos de fls. 09 a 18, nos cálculos tributários, relativos aos ICMS por antecipação ou substituição tributária, exigidos nas infrações 01 e 02 do Auto, ficando descaracterizada a alegação do autuado de que o autuante deixou de considerar, para fins de cálculo e recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, o desconto referente ao ICMS das notas fiscais de aquisições interestaduais.

Frisa, também, que os cálculos dos valores de ICMS Antecipação Parcial, exigidos nas infrações 03 e 04, consoante demonstrativos de fls. 19 a 23, foram feitos obedecendo-se a forma prevista na alínea “b”, do inciso VII, do art. 321, do RICMS/BA, Decreto 13.780/12, que fala de diferença de alíquotas, isto é, foi aplicado sobre o valor constante em documento fiscal, o percentual resultante do cotejo entre a alíquota interna do produto adquirido e a interestadual, sem prejuízo das reduções previstas nos arts. 273 e 274 do mesmo diploma legal.

Quanto aos valores de ICMS exigidos nas infrações 02 e 04, salienta que foram apurados levando em consideração os recolhimentos anteriormente efetuados pelo autuado, conforme se pode notar em seus demonstrativos de fls. 18 (ICMS por antecipação ou substituição) e 23 (ICMS antecipação parcial), onde constam os recolhimentos a menos dos ICMS das notas fiscais ali elencadas.

Afirma que está comprovado nos autos, que as alegações da defesa de que o autuante não considerou ICMS já recolhido, não condizem com a realidade, e o defendente não trouxe aos autos quaisquer comprovantes de recolhimentos dos ICMS cobrados no Auto.

Observa, também, que o autuado apresentou alegações, respaldando-se em supostas inconstitucionalidades. Entretanto, o mesmo reconhece que a autoridade administrativa não tem atribuição para a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária, e tal declaração não se incluiu na competência deste Órgão Julgador, nos termos do art. 167, I, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Acrescenta que se observa, claramente, nos autos, é que todo o procedimento e autuação fiscais foram realizados pelo autuante, obedecendo-se a todos os preceitos legais, isto é, ocorreram

dentro da mais absoluta legalidade, o que afasta, completamente, todas as alegações defensivas, inclusive, às pertinentes à inconstitucionalidade, ao sujeito passivo da obrigação tributária, à forma de apuração/cálculos e recolhimentos dos ICMS exigidos no Auto.

Quanto às alegações envolvendo o princípio da primazia da realidade - verdade material, para afastar os ICMS exigidos no Auto, o autuante entende que são totalmente desprovidos de sustentação jurídica. Diz que o procedimento e a autuação fiscais foram amparados em verdadeiros fatos praticados pelo autuado, que adquiriu mercadorias provenientes de fora do Estado da Bahia, conforme se infere das notas fiscais e documentos de fls. 24 a 415, levando o autuante a proceder a apuração dos ICMS exigidos no Auto, consoante os demonstrativos de ICMS de fls. 09 a 23.

Assegura que não pairam quaisquer dúvidas acerca do inadimplemento de obrigações tributárias pelo autuado, o que ensejou a lavratura do Auto. O lançamento do crédito tributário contém todos os motivos fáticos e legais. Não há dúvidas relativas quanto aos fatos trazidos pelo autuante. O descumprimento de obrigações tributárias pelo autuado está demonstrado de forma cristalina nos autos. Não há, pois, necessidade alguma em buscar a realidade/verdade dos fatos. Ela foi absolutamente demonstrada pelo autuante.

Quanto aos argumentos de que as multas têm caráter confiscatório, diz que não podem ser acatados, porque as infrações apontadas no Auto se encontram perfeitamente configuradas, gerando as multas e demais acréscimos, previstos na legislação tributária baiana, não havendo, pois, qualquer ilegalidade em suas cobranças.

Registra que não houve qualquer óbice ao exercício do direito de ampla defesa e contraditório ao autuado, não havendo, pois, cerceamento do seu direito de defesa. Foi obedecido o processo legal, através do qual ele exerceu a ampla defesa e o contraditório. A ação fiscal e o presente PAF estão revestidos de todas as formalidades legais, estando, inclusive, demonstrado, com clareza, o contribuinte autuado, a descrição dos fatos, o montante do débito tributário, os enquadramentos e as multas aplicadas relativamente às irregularidades apuradas e foram acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à cobrança dos ICMS.

Também observa que o autuado ao questionar a falta de clareza do Auto, traz questões pertinentes à venda de mercadorias sem notas fiscais e ausência de escrituração de notas fiscais, que, se diga, de logo, nada têm a ver com o caso em tela, que diz respeito à exigência de ICMS por antecipação ou substituição tributária e parcial.

Afirma que se percebe, é que o autuado, ao comentar sobre a ausência de clareza do Auto, traz argumentos incoerentes com o restante abordado na sua peça defensiva, no qual traduz que entendeu perfeitamente a natureza das infrações a ele imputadas.

O autuado não apresentou quaisquer comprovantes de recolhimentos dos ICMS exigidos no Auto. Apenas, em sua defesa, procura se eximir das suas obrigações tributárias, sem, contudo, apresentar provas concretas de suas alegações. Salienta que as provas que afastariam os ICMS cobrados no Auto, deveriam ser apresentadas pelo autuado, somente, com a sua defesa, o que não ocorreu no caso em tela, precluindo, assim, o direito de fazê-lo em outro momento do processo, devendo, assim, data vênica, de logo, ser rejeitado pedido por ele formulado de juntada posterior de documentos.

Quanto ao pedido de diligências formulado pelo autuado, entende que deve ser rejeitado, afirmando que não há necessidade de realizá-las para o esclarecimento da verdade. Diz que não há dúvidas nos autos quanto aos débitos tributários cobrados no Auto. Eles estão alicerçados de forma clara e perfeita nos demonstrativos de apuração do ICMS acima citados e documentos acostados pelo autuante. Não foram apresentadas pelo autuado quaisquer provas, levantamentos ou demonstrativos que suscitasse dúvidas quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante. Além disso, as próprias alegações frágeis do autuado, sem, pois, quaisquer

sustentações, afastam qualquer necessidade de diligências por ele requerido, fulminando pretensão procrastinatória.

Quanto aos documentos anexados pelo autuado 466 a 469, informa que são cópias de notas fiscais de aquisições interestaduais de mercadorias, que foram elencadas nos demonstrativos de fls. 09 a 23, fortalecendo, portanto, a autuação fiscal.

Já o documento de fls. 470, também, apresentado com a defesa, nada tem a ver com o presente processo, pois é uma cópia de nota fiscal de aquisição de mercadoria no Estado da Bahia. Em suma, todas as alegações produzidas pelo autuado demonstram uma fragilidade cristalina, que ratificam todos os termos da autuação fiscal.

Conclui informando que mantém todos os termos da autuação, requerendo, assim, a procedência total do Auto de Infração, condenando o autuado ao pagamento do débito de ICMS no valor total histórico de R\$ 371.166,15 (trezentos e setenta e um mil, cento e sessenta e seis reais e quinze centavos), acrescido das multas e demais acréscimos legais.

VOTO

O impugnante suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, alegando que a ausência da descrição do fato de forma clara e precisa impossibilita a ampla defesa. Disse que a "Descrição da Infração", tal como apresentada, e os documentos juntados ao auto de infração, são insuficientes para se estabelecer ao certo se o fiscal realmente 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.

Observo que o presente lançamento trata da falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS relativo à antecipação tributária e antecipação parcial, inexistindo dúvidas quanto à descrição das infrações, que foi efetuada de forma compreensível, e não houve qualquer referência à venda de mercadorias sem documentos fiscais ou falta de escrituração de notas fiscais, como alegou o defendente.

O autuado apresentou o entendimento de que 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. Afirmou 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.

No caso de mercadoria sujeita à substituição tributária em decorrência de Convênio ou Protocolo é que o imposto relativo à substituição tributária já é retido pelo remetente. Ou seja, nas aquisições interestaduais efetuadas por contribuintes deste Estado, havendo convênio ou protocolo que preveja a substituição tributária entre a Bahia e a unidade federada de procedência das mercadorias, relativamente à espécie de mercadorias adquiridas, o adquirente somente ficará obrigado a efetuar a complementação do imposto, caso o remetente tenha feito a retenção em valor inferior ao devido e, não tendo o remetente efetuado a retenção, será exigido o imposto do adquirente.

Por outro lado, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, o pagamento do ICMS deve ser efetuado por antecipação pelo adquirente, em relação às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias.

O defendente afirmou que é de clareza solar a inconstitucionalidade do procedimento da antecipação tributária, tanto total como parcial, nas microempresas e empresas de pequeno porte. Considerando todas as pretensões constitucionais para as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional, entende que o procedimento fiscal realizado não é o

adequado, sob pena de burocratizar o regime e, o que é pior, de negar a aplicação da norma constitucional que assegura o favor legal à micro empresa e a empresa de pequeno porte.

Quanto a essa alegação, observo que se trata de imposto estabelecido na legislação deste Estado, e não é da competência desta Junta de Julgamento Fiscal decidir sobre a constitucionalidade da legislação estadual.

O Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar 123/2006, que estabelece um tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias.

A Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte optante pelo Simples Nacional deverá considerar a receita destacadamente, por mês e por estabelecimento, para fins de pagamento, conforme o caso, em relação às mercadorias sujeitas à substituição tributária, ou com a tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), ou seja, com relação ao ICMS relativo à antecipação tributária com encerramento de tributação. Por isso, o próprio PGDAS já contém um campo destinado à informação dos valores relativos à revenda de mercadoria, fazendo a distinção quanto às mercadorias da substituição tributária.

No roteiro de Auditoria AUDIG aplicado às empresas optantes pelo Simples Nacional também consta um Anexo destinado à proporcionalidade das mercadorias da Substituição Tributária, nas mesmas situações previstas no PGDAS.

De acordo com o § 4º do art. 18 da referida Lei Complementar 123/2006, o contribuinte deverá considerar destacadamente, para fins de pagamento do imposto: a) as receitas decorrentes da revenda de mercadorias; b) as receitas decorrentes da venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte; c) as receitas decorrentes da prestação de serviços, bem como a de locação de bens móveis; d) as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária; e) as receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou do consórcio previsto na referida Lei Complementar.

Assim, quanto às preliminares de nulidade argüidas pela defesa do autuado, constatei que o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário apurado e a natureza da infração, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi constatada qualquer dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, as infrações 01 e 02 tratam, respectivamente, da falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (calçados) provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária.

Trata-se de aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, e os prazos para recolhimento do imposto são os previstos no art. 125, II, “b” da Lei 7.014/96, ou seja, na entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada, a depender, se o contribuinte está ou não credenciado.

O defendente alegou que além de deixar de considerar a substituição tributária da indústria, o autuante desconsiderou a alíquota utilizada pelo Anexo I da Resolução CGSN (1,25% até 3,95%),

além de ter dispensado ao impugnante, optante pelo Simples Nacional, o tratamento comum, desrespeitando a regra constitucional.

Também alegou que o autuante deixou de considerar os descontos do imposto constantes nas notas fiscais dos fornecedores, e que se colocou 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.

Observe que no demonstrativo elaborado pelo autuante constam os dados relativos ao número de cada nota fiscal, data, valor, imposto creditado, base de cálculo para antecipação, MVA, alíquota, ICMS devido, recolhimento efetuado ou DAE pago, ICMS a recolher. Neste caso, foram considerados todos os dados constantes nas notas fiscais, inclusive o crédito fiscal destacado em cada documento.

Vale salientar, que em relação ao cálculo do imposto relativo à antecipação tributária, são deduzidos os créditos destacados no documento fiscal, ou seja, o imposto a ser antecipado será calculado aplicando-se a alíquota estabelecida para as operações internas sobre a base de cálculo prevista na legislação, e do valor do imposto resultante será deduzido o tributo de responsabilidade direta do remetente pela operação própria, destacado na documentação fiscal, bem como, quando for o caso, o imposto destacado no documento fiscal relativo ao serviço de transporte.

O autuante esclareceu que considerou os valores de créditos fiscais das notas fiscais elencadas nos demonstrativos de fls. 09 a 18, nos cálculos tributários, relativos aos ICMS por antecipação ou substituição tributária, exigidos nas infrações 01 e 02, ficando descaracterizada a alegação defensiva de que o autuante deixou de considerar, para fins de cálculo e recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, o desconto referente ao ICMS das notas fiscais de aquisições interestaduais.

Sobre a alíquota, também questionada pelo defendente, não há previsão legal para aplicação de alíquota diferenciada para as empresas do Simples Nacional, que na apuração do imposto relativo às demais mercadorias considera-se destacadamente, para fins de pagamento do imposto, as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária, conforme já mencionado neste voto.

O autuado apresentou o entendimento de que, em relação à mercadoria que ficou inapropriada para o comércio, não há dúvida quanto à inocorrência do fato gerador anteriormente presumido pelo Fisco. Alega que resta evidente que o estado da Bahia não pode, de maneira alguma, cobrar ICMS antecipação de fato gerador que não ocorreu. Quanto mais tempo os calçados ficam em suas respectivas prateleiras para venda ou guardados no estoque, mais danificados ficam os calçados e menor será o preço para comercialização, muitas vezes chegando até a perda da mercadoria.

Vale lembrar, que ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subseqüentes com as mesmas mercadorias, sendo vedada, salvo exceções expressas na legislação, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.

Quanto ao encerramento da fase de tributação, tal fato ocorre com a realização efetiva do fato gerador presumido, e neste caso, não importa que seja o valor da operação superior ou inferior ao valor adotado como base de cálculo para fins de antecipação ou substituição tributária, por isso, não caberá a exigência de complementação do imposto nem a restituição de importância eventualmente paga a mais, a não ser que no pagamento do imposto por antecipação tenha havido erro ou seja constatada outra circunstância que exija alguma correção.

Na hipótese de perda, extravio, desaparecimento, inutilização, sinistro ou quebra anormal de mercadorias que foram objeto de 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, devendo a Nota Fiscal a ser emitida para esse fim especificar, resumidamente, além dos demais elementos exigidos, as quantidades e espécies de mercadorias, seu valor e o imposto recuperado, e conter observação acerca do motivo determinante desse procedimento.

Concluo pela procedência deste item da autuação fiscal, acatando os demonstrativos elaborados pela autuante, haja vista que não foi comprovado o pagamento do imposto exigido.

As infrações 03 e 04 tratam, respectivamente, da falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS a título de antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias de fora do Estado.

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

A exigência de ICMS a título de antecipação parcial foi instituída na legislação do Estado da Bahia a partir de 01/03/2004, por meio da Lei 8.967, de 29/12/2003, e consiste na aplicação da alíquota interna sobre valor da operação interestadual constante na Nota Fiscal de aquisição, deduzindo-se o valor do imposto destacado no mencionado documento fiscal. Portanto, não assiste razão ao defendente, haja vista que está obrigado a recolher o ICMS a título de Antecipação Parcial, o contribuinte deste Estado, independente do regime de apuração do imposto, em relação às mercadorias adquiridas para comercialização.

Foram elaborados demonstrativos pelo autuante, contemplando os recolhimentos comprovados, e apurados os valores devidos, conforme fls. 19 a 23 do PAF, sendo fornecidas as cópias dos referidos demonstrativos ao defendente, conforme recibos assinados por representante ou preposto, e o autuado não apresentou qualquer contestação aos dados numéricos do levantamento fiscal.

Conforme estabelece o art. 12-A, da Lei 7.014/96, “nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado”. Neste caso, os contribuintes do Simples Nacional também estão obrigados a recolher o ICMS relativo à antecipação parcial.

O impugnante comentou que em face de realizar recolhimentos de tributos que são devidos por optante do Simples Nacional, ficam afastadas as hipóteses levantadas no Auto de Infração, considerando que já recolheu aos cofres do Estado da Bahia, valores relativos ao ICMS incidente na sua atividade. O defendente afirmou que a cobrança de antecipação parcial do ICMS de empresas optantes pelo Simples Nacional, possui vícios de inconstitucionalidade.

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

Também foi alegado que atribuiu uma alíquota normal, quando em verdade deveria considerar a alíquota especial à qual o defendente está submetido, em virtude do Regime Especial Unificado

de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional.

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

Entendo que é devido o imposto na forma apurada pelo autuante, haja vista que o defendente não comprovou o recolhimento no prazo regulamentar, sendo devido o pagamento do ICMS a título de antecipação parcial na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização. Infração subsistente, de acordo com os valores apurados no levantamento fiscal.

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

O defendente alegou que a multa imputada tem natureza confiscatória. Não acato a alegação defensiva, considerando que a aplicação da multa é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, e esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal.

Face 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 **232535.0002/15-6**, lavrado contra **F. A. DA SILVA NETO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$371.166,15**, 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, 27 de abril de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA