

**PROCESSO** - A. I. N° 298578.0003/08-7  
**RECORRENTE** - ADEL REFRIGERAÇÃO MANUTENÇÃO E SERVIÇOS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0399-01/08  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 12/05/2009

#### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0078-11/09

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. É devida a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação para comercialização pelo estabelecimento destinatário, independentemente do regime de apuração por ele adotado. Infrações caracterizadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo autuado contra a Decisão da 1ª JJF – Acórdão JJF nº 0399-01/08, que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual fora lavrado para exigir o ICMS no valor de R\$ 7.022,99, referente às seguintes infrações:

1. Recolhimento a menor o ICMS, no valor de R\$552,00, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), referente aos meses de agosto e setembro de 2004;
2. Falta do recolhimento do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$3.874,65, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no período de abril a novembro de 2004;
3. Recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$2.596,34, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de outubro e dezembro de 2004.

A Decisão recorrida foi de que o impugnante rechaça expressamente as infrações 2 e 3, e silencia quanto à infração 1.

Observa a JJF que na impugnação referente aos itens 2 e 3 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 Decisão recorrida foi de que labora em equívoco o impugnante, haja vista que os argumentos apresentados não têm qualquer relação com as infrações que lhe são imputadas, pois, na verdade, a exigência da antecipação parcial do ICMS, tem previsão no artigo 352-A do RICMS/BA, no qual 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***, 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.

Ressalta a JJF que a autuante calculou o ICMS antecipação parcial na forma estabelecida no RICMS/BA, não merecendo nenhum reparo o cálculo realizado, sendo 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.

No tocante à arguição defensiva de ser a multa confiscatória, portanto, inconstitucional, observa a JJF 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, observando que as multa aplicadas têm previsão no artigo 42 da Lei nº. 7.014/96.

Assim, considerou a JJF que o impugnante reconheceu tacitamente a infração 1, sendo esta devidamente caracterizada e, não trouxe aos autos elementos hábeis, capazes de elidir as infrações 2 e 3, do que concluiu que a autuação é integralmente subsistente.

No Recurso Voluntário, às fls. 93 a 98 dos autos, o recorrente reitera suas alegações apresentadas na impugnação do Auto de Infração, a saber:

1. Que a Decisão recorrida deixou de acolher os argumentos acerca da aplicação indevida da alíquota de 17%, inclusive na antecipação parcial do ICMS, quando a alíquota a ser aplicada ao caso é a de 2,5%, haja vista a empresa ser orientada pelas regras do SimBahia, cujo cálculo se faz através da incidência de percentual sobre a receita bruta, conforme o artigo 7º, I, da Lei Estadual nº. 7.357/98. Aduz o recorrente que interpretar o presente caso de modo diverso implica impingir ao contribuinte do SIMBAHIA um regime tributário do ICMS deveras gravoso, ao realizar a compra de mercadorias produzidas em outros Estados da Federação para a comercialização interna, sobretudo quando não há sua produção aqui no Estado da Bahia;
2. 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;
3. Que a multa de 50% sobre o valor do imposto, consoante o art. 42, inciso I, alínea “b”, itens 1 e 3, da Lei Estadual nº. 7.014/96, tem caráter confiscatório. Salienta que a autoridade julgadora tem a possibilidade de apreciar os autos segundo o princípio do livre convencimento,

declarando a inconstitucionalidade da multa aplicada, quando desconforme com os ditames constitucionais, pois, ao revés, estará privando o contribuinte da garantia à ampla defesa, já que a questão sequer foi apreciada. Aduz que, no caso presente, no cotejo da capacidade contributiva do recorrente com o valor da multa imposta, não há um critério razoável para justificar a sua imposição em valor tão próximo ao do próprio imposto. Cita doutrina.

Por fim, diante das razões acima, requer a invalidação total do Auto de Infração e, assim não entendendo este Colegiado, a invalidação parcial do Auto de Infração a fim de que seja determinada a exclusão da multa no patamar de 50% sobre o valor dos tributos não recolhidos, visto seu caráter confiscatório.

A PGE/PROFIS, à fl. 106 dos autos, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, por verificar que a opção pelo regime simplificado SIMBAHIA não exclui o dever do contribuinte em recolher o ICMS por substituição tributária quando este não é recolhido pelo remetente, nos termos do quanto dispõe o art. 5º, inciso II, da própria lei instituidora do citado regime (Lei 7.357/98). Assim, concluiu a PGE/PROFIS que as regras do SIMBAHIA não podem ser aplicadas ao ICMS devido por antecipação, já que este está excluído do regime simplificado. Por fim, quanto à alegação de confiscatoriedade da multa aplicada, aduz a PGE/PROFIS ser o percentual previsto na legislação e que não cabe ao CONSEF apreciar ou discutir matéria constitucional, nos termos do art. 125 do COTEB.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª Instância, no que tange à falta de recolhimento e ao recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, inerentes às infrações 2 e 3, sobre cujas razões recursais passo a tecer as seguintes considerações:

Preliminarmente, é oportuno ressaltar que, ao contrário do que aduz o recorrente, a 1ª JF apreciou todas as alegações apresentadas na impugnação do lançamento, dentre as quais a relativa à aplicação indevida da alíquota de 17%, quando, no entender do recorrente, deveria ser aplicada a de 2,5%, inerente ao regime SimBahia.

Também cabe esclarecer ser infundada a conclusão do recorrente de que *“A autoridade julgadora, neste sentido, tem a possibilidade de apreciar os autos segundo o princípio do livre convencimento, declarando a inconstitucionalidade da multa aplicada, quando desconforme com os ditames constitucionais, pois, ao revés, estará privando o contribuinte da garantia à ampla defesa, já que a questão sequer foi apreciada”*, uma vez que não é de competência deste tribunal administrativo a declaração de inconstitucionalidade, consoante bem ressaltado na Decisão recorrida e no Parecer da PGE/PROFIS. Assim, não sendo tal análise de competência deste CONSEF, não há de se falar de privação da garantia à ampla defesa do contribuinte, a qual foi exercida plenamente.

Acerca da alegação de que a multa tem um caráter confiscatório, não compete a esta Câmara de Julgamento Fiscal avaliar, pois a multa aplicada é a legalmente prevista ao caso concreto, consoante art. 42, I, “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96, a qual foi aprovada pela Assembléia Legislativa, cuja representação foi outorgada pelos próprios cidadãos.

Em seguida, da análise das razões de mérito, deve-se esclarecer que a exigência da antecipação parcial do ICMS, com vigência a partir de 1º/03/2004, foi estabelecida por meio da Lei nº 8.967, de 29/12/03, com efeitos a partir de 01/03/04, a qual acrescentou o art. 12-A na Lei nº 7.014/96, conforme a seguir transcrito:

**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.

Já o art. 23, inciso III, da citada lei, estabelece que a base de cálculo para a antecipação parcial do imposto, estabelecida no art. 12-A, é o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição.

Assim, diante do exposto, corroboro com a Decisão recorrida de que “...*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, 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*”.

Logo, concluo igualmente como na Decisão recorrida de que a autuante calculou o ICMS antecipação parcial na forma legalmente estabelecida, não merecendo nenhum reparo o cálculo realizado, sendo 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 à exigência da antecipação parcial, conforme previsão legal, já demonstrada.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **298578.0003/08-7**, lavrado contra **ADEL REFRIGERAÇÃO MANUTENÇÃO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.022,99**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS