

A. I. N° - 210728.0023/10-8
AUTUADO - CMS ESPORTE E NAÚTICA LTDA.
AUTUANTE - MIRIAN SALINAS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 23. 12. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0397-01/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA NÃO ENQUADRADA NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. É devida a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização. Retificado o enquadramento da multa indicada pelo autuante, para o artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado, em 22/03/2010, para exigir ICMS, no valor de R\$ 231.839,08, em razão da falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de fevereiro a dezembro de 2009.

No campo “Descrição dos Fatos”, consta:

[...] Observamos o Art. 352-A, parágrafos 5º e 6º do RICMS/BA junto a DITRI, concluindo que o Contribuinte não tem direito a redução, nem ao limite previsto nos termos dessa legislação.

Note-se que no Auto de Infração a alíquota mencionada refere-se a 27%, deixamos transparente na PLANILHA ANEXA que os cálculos foram realizados com base no COTEJAMENTO de Alíquotas previsto na legislação mencionada, portanto a alíquota aplicada foi de 15% (13% + 2% Fundo de Pobreza), o SEAI (ainda não está habilitado para colocação da alíquota de 15%, portanto optamos por colocar 27%).

O autuado apresenta defesa (fls. 111 a 116) e, após transcrever o disposto no art. 352-A do RICMS-BA, com a redação vigente em 2008 e 2009, classifica a ação fiscal como um abuso, pois entende que o § 6º do art. 352-A limita o ICMS devido por antecipação parcial “a 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais, de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive as transferências, o que for maior”. Referindo-se ao disposto nos §§ 4º e 5º do art. 352-A, ressalta que:

1- o § 4º prevê que as MEs teriam uma redução de 50% do valor do imposto se adquirido de estabelecimentos industriais por eles fabricados (independente de reco

2- o inciso I do mesmo parágrafo define também que as EPPs teriam o mesmo tratamento das MEs, caso tivesse receita bruta igual ou inferior a R\$ 30.000,00 no antepenúltimo mês de referência (independente de recolhimento no prazo);

3- somente no inciso II, ainda deste mesmo parágrafo, é que se fala de outra redução de 60% caso se pagasse o imposto no prazo;

4- o § 5º fala em mais uma redução de 20% se o pagamento fosse feito no prazo.

Destaca que o *caput* e o inciso I do § 4º não falam em pagamento do imposto no prazo e, portanto, o limite de 4% estabelecido no § 6º não tinha esse condicionante (pagamento no prazo). Explica que o RICMS-BA concede uma redução de 50% para as MEs e as EPPs, depois esse percentual é majorado para 60%, caso haja pagamento tempestivo do imposto. Por fim, o RICMS-BA concede uma redução de 20% independente da receita bruta e da origem da mercadoria, caso se pague o imposto no prazo.

Sustenta que, a fim de evitar uma carga aviltante, o § 6º limitou a tributação a 4%. Diz que esse limite é uma proteção às empresas de baixo poder contributivo, independente de prazo, haja vista que o pagamento tempestivo aumenta ainda mais a redução. Menciona que, se assim não fosse, o RICMS-BA teria explicitado que o referido limite seria apenas para as empresas que pagassem no prazo, como o fez em outros dispositivos.

Diz que seria abusiva, senão confiscatória, a cobrança de uma antecipação parcial tão elevada de empresas optantes pelo Simples Nacional. Cita o posicionamento de doutrinadores acerca do princípio constitucional do não confisco.

Faz alusão ao consignado pela autuante, no campo descrição dos fatos, quanto à aplicação da alíquota. Ressalta que “o primeiro lançamento (28/02/2009 a 31/12/2009) está 15% os outros lançamentos estão 27%”.

Aduz que, em razão de dificuldade financeira e de inexperience de seus gestores, deixou de recolher a antecipação parcial devida no exercício de 2009. Porém, o valor devido correto é de R\$ 94.433,83, conforme tabela que anexou às fls. 117 a 129.

Ao finalizar, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, no valor de R\$ 94.433,83. Pede que seja determinada a emissão de Certidão Negativa de Débitos Tributários.

Na informação fiscal, fls. 133 a 137, a autuante diz que o sujeito passivo não realizou qualquer recolhimento de antecipação parcial em 2009, conforme demonstrativos às fls. 13 e 14. Menciona que a mercadoria em tela (jet-esquis) não provem de estabelecimento industrial e é tributada, internamente, à alíquota de 27%. Transcreve dispositivos do RICMS-BA.

Assevera que o imposto foi cobrado, no percentual de 15%, equivalente à diferença entre a alíquota interna (27%) e a interestadual (12%), conforme o demonstrativo de fls. 7 a 9. Frisa que os valores constantes no demonstrativo de fl. 3 são os mesmo apurados às fls. 7 a 9.

Explica que a redução de 50%, prevista no § 4º do art. 352-A, é referente a aquisições de mercadorias oriundas de estabelecimentos industriais, quando adquiridas por microempresas, sendo que em 2008 esta redução passou a alcançar também as EPPs.

Destaca que as reduções de 60% (§4º), de 20% (§5º) e o limite de 4% (§ 6º) só são cabíveis quando o imposto é recolhido no prazo regulamentar. Sustenta que esse entendimento está de acordo com os Pareceres DITRI nos 539/09, 789/09, 1376/09 e 1384/09 (fls. 141 a 152). Transcreve trechos desses pareceres e, ao final, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Notificado acerca do resultado da informação fiscal, o autuado volta a se pronunciar (fls. 161 a 163) e, após transcrever o disposto no inc. I do § 4º e no § 6º do art. 352-A, menciona que a alíquota de 27% vigente à época, afirma que a limitação de 4% não estava condicionada ao pagamento no prazo, pois, só após 26/10/2009, é que foi inserida no § 4º a condição de

Diz que, quando o § 6º se refere a pagamento no prazo, ele está se referindo a “a cada estabelecimento de contribuinte credenciado para pagamento no prazo previsto no §7º do art. 125”, ou seja, tem direito aos 4% o contribuinte credenciado a efetuar o pagamento no dia 25 de cada mês.

Assevera que, dessa forma, não há o que se questionar: fatos geradores anteriores a 26/10/09 não estão condicionados ao pagamento no prazo para obter a limitação dos 4%.

Ressalta que as consultas da DITRI são, quase em sua totalidade, posteriores a data da alteração do RICMS-BA e, assim, não servem para o presente processo. Aduz que as consultas anteriores a 10/2009 são referentes a credenciamento para pagamento no prazo regulamentar, com o que diz concordar, pois entende que só tem direito aos 4% os contribuintes credenciados, como diz ser o seu caso.

Ao finalizar seu pronunciamento, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, no valor de R\$ 94.433,83. Requer que seja determinada a emissão de Certidão Negativa de Débitos Tributários.

Às fls. 157 a 159, constam extratos do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária) referentes a parcelamento do débito reconhecido pelo autuado, no valor de R\$ 93.654,95.

VOTO

Trata o Auto de Infração da falta de pagamento do ICMS, no valor de R\$ 231.839,08, devido por antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias (jet-esquis) destinadas à comercialização, conforme o demonstrativo de fls. 7 a 9 e os correspondentes documentos auxiliares da nota fiscal eletrônica (DANFES) às fls. 15 a 63.

Inicialmente, saliento que a cobrança da antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização está prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96. Esse dispositivo legal foi regulamentado pelo art. 352-A do RICMS-BA. Por sua vez, os §§ 4º, 5º e 6º desse citado art. 352-A estabelecem reduções e limite aplicável ao valor do imposto a ser recolhido, conforme as condições ali previstas.

Em sua defesa, o autuado não nega que deixou de efetuar o pagamento da antecipação parcial de que trata o art. 12-A da Lei nº 7.014/96, porém sustenta que, com base no previsto nos §§ 4º, 5º e 6º do art. 352-A do RICMS-BA, o valor efetivamente devido é de R\$ 94.433,83.

No período abarcado pela autuação, o § 4º do art. 352-A do RICMS-BA teve as seguintes redações:

- para os fatos geradores ocorrido de fevereiro a 26 de outubro de 2009 (grifo nosso):

§ 4º No caso de antecipação parcial decorrente de aquisições oriundas de estabelecimentos industriais, de produtos por eles fabricados, realizadas por contribuinte inscrito na condição de microempresa, fica concedida uma redução de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto a recolher, calculado na forma prevista neste artigo, sendo que: (efeitos de 01/01/08 a 26/10/09)

I - a partir de 1º de março de 2008, o tratamento previsto neste parágrafo também alcança as referidas aquisições quando realizadas por empresas de pequeno porte cuja receita bruta no mês anterior seja igual ou inferior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais); (efeitos de 01/01/08 a 18/01/08)

II - a redução será de 60% na hipótese de o contribuinte recolher o imposto no prazo regulamentar." (efeitos de 01/01/08 a 26/10/09)

- para os fatos geradores ocorridos de 27 de outubro a 31 de dezembro

§ 4º No caso de antecipação parcial decorrente de aquisições industriais, de produtos por eles fabricados, realizadas por con

de microempresa, fica concedida uma redução de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto, na hipótese de o contribuinte efetuar o recolhimento no prazo regulamentar.

Examinado os documentos DANFES acostados às fls. 15 a 63, verifica-se que as operações listadas na autuação são referentes a “Vendas de Mercadorias Adquiridas ou Recebidas de Terceiros”. Uma vez que as aquisições não foram efetuadas em estabelecimentos industriais, não há como o autuado se beneficiar da redução concedida no § 4º do art. 352-A, independentemente de qual redação se considere. Além disso, não se pode olvidar que o imposto não foi recolhido no prazo previsto. Por ser um benefício condicionado, não tendo sido atendidas as exigências da legislação, não há como o autuado se beneficiar da redução em comento.

O § 5º do art. 352-A do RICM-BA, com a redação vigente à época dos fatos arrolados na autuação, assim dispunha (grifo nosso):

§ 5º Nas aquisições efetuadas por contribuintes enquadrados na condição de ME e EPP, independentemente da receita bruta, fica concedida uma redução de 20% (vinte por cento) do valor do imposto apurado, na hipótese de o contribuinte recolher no prazo regulamentar, não cumulativa com a redução prevista no § 4º.

Considerando que, em relação o período abarcado pela autuação, o autuado não efetuou nenhum recolhimento de antecipação parcial, não há como ele se beneficiar da redução prevista no § 5º do art. 352-A do RICMS-BA.

Por sua vez, o § 6º do art. 352-A do RICM-BA, com a redação vigente à época dos fatos arrolados na autuação, assim dispunha (grifo nosso):

§ 6º Ao final de cada período de apuração, o valor total do imposto a recolher nos termos dos §§ 4º e 5º deste artigo, em relação a cada estabelecimento de contribuinte credenciado para pagamento no prazo previsto no § 7º do art. 125, fica limitado a 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais, de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive as transferências, o que for maior.

A limitação prevista nesse § 6º está relacionada aos §§ 4º e 5º, os quais condicionam as reduções ali tratadas a que os produtos tenham sido adquiridos em estabelecimentos industriais e a que a antecipação parcial tenha sido recolhida no prazo regulamentar. Uma vez que essas condições não foram atendidas, o autuado não pode se beneficiar da limitação prevista no referido § 6º. Essa limitação de 4%, mesmo para fatos anteriores a 26/10/09, está condicionada ao pagamento da antecipação parcial no prazo regulamentar. Corroborando esse entendimento, transcrevo a seguir trechos do Parecer DITRI nº 08413/2009, datado de 22/05/09, acostado às fls. 151 e 152:

[...] Entretanto, a regra contida no § 6º é um incentivo conferido pela legislação tributária deste estado às microempresas e empresas de pequeno porte credenciadas a efetuar o recolhimento da antecipação parcial no prazo no prazo especial previsto no § 7º do art. 125, não se aplicando, portanto, ao contribuinte não credenciado.

[...]

Registre-se que o credenciamento para as empresas que preencham os requisitos estabelecidos no § 7º do art. 125, é automático, de forma que, quando estiver devidamente credenciada, se efetuar o recolhimento da antecipação parcial no prazo estabelecido na legislação, a Consulente poderá aplicar (cumulativamente) os benefícios estabelecidos nos §§ 5º e 6º do art. 352-A; [...]

Em face do acima exposto, foi correto o cálculo do ICMS devido por antecipação parcial sem as reduções previstas nos §§ 4º e 5º e sem a limitação citada no § 6º, tudo o

Não há correção a fazer nas alíquotas utilizadas pela autuante na
conforme os artigos 51, II, “d”, “6”, e 51-A, II, § 2º, tudo do RICMS-B

jet-esquis são tributadas à alíquota de 25%, adicionado de dois pontos percentuais destinados ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Conforme foi explicado pela autuante e consta no demonstrativo de fls. 7 a 9, o imposto que está sendo cobrado foi apurado corretamente no percentual de 15%, que corresponde à diferença entre as alíquotas interna (27%) e interestadual (12%). Por uma limitação do Sistema Emissor de Auto de Infração (SEAI), no demonstrativo de débito, foi consignado o percentual de 27% e, por um mero erro material, no mês de fevereiro consta o percentual de 15% em vez de 27%.

No que tange ao argumento defensivo de que a antecipação parcial é elevada e que possui o caráter de confisco, ressalto que a exigência fiscal está baseada em lei (art. 12-A da Lei nº 7.014/96), não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar a constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

Em relação ao pedido do autuado para que seja determinada a emissão de Certidão Negativa de Débitos Tributários, saliento que, nos termos do § 8º do art. 103 do RPAF/99, “a certidão negativa de débito será expedida por meio de sistema eletrônico”.

De ofício, observo que a multa indicada no Auto de Infração, no percentual de 50%, prevista no item “1” da alínea “b” do inciso I do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 está equivocada, haja vista que, para os fatos geradores ocorridos após 28/11/07, a multa prevista para os casos de falta de antecipação parcial é a prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60%. Dessa forma, retifico a multa indicada no Auto de Infração, no percentual de 50%, para a prevista na alínea “d” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60%.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados dos valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 210728.0023/10-8, lavrado contra **CMS ESPORTE E NAÚTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$231.839,08**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR