

A. I. Nº - 298578.0003/08-7  
**AUTUADO** - ADEL REFRIGERAÇÃO MANUTENÇÃO E SERVIÇOS LTDA.  
**AUTUANTE** - CLÁUDIA MARIA SEABRA MARTINS  
**ORIGEM** - INFАЗ ATACADO  
**INTERNET** - 03. 12. 2008

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0399-01/08**

**EMENTA: ICMS.** 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO  
PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração  
caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.  
ANTECIPAÇÃO PARCIAL. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO  
IMPOSTO. **b)** PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO.  
Restou comprovado que o contribuinte não efetuou o  
recolhimento do imposto devido por antecipação parcial.  
Infrações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE**.  
Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 09/01/2008, reclama ICMS no valor de R\$ 7.022,99, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Recolheu a menos o ICMS, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, nos meses de agosto e setembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 552,00, acrescido da multa de 50%;
2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de abril a setembro e novembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.874,65, acrescido da multa de 50%;
3. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de outubro e dezembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.596,34, acrescido da multa de 50%.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa às fl. 57 a 67, discorrendo, em síntese, sobre o lançamento de ofício, afirmando que este não merece prosperar, pelos argumentos que apresenta.

Afirma que é indevida a aplicação da alíquota de 17%, haja vista que para as empresas de pequeno porte, o cálculo se faz através da incidência de percentual sobre a receita bruta, que é variável segundo o volume desta. Cita e reproduz o artigo 7º, II, da Lei Estadual nº 7.357/98, para confirmar a sua alegação. Diz, ainda, que no seu caso, a alíquota aplicável é de 2,5%, por apresentar uma receita bruta anual inferior ou igual a R\$ 540.000,00, conforme se pode inferir do próprio Auto de Infração.

Prosseguindo, diz que o autuante aplicou a alíquota de 17% sobre a base de cálculo apurada, para exigir o ICMS antecipação parcial, deduzindo 7%, referente ao crédito presumido, ou seja, aplicou o regime normal de apuração a que não está submetido o contribuinte SimBahia.

Assevera que a exclusão do regime SimBahia somente ocorre nas situações previstas nos artigos 20 a 23 da Lei Estadual nº 7.357/98, que transcreve. Diz, também, que as situações de desligamento do SimBahia, estão regulamentadas no RICMS/BA, nos artigos 408-L e 915, III, IV e V, “a” e “c”, que

reproduz. Afirma que a infração supostamente cometida não se insere no rol acima referido, estando prevista apenas no artigo 915, inciso I, alínea “b”, itens 1 e 3, do RICMS/BA.

Continuando, registra que o RICMS/BA é claro ao exigir deliberação do Inspetor Fazendário, para que possa ser aplicado o regime normal de apuração ao contribuinte optante pelo SimBahia, o que não houve no caso tela.

Sustenta que não foi efetuada a dedução prevista no artigo 8º da Lei nº 7.357/98, em função da admissão e manutenção de mais de 5 empregados, sobre o valor do tributo, sobretudo para os créditos apurados sob o regime de antecipação parcial de ICMS.

Insurge-se contra a aplicação da multa de 50%, afirmando que esta tem o caráter confiscatório, sendo excessiva e desrazoada. Invoca a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a posição doutrinária de Roque Antonio Carrazza, Yoshiaki Ichihara, Sacha Calmon Navarro Coelho.

Conclui, requerendo a invalidade total do Auto de Infração, ou a sua invalidação, a fim de que seja determinada a dedução de 5% sobre o valor do tributo devido em cada período de apuração, conforme o artigo 8º, da Lei nº 7.357/98, por admitir e manter ao menos 5 empregados. Pede ainda a invalidação parcial, para que seja determinada a exclusão da multa de 50%, por ser confiscatória.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 78 a 79, contestando a alegação defensiva referente à antecipação parcial, afirmando que a antecipação parcial do ICMS alcança igualmente todos os contribuintes, não se confundindo com o recolhimento normal do ICMS, conforme dispõem os artigos 352-A, 61, IX, 50, I, “a”, todos do RICMS/BA, que reproduz. Acrescenta que no cálculo da antecipação parcial, cabe a aplicação da alíquota de 17% sobre o valor da operação, deduzido o valor do imposto destacado na nota fiscal, independentemente da condição do contribuinte, se normal ou SimBahia.

No respeitante à alegação defensiva de não ter sido considerado o número de empregados, afirma que o cálculo efetuado considerou o número de 06 empregados, em agosto e setembro, conforme demonstra.

Quanto à multa de 50%, ter o caráter confiscatório, conforme alegado pelo autuado, diz que não se constitui matéria de sua competência, destacando, apenas, que a multa aplicada de 50% decorreu da condição do autuado de SimBahia, pois, para os contribuintes normais o percentual é de 60%.

Finaliza mantendo integralmente a autuação.

## VOTO

A princípio, cumpre consignar que não há que se falar em invalidade do Auto de Infração, haja vista que este foi lavrado com observância dos requisitos e exigências previstos no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, especialmente, do artigo 39, seus incisos e alíneas.

Da análise das peças processuais, verifico que o impugnante rechaça expressamente as infrações 02 e 03, e silencia quanto à infração 01.

Observo que na impugnação referente aos itens 02 e 03 da autuação, que cuidam da antecipação parcial do ICMS, respectivamente, pela falta de recolhimento e pelo recolhimento a menos do imposto, o autuado apresenta os seguintes argumentos:

- que é indevida a aplicação da alíquota de 17%, haja vista que para as empresas de pequeno porte, o cálculo se faz através da incidência de percentual sobre a receita bruta, conforme o artigo 7º, II, da Lei Estadual nº. 7.357/98;
- que no seu caso, a alíquota aplicável é de 2,5%, por apresentar uma receita bruta anual inferior ou igual a R\$ 540.000,00;

- que o autuante aplicou a alíquota de 17% sobre a base de cálculo apurada, para exigir o ICMS antecipação parcial, deduzindo 7%, referente ao crédito presumido, ou seja, aplicou o regime normal de apuração a que não está submetido o contribuinte SimBahia;
- que a exclusão do regime SimBahia somente ocorre nas situações previstas nos artigos 20 a 23 da Lei Estadual nº. 7.357/98;
- que as situações de desenquadramento do SimBahia estão regulamentadas no RICMS/BA, nos artigos 408-L e 915, III, IV e V, “a” e “c”;
- que a infração supostamente cometida não se insere no rol acima referido, estando prevista apenas no artigo 915, inciso I, alínea “b”, itens 1 e 3, do RICMS/BA;
- que o RICMS/BA é claro ao exigir deliberação do Inspetor Fazendário, para que possa ser aplicado o regime normal de apuração ao contribuinte optante pelo SimBahia, o que não houve no caso tela;
- que não foi efetuada a dedução prevista no artigo 8º da Lei nº. 7.357/98, em função da admissão e manutenção de mais de 05 empregados, sobre o valor do tributo, sobretudo para os créditos apurados sob o regime de antecipação parcial de ICMS.

A análise das alegações defensivas acima referidas permite concluir que labora em equívoco o impugnante, haja vista que os argumentos apresentados não têm qualquer relação com as infrações que lhe são imputadas.

Na verdade, a exigência da antecipação parcial do ICMS, tem previsão no artigo 352-A do RICMS/BA, que estabelece:

*“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.”*

Como se observa, a simples leitura do “caput” do dispositivo regulamentar acima transcrito espanca qualquer dúvida sobre a forma como se dá a antecipação parcial do ICMS. Ou seja, é irrelevante a condição do contribuinte, se inscrito no Regime Normal de Apuração ou se optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS-SimBahia. Claramente, se vê que o legislador determinou que a antecipação parcial do ICMS, deve ser efetuada pelo próprio adquirente, **independentemente do regime de apuração adotado**(g.n), 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.

A base de cálculo prevista no artigo 61, IX do RICMS/BA, acima referido, apresenta a seguinte dicção:

*“Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:*

(...)

*IX - em relação à antecipação parcial do imposto, estabelecida no art. 352-A, o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição, observado o disposto no § 8º.”*

Noto que o autuante calculou o ICMS antecipação parcial na forma estabelecida no RICMS/BA, não merecendo nenhum reparo o cálculo realizado. Incabível, no caso, se falar em desenquadramento da condição de SimBahia; em dedução do número de empregados; em aplicação da alíquota de 2,5%, por não ser aplicável.

Certamente, pretendeu o autuado se reportar àquelas situações nas quais o contribuinte optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS-SimBahia, incorre em infrações de natureza grave previstas na legislação do ICMS, situações em que ocorre a perda do direito de apuração do ICMS pelo mencionado regime de apuração, sendo, nos casos que tais, o imposto apurado pelo critério normal de apuração. Como visto acima, não é o caso do Auto de Infração em exame.

No tocante à argüição defensiva de ser a multa confiscatória, portanto, inconstitucional, vale observar que este órgão julgador não tem competência para apreciar questão de inconstitucionalidade, consoante o artigo 125 da Lei nº 3.956/2001, instituidora do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, valendo observar que as multa aplicadas têm previsão no artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Assim, considerando que o impugnante reconheceu tacitamente a infração 01, sendo esta devidamente caracterizada e, não trouxe aos autos elementos hábeis, capazes de elidir as infrações 02 e 03, a autuação é integralmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298578.0003/08-7**, lavrado contra **ADEL REFRIGERAÇÃO MANUTENÇÃO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.022,99**, acrescido da multa de 50%, prevista no artigo 42, I, “b”, item 1 e 3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR