

PROCESSO - A. I. Nº 232151.3008/16-3
RECORRENTE - EDMILSON FRANCISCO DE SANTANA EIRELI (MADEIREIRA SÃO JOSÉ) - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0188-04/16
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 16/03/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0045-12/17

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. Infração não elidida. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO NÃO INCLUÍDAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO/ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. De acordo com o art. 13, §1º, XIII, “g” da Lei Complementar nº 123/2006 é devido o ICMS nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal, com encerramento da tributação e 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, observado o disposto no inciso IV do §4º do art. 18 desta LC. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 4ªJJF – Junta de Julgamento Fiscal em 13/10/2016 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 102.884,52 (cento e dois mil oitocentos e oitenta e quatro reais e cinquenta e dois centavos), em decorrência do cometimento de 02 (duas) infrações.

Infração 01. RV – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime de 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 em fevereiro e agosto de 2013, outubro de 2014 e novembro a dezembro de 2015. Valor R\$838,75. Multa 60%;

Infração 02. RV – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime de 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 de outubro de 2012 a dezembro de 2014 e fevereiro a dezembro de 2015. Valor R\$102.045,77. Multa 60%.

O Autuado apresentou defesa administrativa do Auto de Infração em epígrafe (fls. 18/23), impugnando totalmente o Auto de Infração em epígrafe.

O autuante apresentou informação fiscal face à defesa apresentada pelo contribuinte (fls. 38/39), defendendo a manutenção do AI.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 4ªJJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

As infrações 01 e 02 do presente processo tratam da falta do recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, bem como, da antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime de 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.

Rejeito o pedido de perícia aventado pelo impugnante, com base no quanto disposto no art. 147, I e II do RPAF/BA, por entender que, além de não restar demonstrada a sua motivação, os documentos comprobatórios

necessários para desconstituir o lançamento fiscal encontram-se na posse da empresa. Caberia a ela apresentar quando de sua defesa, acorde art. 123, do RPAF/BA.

No mais, o Auto de Infração foi lavrado com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os arts 38 a 41 do RPAF/BA. O método de fiscalização está perfeitamente descrito no Auto de Infração e nos papeis de trabalho que o autuado recebeu.

Todo o arrazoado do impugnante é que, por estar enquadrado no Simples Nacional, a fiscalização não poderia exigir o imposto na forma imputada já que não existe responsabilidade da sua parte em recolhê-lo. E, com bastante imprecisão, por não restarem claras as suas colocações, também por já ter recolhido o imposto devido na forma de sua condição de enquadramento.

O enquadramento de uma micro e mesmo pequena empresa no regime do Simples Nacional é opção do contribuinte, ou seja, ele, mesmo tendo tal porte, não está obrigado a aderí-lo. Tal situação resta expressa no art. 16, da Lei Complementar nº 123/2006 e Resolução CGSN nº 4, de 30/05/2007 que dispõe sobre a opção pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).

Sendo opcional, cabe a cada um analisar a conveniência, ou não, de realizar tal opção. No entanto, ao fazer esta opção deve, por obrigação, obedecer a todas as regras do regime estabelecidas.

Em assim sendo, determina o art. 13, da Lei Complementar nº 123/2006:

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

....
§ 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: [...].

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; (grifo não original)

Portanto, é a própria Lei Complementar, que rege o regime de apuração do imposto a qual se encontra incluído o impugnante que dá lastro legal ao imposto ora exigido.

Com base nestas disposições legais, o RICMS/12 assim dispõe:

Art. 319. O Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional obedecerá ao disposto na Lei Complementar Federal nº 123, de 14/12/2006, às resoluções do Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e, no que couber, as normas da legislação do ICMS.

Art. 321. O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido: I - nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária;

[...]

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

- 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;
- 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.

Nota: A redação atual da alínea "b" do inciso VII do caput do art. 321 foi dada pelo Decreto nº 16.032, de 10/04/15, DOE de 11/04/15, efeitos a partir de 11/04/15. Redação originária, efeitos até 10/04/15:

"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, 274 e 275;"

Por fim, no que toca a multa aplicada, o impugnante requer o seu cancelamento por respeito ao princípio da vedação do confisco.

Sobre tal tema, não cabe a este foro administrativo a discussão, nos termos do art. 167 do RPAF, além do que a multa aplicada obedece ao quanto disposto na legislação tributária estadual, mas especificamente no Art. 42 da Lei nº 7.014/96 e no Art. 102, § 2º, II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB).

Diante de toda norma tributária ora exposta e não tendo o impugnante trazido aos autos qualquer prova de que recolheu o imposto ora exigido, somente posso manter as infrações 01 e 02 em sua totalidade.

Voto pela PROCEDÊNCIA do lançamento fiscal.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 4ª JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

Destacou, inicialmente, que o presente lançamento estaria fundamentado com todos os seus elementos constitutivos, em conformidade com os artigos 38 a 41 do RPAF/BA, bem como indeferiu o pedido de perícia, por entender que, além de não restar demonstrada a sua motivação, os documentos comprobatórios necessários para desconstituir o lançamento fiscal encontram-se na posse da empresa, de modo que caberia à mesma apresentá-los na sua defesa;

No mérito, sintetizou que todo o arrazoado do Defendente giraria em torno do seu enquadramento no Simples Nacional, e que por isso a fiscalização não poderia exigir o imposto na forma imputada. A Junta afastou tais alegações, sob o argumento de que tendo o contribuinte aderido por vontade própria ao Simples, o mesmo deveria obedecer todas as regras estabelecidas no regime; o que não teria sido feito, de forma que as infrações contra ele imputadas seriam plenamente procedentes.

Em relação à multa, entendeu não caber aquele foro administrativo a discussão da constitucionalidade da mesma, nos termos do art. 167 do RPAF, bem como afirmou que a mesma teria sido aplicado de acordo com a legislação de regência.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 58/65).

Reitera a realização de perícia para que sejam comprovados os equívocos que permearam os trabalhos da Fiscalização.

Afirma que em uma simples análise denota que o ICMS pertence a base de cálculo do Simples Nacional, sendo assim, a totalidade de tributos devidos pelo presente contribuinte foi regularmente adimplido e recolhido pela forma simplificado de tributação.

Diz que a multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal é confiscatória e ofende frontalmente os princípios constitucionais de direito, razão pela qual a mesma deveria ser afastada em segunda instância administrativa.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 4ª JJF que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$102.884,52, em decorrência do cometimento das seguintes infrações: falta do recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, bem como, da antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime de 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.

Tendo em vista que em fase recursal a realização de perícia voltou a ser requerida, indefiro tal pedido com fulcro no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b”, do RPAF/99, uma vez que existem elementos nos autos suficientes para o deslinde da questão.

No mérito, o Recorrente se limita a reproduzir as razões de defesa então aduzidas, não trazendo na peça recursal quaisquer fundamentos de fato e direito que já não tenham sido exaustivamente apreciados pela Decisão recorrida.

O instituto da antecipação parcial, foi instituído através da Lei nº 8.967/03, que acrescentou o artigo 12-A à Lei nº 7.014/96, com a seguinte redação:

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.

Também o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigente à época, repetiu os termos da antecipação parcial, em seu artigo 352-A, *in verbis*:

Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, 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 IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Para os contribuintes optantes pelo simples nacional, a cobrança da “antecipação parcial” encontra guarida no §1º, XII, “g”, do art. 13 da Lei Complementar nº 123/06:

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

§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:

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

Sendo opcional, cabe a cada um analisar a conveniência, ou não, de realizar tal opção, no entanto, ao fazer esta opção deve, por obrigação, obedecer a todas as regras do regime.

Portanto, é a própria Lei Complementar, que rege o regime de apuração do imposto a qual se encontra incluído o impugnante que dá lastro legal ao imposto ora exigido.

Neste caso já que os elementos materiais não foram objetivamente impugnados e não verifico indícios de erros ou inconsistências no lançamento, julgo correta a Decisão da JJF que manteve o lançamento.

Por fim, quanto às alegações de confiscatoriedade da multa, noto que o percentual de multa está previsto na legislação estadual e não pode ser afastado por conta da previsão legal constante no art. 125, I, do COTEB.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida para julgar PROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

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 232151.3008/16-3, lavrado contra EDMILSON FRANCISCO DE SANTANA EIRELI (MADEIREIRA SÃO JOSÉ) - ME, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$102.884,52, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de fevereiro de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS