

A. I. Nº - 210371.0012/17-0
AUTUADO - A M DOS SANTOS UTILIDADES DO LAR EIRELI - ME
AUTUANTE - BARTOLOMEU BRAGA ROSA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 18/07/2018

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0088-03/18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO. A antecipação parcial é prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, incidindo sobre as aquisições de mercadorias para comercialização, independentemente do regime de apuração. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 05/12/2017, exige ICMS no valor de R\$90.218,70, mais multa de 60%, imputando ao contribuinte a irregularidade abaixo, no período de junho, agosto e novembro de 2015; fevereiro, maio, julho a dezembro de 2016; e janeiro a setembro de 2017:

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 para comercialização provenientes de fora do Estado”.

Enquadramento Legal: art. 12-A, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 321, VII, “b”, do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Multa Aplicada: art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresenta defesa (fls. 31 a 44), inicialmente fazendo uma síntese dos fatos que antecederam a autuação.

Argui a nulidade do procedimento fiscal, sob alegação de que o demonstrativo elaborado pelo Fiscal não elenca todas as notas fiscais e seus respectivos valores. Transcreve o art. 39 e seus incisos, bem como cita o art. 142, do CTN, com o fito de amparar sua argumentação de que houve cerceamento ao seu direito de defesa.

Diz, ainda, que os arts. 962 e 963, do RICMS determinam que quando a infração consistir em suposta falta de pagamento do ICMS deverá ser feito, no próprio auto ou em anexo, um demonstrativo da apuração do imposto, discriminando, por mês, as respectivas importâncias, sendo que, quando não for possível a discriminação por mês, considerar-se-á o imposto como devido no último mês do exercício fiscalizado.

Entende que as mencionadas exigências não foram observadas, e que as falhas vão desde a descrição dos fatos, que foram obscuras e imprecisas, até a omissão acerca do demonstrativo do débito tributário, uma vez que o contribuinte apenas recebeu o que supostamente seria o valor total da dívida, sem saber como os aspectos quantitativos foram aplicados.

No mérito, observa a condição especial que o contribuinte goza, em razão do regime de tributação ao qual está submetido, qual seja um regime de tributação diferenciado, e por isso, em virtude do quanto disposto nos arts. 12 e 13, inciso VII e § 1º, inciso XIII, ambos da Lei

Complementar 123/2006, informa que recolhe os tributos incidentes sobre sua atividade empresarial, mediante documento único de arrecadação, com periodicidade mensal.

Acrescenta que tal regime diferenciado surgiu com intuito de facilitar não só a fiscalização, mas também implementar uma desburocratização das Micro e Pequenas Empresas nacionais, além de facilitar a forma de arrecadação dos tributos destas pessoas jurídicas, numa forma menos complexa.

Explica que a legislação que trata do Simples Nacional, a LC 123/2006 estabelece no art. 13 os tributos que serão recolhidos através do documento único, e que dentre os tributos, no inciso XIII, está o ICMS.

Entende que sendo a Impugnante, adepta do Sistema do Simples Nacional, não pode a autuação prosperar. Alega que pela fundamentação legal utilizada na autuação, o preposto fazendário deixou à margem a condição especial que goza o Contribuinte. Ou seja, considera que a autoridade fazendária atribuiu alíquota “normal” quando em verdade deveria considerar a alíquota especial a qual está o Impugnante submetido, em virtude do regime especial de tributação do Simples Nacional.

Aduz que se a autuação se baseia na suposta falta de recolhimento por antecipação tributária em razão da entrada da mercadoria no território baiano, o contribuinte que está enquadrado no regime do Simples Nacional se é obrigado a antecipar o recolhimento só poderá o fazer no mesmo patamar que teria que recolher em momento posterior, quando efetivamente ocorrido o fato gerador do tributo em questão.

Destaca que, dessa forma, deixará de gozar dos benefícios da legislação especial, e menciona, ainda, que a própria LC 123/06 proíbe os optantes do Simples Nacional em utilizar-se do sistema de créditos/débitos.

Reclama que ao antecipar o ICMS na entrada da mercadoria no território baiano sob alíquota do regime geral e, posteriormente, quando realiza o fato gerador do tributo, ainda recolhe o mesmo ICMS sobre a mesma mercadoria, destacando o imposto no documento único de arrecadação, está claramente sofrendo bitributação, prática veementemente vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Deduz que o contribuinte do regime simplificado acaba recolhendo o ICMS decorrente da antecipação como se novo tributo fosse, pois, não consegue compensá-los, tais como os demais contribuintes do regime normal, e considera, assim, violado o artigo 170, IX da CF/88, princípio constitucional que determina ao Poder Público, seja dispensado tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas, em clara deferência ao princípio da capacidade contributiva.

No que diz respeito à multa exigida na autuação, tece considerações sobre o assunto, transcrevendo ensinamentos de alguns doutrinadores do direito, a exemplo de Marilene Talarico Martins Rodrigues e Ricardo Corrêa Dalla, bem como decisões de tribunais superiores, com o intuito de demonstrar a tese de que a fixação de multas elevadas não podem ultrapassar o limite do razoável, por ser violação direta e latente aos direitos fundamentais assegurados aos contribuintes.

Entende que a mencionada multa, além de ultrapassar o caráter punitivo, compromete a continuidade da atividade econômica exercida pela empresa, o que nos termos do Princípio de Preservação da Empresa, não deve prosperar.

Ao final, além de requerer a nulidade e improcedência da autuação, pede que seja reduzida a multa aplicada, por violação frontal aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, vedação ao confisco, capacidade contributiva, dentre outros.

Na informação fiscal às fls. 50 a 52, o autuante inicialmente rebate a preliminar de nulidade suscitada dizendo que descabe a alegação de falta de entrega de discriminativo dos fatos e notas

fiscais, visto que os fatos estão corretamente capitulados no auto de infração (fls. 1 e 2) e o discriminativo se encontra às fls. 4 e 8 a 20 do presente processo.

Afirma, que o contribuinte recebeu as planilhas discriminativas, conforme recibo de entrega em meio magnético colacionado às fls. 24 e 25 dos autos.

Acrescenta que o Auto de Infração obedeceu todas às formalidades listadas nos artigos 142 a 144 do CTN, constando no mesmo a qualificação do autuado; o local, a data e a hora da lavratura; a fiel descrição do fato infringente; a capitulação legal e a penalidade aplicável; o prazo para que o infrator cumpra ou impugne a autuação; o total do débito; e a assinatura do agente autuante e seu cargo.

Enfatiza que todos os relatórios elaborados foram corretamente colacionados e recebidos pelo contribuinte, conforme assinatura à fl. 25 e recibo de arquivos magnéticos também na mesma folha.

Aduz que as situações das empresas do simples nacional estão capituladas na lei complementar 123/06, e que além do imposto devido pelo faturamento, em alíquotas específicas, deverão ser submetidas ao pagamento de antecipação tributária, descritos no caso da Bahia, em seu Regulamento do ICMS. Explica que não foi deixado de lado a condição do impugnante, como reclamado, pois o mesmo deve submeter-se também aos impérios da Lei nº 7014/96, artigos 12-A, que rege as compras em outros estados da federação.

Discorda da alegação defensiva de excessivo percentual da multa aplicada, uma vez que a mesma está prevista em Lei.

Ao final, ressaltando que não há ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e que as alíquotas são as exigidas pela lei, em sua sistemática de cálculo, abatendo-se o crédito, quando devido, pede a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide exige ICMS mais multa, em decorrência da falta de recolhimento da antecipação parcial do imposto, na condição de empresa optante do Simples Nacional, referente aquisições de mercadorias para comercialização provenientes de fora do Estado.

Preliminarmente, verifico que a acusação fiscal está efetivamente motivada no Auto de Infração, ou seja, está claramente especificada a infração, infrator, descrição dos fatos, enquadramento legal, montante do débito exigido e da multa aplicada.

O autuado recebeu as planilhas elaboradas por ocasião do levantamento fiscal, contendo o cálculo e a discriminação de todas as notas fiscais que foram objeto da exigência, conforme comprova o recibo de entrega em meio magnético colacionado às fls. 24 e 25 dos autos, não havendo do que se falar em cerceamento ao direito de defesa.

Fica, portanto, rejeitada a preliminar de nulidade arguida pelo impugnante, não se constatando qualquer das hipóteses elencadas no art. 18, do RPAF/99, no que diz respeito ao lançamento de ofício, ora guerreado.

No mérito, o autuado não rebateu o levantamento fiscal elaborado pelo autuante, limitando-se a questionar a legalidade da cobrança em questão, entendendo que sendo adepta do Simples Nacional, não deveria ter sido atribuída a alíquota “normal” para a presente exigência, mas a alíquota especial a qual está submetido, em virtude do regime especial de tributação do Simples Nacional.

Todavia, razão não assiste ao autuado, uma vez que a antecipação parcial está prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, incidindo sobre as aquisições de mercadorias para comercialização, independentemente do regime de apuração adotado pelo contribuinte, mediante a aplicação da

alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, do mesmo diploma legal, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Ademais, as normas a que estão submetidas as empresas do simples nacional estão capituladas na Lei Complementar nº 123/06, que além do imposto devido pelo faturamento, em alíquotas específicas, estabelece no seu art. 13, §1º, XIII, “g”, que tal fato não exclui a incidência de alguns impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas, dentre eles o ICMS devido por antecipação.

Registro, ainda, que o autuado não contestou objetivamente os dados numéricos apresentados na autuação, sendo que o artigo 123 do RPAF/99 assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive, levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do supra citado regulamento.

No que diz respeito à multa exigida, a mesma tem previsão legal no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, não havendo do que se falar em desproporcionalidade e falta de razoabilidade em sua cobrança. Ademais, conforme dispõe o art. 167, I e III, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Ante o 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 **210371.0012/17-0**, lavrado contra **A M DOS SANTOS UTILIDADES DO LAR EIRELI – ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$90.218,70**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA