

A. I. Nº - 232183.0008/10-4
AUTUADO - NAPRO COMÉRCIO DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - EDSON DOS SANTOS VASCONCELOS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 22.09.2010

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0278-04/10

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Contribuinte optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional, É devido o pagamento da antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Multa prevista, à época dos fatos, no inciso II, alíneas “d” ou “f”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 05/02/2010, exige do autuado o ICMS antecipação parcial, no montante de R\$ 21.236,70, 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 no período de julho de 2007 a novembro de 2008, conforme planilhas e documentos fiscais às fls. 7 a 87 dos autos.

O autuado, às fls. 92 a 97 dos autos, tempestivamente, apresenta sua defesa administrativa onde aduz que o Auto de Infração não deve prosperar porque não há embasamento legal que consubstancie a infração, como também, preliminarmente, alega a existência de erros no levantamento fiscal.

Em seguida passa a questionar de onde foram extraídas as bases de cálculo dos números de ocorrências 1 a 7 do Demonstrativo de Débito, concluindo se tratar de débito sem nenhum embasamento legal. Também indaga a razão de o fiscal aplicar a alíquota de 17% para a antecipação parcial, pois entende que o correto seria o diferencial entre a alíquota interna e a de origem.

Reproduz os mesmos questionamentos sobre a base de cálculo e alíquota quanto ao número de ocorrência 7 a 17, inerente ao exercício de 2008, como também alega que não foram deduzidos os valores recolhidos a título de antecipação parcial, referente aos meses de 10/2007, 07 e 09/2008.

Assim, o autuado requer a nulidade da infração devido às diversas incorreções e incoerências nos levantamentos e dados apresentados pelo preposto fiscal bem como a não apresentação dos arquivos magnéticos quando da ciência do Auto de Infração. Anexa documentos às fls. 98 a 109 dos autos.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 112 e 113 dos autos, inicialmente, aduz que a preliminar invocada pelo autuado não deve sequer ser conhecida; qualquer pedido nela inserida.

Quanto aos questionamentos sobre os fatos que deram origem à base de cálculo das ocorrências 01 a 17 do demonstrativo de débito do Auto de Infração, onde o autuado aduz não haver embasamento legal, como também de que não deveria aplicar a alíquota de 17% para a apuração do imposto, o preposto fiscal esclarece que, conforme o art. 352-A do RICMS/BA, 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, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição. Assim, sustenta que o lançamento está em conformidade com a legislação tributária aplicada à espécie, pois foi obedecida a metodologia para a apuração do imposto, cujas bases de cálculo foram obtidas levando-se em conta os valores históricos do ICMS respectivos, apurados na conformidade do demonstrativo a folha 03.

Inerente à alegação de que não foram considerados os valores de ICMS pagos, afirma o preposto fiscal que as importâncias do ICMS recolhidas foram todas devidamente deduzidas do imposto apurado, conforme as seguintes comprovações: o mês de 10/2007, no valor de R\$ 2.066,91, consta no demonstrativo à fl. 9; mês de 07/2008, no valor de R\$ 142,37, e 09/2008, no valor de R\$ 391,50, foram inclusos no demonstrativo à fl. 52. Assim, concluiu que não procede tal alegação do autuado.

Por fim, no tocante à alegação de que não apresentou arquivos magnéticos (CD, disquete) quando da ciência do Auto de Infração, aduz o autuante não ter qualquer consistência, uma vez que o autuado, ao tomar ciência do lançamento do Auto de Infração, recebeu toda a documentação pertinente ao mesmo, inclusive o demonstrativo de “ICMS/ANT. PARC.” que amparou a autuação, na conformidade do que determina o RPAF, conforme documentos de fls. 01 a 11 dos autos.

Assim, o preposto fiscal concluiu a informação fiscal solicitando a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS antecipação parcial de contribuinte inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).

Preliminarmente, rejeito o pedido de nulidade argüido pelo autuado de forma ampla sob as alegações de “*diversas incorreções e incoerências nos levantamentos e dados apresentados pelo preposto fazendário*” ou de “*falta de critérios e métodos dos levantamentos e fundamento legal para a autuação, bem como a não apresentação dos arquivos magnéticos (Cds, Disketes)...*”, visto que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, visto que o sujeito passivo atacou a matéria objeto da autuação com muita clareza e precisão, o que demonstra inexistir cerceamento ao direito de defesa, como também restou comprovado nos autos que os demonstrativos que embasaram a autuação foram entregues ao contribuinte, conforme recibo à fl. 11, relativo ao exercício de 2007, e pela anexação à peça de defesa, pelo próprio apelante, quanto ao demonstrativo inerente ao exercício de 2008.

Quanto ao mérito, conforme previsto no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, acrescentado pela Lei nº 8.967/03, a legislação estadual estabelece que: “*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*” (grifo nosso). Tal disposição foi reproduzida o art. 352-A do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, como *bem frisou o autuante em sua informação fiscal.*

Tal determinação veio a ser ratificada posteriormente com o advento do art. 386, inciso VII, alínea “b”, do RICMS, no qual determina que o recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido, nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal, 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 §§ 2º, 4º, 5º e 6º do art. 352-A do RICMS.

Por fim, a Diretoria de Tributação – DITRI, através da Gerência de Consultas e Orientações Tributária, expediu Orientação DITRI/GECOT nº. 001/2009, na qual orienta que: *“Nas aquisições interestaduais realizadas por ME ou EPP optante pelo Simples Nacional o valor do ICMS antecipação parcial será o resultado da diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual aplicável aos contribuintes não optantes pelo simples nacional”*.

Sendo assim, está cristalinamente demonstrado o embasamento legal da exigência fiscal, cuja base de cálculo para apuração do imposto é o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição, nos termos previstos no inciso III do art. 23 da Lei nº. 7.014/96, mediante a alíquota interna de 17%, deduzido do valor do ICMS destacado no documento fiscal de aquisição, independentemente do regime de apuração do imposto adotado pelo contribuinte, conforme procedeu o autuante às fls. 7 a 11 e 50 a 53 dos autos, inclusive considerando os alegados valores já recolhidos relativos aos meses de 10/2007, 07/2008 e 09/2008, consoante demonstrado às fls. 9 e 52 dos autos, cujos documentos fiscais e números levantados, em momento algum, foram contestados pelo autuado, entendendo-os como corretos, por não comprovar qualquer fato controverso.

Por derradeiro, há de se ressaltar que a aplicação da multa é de competência do órgão julgador, sendo apenas, nos termos previsto no art. 142 do CTN, proposta no Auto de Infração pelo autuante, através de percentual e enquadramento da multa aplicada.

No caso concreto, por não haver previsão de multa específica para a falta de antecipação parcial, no período anterior a novembro de 2007, deve-se aplicar a multa de 60%, capitulada na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, prevista para todo e qualquer caso em que se configure infração diversa das expressamente previstas nos demais tópicos do art. 42, que importe descumprimento de obrigação tributária principal, caso não haja dolo.

Posteriormente, pelo fato da legislação baiana expressamente ter incluído tal infração (falta de recolhimento do ICMS devido em razão da antecipação parcial) no rol das infrações elencadas na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, conforme alteração dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, (efeitos a partir de 28/11/07), o que em nada altera a aplicação da alínea “f” do dispositivo legal para os fatos anteriores, deve-se aplicar a multa prevista na aludida alínea “d” para os fatos infracionais ocorridos a partir de dezembro de 2007.

Contudo, no período da ação fiscal, compreendido de julho de 2007 a novembro de 2008, a multa a ser aplicada é de 60%, independentemente de o contribuinte se enquadrar no Simples Nacional, visto que a penalidade proposta pelo autuante (50%), prevista, à época, no art. 42, I, “b”, item 1, da Lei nº. 7.014/96, relativa às entradas de mercadorias sujeitas à antecipação ou substituição tributária para microempresa, difere do fato infracional ora em análise, pois essa se refere à antecipação do imposto, inclusive com encerramento da fase de tributação, enquanto aquela à antecipação do recolhimento.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232183.00**

COMÉRCIO DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA., devendo

efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 21.236,70**, acrescido da multa de 60%, prevista, no art. 42, inciso II, “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de setembro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR