

PROCESSO - A. I. Nº 210550.0201/15-1
RECORRENTE - ARCA BAIXA DO SAPATEIRO CONCEITO LTDA. (ARCA CONCEITO REPRESENTAÇÃO LTDA.) - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0055-03/16
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/02/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0006-12/17

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Decisão recorrida mantida. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Decisão recorrida mantida. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Decisão recorrida mantida. Contribuinte não elide as acusações fiscais. Infrações subsistentes. Rejeitada nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado 25/06/2015 que exige ICMS no valor total de R\$255.388,68, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 – 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.

Infração 02 - 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 as aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Infração 03 - 07.21.02 - Efetuou o recolhimento a menor 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.

O impugnante apresentou defesa às fls.165 a 189 pedindo pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

Às fls. 210 a 212 foi apresentada a Informação Fiscal. Nessa ação, o autuante justifica cada uma das infrações com as respectivas fundamentações legais a luz da Lei nº 7.014/96 e do Decreto 13.780/2012 (RICMS/Ba). Requer pela procedência do presente AIIM.

Nessa esteira, a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que votou por unanimidade pela Procedência do Auto de Infração, nos seguintes termos:

VOTO

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

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

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

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

O lançamento de ofício visa a constituição de crédito tributário decorrente da incidência do ICMS nas operações sujeitas a antecipação parcial e substituição tributária do autuado na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, com base na legislação vigente - art. 12-A da Lei nº 7.014/96; art. 352-A c/c art. 386, inciso I, do RICMS/97; art. 321, inciso VII, alínea "b", do Decreto nº 13.780/12, para a infração 01 e art. 34, inciso III, da Lei nº 7.014/96; art. 386, inciso I e 371, do Regulamento do ICMS/97; art. 289, §1º, inciso III, alínea "b", do RICMS/2012, para as infrações 02 e 03.

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

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

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

"Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

[...]

VII - Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

[...]

§1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

[...]

XIII - ICMS devido:

a) nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária, ...

[...]

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do §4º do art. 18 desta Lei Complementar;

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;

h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

Assim, da inteligência do § 1º art. 13 da Lei Complementar nº 123/06, resta nitidamente evidenciado o amparo legal das exigências fiscais em questão. Ou seja, tanto a antecipação parcial, insculpida na alínea "h", quanto a antecipação ou substituição tributária, expressas na alínea "g", têm suas incidências mantidas nas operações realizadas por optantes do Simples. Nestes termos, diante da inexistência de qualquer dispositivo excludente destas prerrogativas na legislação tributária estadual, fica patente que o Auto de Infração se alicerça na estrita legalidade e em perfeita sintonia com a acusação fiscal.

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

O defendente alegou que comercializa calçados e que tal atividade econômica lhe impõe perdas devido ao

material utilizado na fabricação dos mesmos, o poliuretano (PU), que provoca perdas no valor comercial das mercadorias e sua não comercialização gera redução dos seus estoques, fato desconsiderado pelo autuante.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Renitente com o julgamento de Primeira Instância, o autuado interpôs Recurso Voluntário tempestivo às fls. 235 a 262, repetindo as mesmas alegações de primeira instância, para fins de requerer a improcedência do Auto de Infração.

Principia sua suplica recursal destacando seu entendimento sobre o tratamento diferenciado que deve ser observado quando se refere às empresas de pequeno porte, justificando ser esse um dos princípios estabelecido pela Constituição Federal de 1988, que tem como objetivo a manutenção da ordem econômica e financeira do país, garantindo que as empresas de porte menos favorecido tratamento tributário e procedimental favorecido, permitindo sua manutenção e estimulando novas criações.

No que tange a substituição tributária, alega que a intenção do legislador não está sendo preservada, isto porque os entes tributantes acabam prejudicando de 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 utilizando-se a mesma alíquota aplicável às empresas não optante pelo Simples Nacional.

Acrescenta dizendo que não há o que 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 cálculo de acordo com a tributação do Anexo I da Resolução CGSN. Nesse sentido, alega a inconstitucionalidade do procedimento da antecipação tributária, tanto total como parcial, nas microempresas e empresas de pequeno porte.

Comenta que é constitucionalmente inadequado falar em antecipação tributária nas empresas optantes pelo Simples Nacional, muito menos utilizando a alíquota interna do imposto, tendo em vista que as alíquotas para as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional são definidas de acordo com a receita bruta em 12 meses, variando, repisa-se, entre 1,25% e 3,95%.

Questiona a obrigatoriedade do recolhimento da parcela do Anexo I da CGSN referente ao ICMS por já ter ocorrido à substituição pela indústria. Entende ser um contracenso permitir uma nova tributação desta parcela mesmo após a tributação pela substituição tributária de maneira definitiva, ou seja, suficiente para suprir o percentual referente ao ICMS no Anexo I da Resolução CGSN.

Expõe que o Auto de Infração resultou da aplicação de 17% sobre a base de cálculo de cada exação. Nesse contexto afirma que o autuante deixou de considerar os descontos do imposto constante nas notas fiscais dos fornecedores, como deve ser o procedimento de recolhimento da antecipação total e parcial e por esta razão requer que o levantamento fiscal que embasou esta infração seja considerado nulo, tendo em vista que apontou o que entende ser ICMS indevido.

Alternativamente, solicita que caso assim não seja entendido, que seja reconhecido o direito 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, consequentemente, a redução do valor apontado como débito das diferenças de ICMS não recolhidos ou recolhido a menor e das eventuais multas aplicadas, como consectário lógico.

O Recorrente 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. Destaca a Emenda à Constituição nº, de 1993, que acrescentou o § 7º ao art. 150 como previsão constitucional da substituição tributária progressiva, contudo, 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.

Nesse contexto, considerando que o princípio da segurança jurídica é cláusula pétrea, vez que se relaciona diretamente com direitos individuais, alega o Recorrente restar assegurada a restituição da quantia paga, ante a não ocorrência do fato gerador presumido ou a sua inconstitucionalidade.

Explica que a matéria-prima utilizada na fabricação dos solados utilizado nos calçados comercializados, quando não submetidos aos regulares movimentos necessários, acaba sofrendo desgaste e, por fim, deixando a mercadoria sem condições para comercialização ou com a possibilidade de ser comercializada apenas com preço ínfimo, como medida para reduzir o prejuízo. Nesse enfoque, salienta que se a mercadoria ficou inapropriada para o comércio e desta forma dúvida não há quanto à inoccorrência do fato gerador anteriormente presumido pelo Fisco.

Acrescenta dizendo que resta evidente que o estado da Bahia não pode, de maneira alguma, cobrar ICMS antecipação de fato gerador que não ocorreu. Nesse ponto de vista, aduz que o AIIM deve, portanto, ser desconsiderado quanto aos fatos não realizados.

No que tange a exigência do pagamento de multas presentes no Auto de Infração, estabelecidas pelo art.42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/1996 de 60%, o autuado alega que o Fisco não pode

exigir a referida multa sem considerar todas as situações que levaram ao cometimento da suposta infração. Justifica que não há dúvida quanto à ausência de dolo, fraude e simulação nas supostas infrações cometidas pela Recorrente, decorrendo apenas de um equívoco e ingerência por parte de prepostos da empresa, que trabalham em cima da facilidade pretendida pela CF/1988.

Questiona que se o tributo não pode ser utilizado como o efeito de confisco, por que a multa poderia ser utilizada para este propósito? Complementa sua indagação afirmando que seria um contrassenso a Constituição coibir a utilização dos tributos com efeito confiscatório e o Fisco se aproveitar de multas draconianas para confiscar o patrimônio do contribuinte. Para ratificar seu entendimento, expõe posição do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema.

Quanto ao princípio do contraditório e ampla defesa diz que houve ausência da descrição do fato de forma clara e precisa, impossibilitando o direito a ampla defesa por parte da reclamante.

Por fim, o autuado requer que o Auto de Infração ora guerreado seja improcedente ou nulo, culminando com a baixa e arquivamento do Auto de Infração, deixando de aplicar a norma inconciliável com a sistemática constitucional, desconsiderando, assim, a antecipação (total e parcial) no simples nacional, regime escolhido pela impugnante, exercendo seu poder/dever de autotutela, considerando como ICMS devido aquele recolhido pelo substituto tributário, bem como aquele recolhido pelo anexo I da resolução CGSN, o que implica reconhecer que o suposto ICMS apontado pelo Auto de Infração é indevido.

Complementa ao dizer que acaso este não seja o entendimento acolhido, que julgue improcedente o Auto de Infração e reconhecer como direito a realização do desconto do ICMS recolhido por seus 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.

Conclui requerendo a juntada posterior de documento, 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 aqui alegados e análise dos documentos colacionados, caso assim entenda necessário essa ilustre Junta de Julgamento.

A PGE/PROFIS emitiu Parecer jurídico, às fls. 276 a 277.

Observa que o julgamento de primeira instância apreciou todas as questões ventiladas nos autos e que a Decisão expressa no acórdão recorrido não merece qualquer reforma.

Entende que não merece prosperar a alegação de que o percentual das multas aplicadas afrontam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, vez que as multas estão adequadas às infrações apuradas no lançamento e encontra-se expressamente consignadas no artigo 42 da Lei nº 7014/96.

Por fim, entende também que os argumentos do Recorrente não são suficientes para modificar a Decisão, pelo que, opina pelo Conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Temos sob julgamento o Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3ª JF, que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, que cobra a ocorrência de 3 (três) supostas infrações, tratando da falta de recolhimento ou de recolhimento à menor do ICMS à título de Antecipação Parcial e Antecipação Total referente as aquisições de mercadorias provenientes de fora do estado, tudo isso nos anos calendários de 2012 à 2014.

O Recorrente atuava há época dos fatos como empresa comercial de calçados e acessórios, sendo contribuinte do ICMS na condição de empresa optante pelo Simples Nacional.

Da análise das peças processuais, há de se salientar que o lançamento de ofício do crédito

tributário preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, a qual foi plenamente exercida, uma vez que a infração foi devidamente tipificada e documentada, ficando rejeitada a nulidade arguida indiretamente pelo autuado. As planilhas de cálculo que sustentam o valor cobrado na ação fiscal realizada pelo autuante constam impressas às fls. 12 a 119, bem como no CD ROM da fl. 156, com a relação de todas as notas que compuseram o levantamento.

Nos dados de enquadramento do Auto de Infração bem como em sua informação Fiscal, o autuante citou os artigos infringidos pelo sujeito passivo, os quais, transcrevo abaixo.

Em relação à Antecipação Parcial:

Lei nº 7.014/96 – Art. 12-A. 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, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição. (grifos nossos)

Decreto nº 13.780/12 (RICMS/Ba) – Art. 321. O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido (grifos nossos):

VII - nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros estados e Distrito Federal (grifos nossos):

b) sem encerramento da tributação (antecipação parcial), hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor, sem prejuízo das reduções previstas nos arts. 273 e 274 (grifos nossos).

Em relação à Antecipação Total:

Decreto nº 13.780/12 (RICMS/Ba) – Art. 321. O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido (grifos nossos):

VII - nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros estados e Distrito Federal (grifos nossos):

a) com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006 (grifos nossos)

Em seu Recurso Voluntário, o recorrente, nega o cometimento das Infrações apuradas mediante o Auto de Infração em apreço, todavia de forma genérica, sem trazer aos Autos qualquer prova capaz de desqualificar as acusações. Não apresenta nenhum demonstrativo ou outra forma de levantamento de possa modificar a Decisão recorrida.

O Recorrente alega inconstitucionalidade da cobrança realizada na ação fiscal, todavia, foram demonstrados acima os dispositivos legais que consubstanciam e lastreiam as infrações caracterizadas. Aduz também que o imposto ora cobrado já havia sido recolhido pelas indústrias, em sua totalidade, não cabendo mais nada a título de antecipação ou no cálculo do Simples pelo anexo I (atividade comercial).

Acontece que, no que tange aos calçados e ao cálculo da Antecipação Total do ICMS, a mercadoria foi adquirida de fora do estado e não havia, em nenhum dos 3 (três) exercícios levantados, Protocolos ou Convênios da Bahia com os outros estados, sendo assim a cobrança pelo imposto devido a este estado, como já vimos acima, recaia ao adquirente, no caso em questão ao autuado, que deveria ter procedido com o pagamento do ICMS pelas entradas, encerrando assim a fase de tributação, devendo posteriormente no cálculo do imposto devido pelas saídas das mesmas mercadorias, ter realizado a devida segregação no Programa DASN (cálculo do Simples Nacional), a fim de evitar a duplicidade de pagamento do imposto.

Já em relação à Antecipação Parcial, ainda que entenda que esta cobrança é bastante rígida para os contribuintes optantes pelo Simples Nacional, uma vez que não há forma de compensação, a mesma está prevista em Lei. Cabia ao autuado provar que sobre essa mesma mercadoria onde se cobrou a antecipação parcial, de fato houve a tributação pela saída, através do cálculo do Simples Nacional pelo anexo I da Lei Complementar nº 123/06. Apesar do autuado ter citado que procedeu com o recolhimento do ICMS pelo Simples Nacional, nada foi trazido aos Autos que servisse como prova e que fizesse o vínculo com as mesmas mercadorias cobradas à título de

Antecipação Parcial.

O percentual de ICMS mínimo e máximo de 1,25%, de 3,95% respectivamente, dispostos no anexo I da Lei Complementar nº 123/06, não é aplicado para cálculo da Antecipação Parcial ou Total como deduziu o autuado e sim para cálculo do imposto devido pelas saídas, quando do momento do preenchimento da DASN.

Em outro momento de seu Recurso Voluntário, o autuado, ainda sem exemplificar, alega que o autuante em seu levantamento não considerou para abatimento do valor principal cobrado, o ICMS destacado nas notas fiscais dos fornecedores, como deve ser o procedimento de recolhimento da antecipação total e parcial. Essa afirmação não procede. Os créditos originais, das notas dos fornecedores foram considerados para abatimento do valor devido e constam demonstrados no levantamento anexo ao Auto de Infração, colunas “g” e “r” das planilhas de antecipação parcial e total, respectivamente. As notas fiscais anexas às fls. 198 a 207, ainda em fase de primeira instância, comprovam exatamente essa situação.

A respeito da perda do valor comercial do calçado e em alguns casos da sua não comercialização em virtude do desgaste do calçado, devido a utilização do insumo poliuretano (PU) em sua fabricação, existem outras formas de recuperação do ICMS pago na entrada da mercadoria, pela não realização do fato gerador e que está disposto no Art. 293 do RICMS/Ba, todavia o autuado não trouxe aos Autos qualquer elemento que prove as suas alegações e também não procedeu conforme determina o já citado Art. 293, abaixo reproduzido:

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

Por fim, quanto à multa aplicada, a penalidade está prevista na legislação tributária (artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96) fugindo à competência deste Conselho de Fazenda julgar eventuais inconstitucionalidades ou os alegados efeitos confiscatórios. Não há, por conseguinte, o que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, além de serem, no presente caso, corolários do princípio do não confisco, não encontram amparo fático, na medida em que a multa aplicada é adequadamente modulada para o desestímulo ao descumprimento das obrigações tributárias ora apuradas.

Por todo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210550.0201/15-1**, lavrado contra **ARCA BAIXA DO SAPATEIRO CONCEITO LTDA. (ARCA CONCEITO REPRESENTAÇÃO LTDA.) - EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$255.388,68**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS