

A.I. Nº - 210568010415-0
AUTUADO - LARUPE COMÉRCIO DE CALÇADOS E CONFECÇÕES LTDA.-ME
AUTUANTE - ELISA ALMEIDA DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
PUBLICAÇÃO- INTERNET 20.05.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0059-02/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE OPTANTE - SIMPLES NACIONAL. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Imputação elidida em parte. O autuado não traz aos autos prova capaz de elidir a acusação fiscal. Fatos demonstrados nos autos. Rejeitado a preliminar de nulidade argüida. 2. LIVROS CONTÁBEIS. FALTA DE ENTREGA QUANDO REGULARMENTE INTIMADO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração não contestada. Infração mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 15/12/2015, exige ICMS no valor de R\$52.304,33 além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$460,00, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1.07.21.02- Recolhimento a menos 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, nos meses de sendo exigido ICMS no valor de R\$29.224,79, acrescido da multa de 60%;

2. 07.21.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS da 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, sendo exigido ICMS no valor de R\$23.079,54, acrescido da multa de 60% .

3. 16.15.01- Deixou de apresentar livro contábil quando regularmente solicitado, por meio de qualquer comunicação, em direito admitida: pedido escrito; notificação; ou intimação. Não escriturou livro Caixa em 2010 e 2011, sendo exigida a multa fixa de R\$460,00.

O autuado apresentou defesa (fls. 95 a 103) e após transcrever as infrações afirma ser a exigência inconstitucional, cruel e descabida pelos motivos que passa a expor:

Diz que a legislação que criou a antecipação parcial do ICMS para os pequenos e médios empresários da Bahia bate de frente com o artigo 179 da Constituição Federal, que transcreveu, pois o Governo da Bahia fez exatamente o inverso pois ao invés de eliminar ou reduzir tributos devidos pelos pequenos e micros, os aumentou. Isso porque, exige que o pequeno e o micro empresário recolha a antecipação parcial ou total na entrada da mercadoria no Posto Fiscal de fronteira e na venda, mediante a aplicação da alíquota do SIMPLES NACIONAL, sem direito a qualquer crédito fiscal a deduzir do imposto pago nas saídas.

Afirma que no seu entendimento trata-se de critério irracional e desajustado, sem compromisso com a justiça fiscal, eis que impõe aos pequenos e médios empresários carga tributária mais elevada que aqueles que recolhem o imposto pelo regime normal de apuração.

Consigna que empresa não tem como quitar o ICMS exigido já que foi pago quando vendeu as mercadorias que deu origem ao seu fato gerador, estando então diante do conhecido *bis in idem*.

Ressalta que as pequenas e médias empresas, tributadas pelo Simples Nacional, como é o caso em questão, tem sua tributação efetivada através da aplicação de alíquotas progressivas diretamente sobre a receita bruta. Na referida receita, estão incluídas mercadorias adquiridas com isenção, não tributadas, com antecipação tributária e substituição tributária.

Explica que no caso em tela a empresa deixou de pagar o ICMS antecipação parcial na entrada, isto porque, tributar mercadorias que serão tributadas nas saídas, seria onerar a micro e pequena empresa de modo a que sua carga tributária ultrapassasse as grandes, proporcionalmente, já que as empresas de grande porte estão desobrigadas do pagamento de ICMS sobre as entradas de mercadorias isentas, não tributadas e antecipadas, como deve ser, por não se admitir que o empresário pague novamente o imposto que já pagou quando na aquisição da mercadoria ou, no caso da isenção, pague imposto sobre mercadoria isenta. Anexa ensinamentos sobre o tema do mestre em contabilidade pela PUC Eduardo Araujo de Azevedo.

Relembra que as antigas microempresas eram isentas do pagamento do ICMS antecipado e passaram a ser tributadas a partir da vigência do Simples Nacional. As antigas microempresas e as empresas de pequeno porte eram tributadas pelo ICMS Antecipado, porém gozavam da faculdade de creditar-se dos valores pagos.

Aduz que o imposto devido nas aquisições de mercadorias feitas a fornecedores sediados em outros estados brasileiros está disciplinado nos artigos 767 a 771 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 24.569/97. Assim, empresas submetidas ao regime normal de recolhimento do ICMS pagam o imposto antecipado, porém creditam-se integralmente do valor pago, por ocasião da apuração mensal do ICMS a recolher.

Apresenta quadro demonstrativo de uma empresa estabelecida no Estado do Ceará, comprovando, no seu entendimento, que houve uma majoração de 100% do valor cobrado das antigas microempresas sociais e do valor devido pelas antigas microempresas e empresas de pequeno porte, pois antes “zeravam” o saldo de ICMS a recolher, mediante o aproveitamento do crédito, fato que implicou em aumento real da carga tributária para todas as pequenas empresas cearenses que optaram pelo Simples Nacional.

Reafirma que exigir ICMS antecipado às micro e pequenas empresas é pagar o tributo duas vezes. E o mais grave, afronta o artigo 179 da Constituição Federal, que transcreveu.

Conclui que ao invés do Estado simplificar as obrigações estampadas no texto constitucional, ao contrário as complica, através de cálculos algébricos (letras representando números), só mesmo decifrados por profissional de contabilidade com formação superior. Assim, configura-se como mais um elemento para nulidade da infração, o que fica requerido.

Transcreve integralmente o teor da infração 03 e finaliza solicitando a Improcedência total do Auto de Infração.

A autuante ao prestar a informação fiscal às fls. 116/123 após transcrever o teor das infrações e efetuar um resumo das argumentações da defesa ressalta que se trata de empresa optante do Simples Nacional, cuja atividade econômica principal é 4782201- COMÉRCIO VAREJISTA DE CALÇADOS, e, portanto, deve seguir a legislação do Regime Especial Simples Nacional, que por sua própria escolha aderiu, conforme disposto no RICMS/97 do Estado da Bahia. Assim, afirma que, não cabe no presente instrumento qualquer inferência ou análise quanto a matéria de "inconstitucionalidade" como supõe o autuado em sua Defesa.

No que diz respeito às infrações 01 e 02, informa que a atuada deixou de recolher ou recolheu a menor o ICMS, quando das suas aquisições interestaduais para comercialização de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, conforme previsto no Art. 386, inciso I; Art.371, Art.125, combinado com o Art. 61, do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, item 32 -

CALÇADOS - NCM 6401, 6402, 6403, 6404 e 6405 (Lei nº 8.534/02), Art. 353, Inc.II do RICMS/97, e Anexo 88.

Mantém a autuação pois os argumentos adotados para amparar o pedido de improcedência total são inócuas pelos seguintes motivos:

- a) O lançamento tributário impugnado é um ato administrativo vinculado (praticado nos estritos limites da lei sem margem de escolhas, pois estas já foram feitas pelo legislador) e obrigatório (agente fiscal não é livre para lançar, deve obedecer à lei tributária), sob pena de responsabilidade funcional (art. 142, parágrafo único do CTN). Desta forma foi realizado: obedecendo aos procedimentos internos, orientações e formulários institucionais e, definitivamente, em rigorosa sujeição legal;
- b) Ao contribuinte carece ainda o entendimento básico dos institutos da antecipação ou substituição tributária, das operações fiscais de recolhimento a menor ao não recolhimento/omissão - condição inafastável para o exercício da atividade comercial - não obstante, tais esclarecimentos já terem sido exaustivamente realizados, quando da entrega dos autos e ciência desse processo.
- c) Os fatos e fundamentos expressos na Autuação são convergentes, coerentes e precisos;
- d) Não há qualquer argumento na defesa refutando a Ação Fiscal em lide, nem houve apresentação de recolhimentos quanto aos Créditos Reclamados, devidamente detalhados no Auto de Infração fls. 01 a 05 e demais Demonstrativos em anexo fls. 09 a 28, e de total conhecimento conforme ciência ciência ao autuado com entrega de todos os demonstrativos e demais documentos pertinentes conforme documento de fls.80;

Acrescenta que além dos motivos expostos, a autuada não atenta para a disposição do art. 8º, § 5º da Lei 7.014/96.

Quanto a infração 03 diz que a empresa também não contesta.

Ressalta que no decorrer da defesa houve alguns comentários discordando da cobrança do ICMS Antecipado Parcial, alegando que a exigência desse tributo às micro e pequenas empresas, “é exigir das mesmas que pague o mesmo tributo duas vezes”, entretanto, inexistente lançamento quanto a esta infração no presente Auto de Infração.

Conclui não ter havido inobservância de quaisquer vícios insanáveis, razão pela qual confirma a ação fiscal, solicitando a sua total procedência.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de ter recolhido a menos (infração 1) e ter deixado de recolher (infração 2) 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, e multa por descumprimento de obrigação acessória pela não apresentação de livro contábil, quando regularmente intimado (infração 03).

De início cumpre esclarecer que o contribuinte não se insurgiu em relação a exigência da infração 03, razão pela qual julgo-a procedente.

Em sua defesa, o autuado argui a nulidade das infrações 01 e 02 sob o argumento de que : a) as exigências são cuéis e descabidas por ser inadmissível recolher o ICMS antecipação parcial na entrada uma vez que as mesmas mercadorias serão tributadas nas saídas, ocorrendo duplicidade de pagamento do tributo; b) ausência de clareza nos cálculos inseridos nos demonstrativos, dificultando as obrigações tributárias.

Depois de examinar as argumentações do autuado e verificando os elementos que instruem os autos, constato que nenhum dos aspectos abordados para fundamentar o seu pedido de nulidade

condiz com a realidade dos fatos, eis que as peças que alicerçam a acusação fiscal não deixam qualquer dúvida no que diz respeito do cometimento das irregularidades configuradas, bem como o dimensionamento das correspondentes bases de cálculo, explicitadas nos demonstrativos analíticos e sintéticos, acompanhados das cópias das respectivas notas fiscais, cujas cópias em CD foram entregues ao autuado, fl. 89.

Saliento que de acordo com o enquadramento legal, artigos 386, I e 371 do RICMS-BA/97, bem como da discriminação inserida nos demonstrativos de apuração, fls. 09/28, verifico que as infrações 01 e 02 tratam, respectivamente, de recolhimento a menos e de falta de recolhimento de antecipação tributária referente a aquisições de mercadorias, no caso sob análise, calçados NCM 6401, provenientes de fora do estado sujeitas ao regime de substituição tributária, na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional.

Logo, não há como prosperar a pretensão do defendente de que as mercadorias seriam tributadas nas saídas pois como é sabido as mesmas encontram-se com fase de tributação encerrada. Neste caso, também não são incluídas na base de cálculo para pagamento do imposto instituído pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, conforme determinado no § 4º-A do art. 18 da Lei Complementar 123/2006, a seguir transcrito:

“Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação das alíquotas constantes das tabelas dos Anexos I a VI desta Lei Complementar sobre a base de cálculo de que trata o § 3º deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3º.

.....

§ 4º-A. O contribuinte deverá segregar, também, as receitas:

- decorrentes de operações ou prestações sujeitas à tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), bem como, em relação ao ICMS, que o imposto já tenha sido recolhido por substituto tributário ou por antecipação tributária com encerramento de tributação; “

Não procede também a alegação de que os demonstrativos não demonstram com clareza os cálculos utilizados para a apuração do imposto devido. Eis que resta evidente a perfeita compreensão do claro detalhamento pormenorizado das informações contempladas nos demonstrativos de apuração elaborados pela autuante que identifica para cada nota fiscal, cuja cópia consta no CD, em colunas específicas todos os elementos indispensáveis à compreensão, ou seja, “passo a passo” para se obter o correspondente “ICMS a Pagar”, onde foi inclusive concedido o crédito do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição, cuja totalização por período de apuração, resulta na exigência de cada uma das infrações, objeto da autuação.

Assim, por tudo quanto expendido, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que as infrações imputadas afiguram-se claramente descritas e o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive, os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para determinar sua nulidade.

No que concerne ao mérito do levantamento, o sujeito passivo não apresentou nenhum documento ou demonstrativo para contrapor aos elaborados pelo autuante.

Por outro lado verifico que 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. O mesmo acontecendo nas operações amparadas por convênio ou protocolo celebrado entre o Estado do remetente e o Estado do destinatário a falta de recolhimento ou o recolhimento a menos deve ser exigido do destinatário das mercadorias.

Assim, como não foram apresentadas quaisquer provas capazes de desconstituir os lançamentos atinentes às infrações sob análise, acolho os demonstrativos de apuração e débito elaborados pela autuante, fls. 09 a 17, e concluo pela subsistência dos itens 01 e 02 da autuação.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210568.0104/15-0**, lavrado contra **LARUPE COMÉRCIO DE CALÇADOS E CONFECÇÕES LTDA-ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.304,33** acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor **R\$460,00**, prevista no art. 42, inciso XX, da Lei 7.014/96, alterada pelas Leis 8.534/02 e 10.847/07, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2015.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR