

A. I. Nº - 232286.0003/11-7
AUTUADO - SISTEMA INFORMÁTICA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - AMÉRICO ARCANJO DE SOUSA
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 16.02.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0028-04/12

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado que as mercadorias objeto da autuação são contempladas com redução de base de cálculo nas operações internas subsequentes, de modo que a carga tributária seja equivalente a 7%, ficando dispensada do pagamento da antecipação parcial face o disposto no art. 352-A, §2º do RICMS/BA. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão não unânime. Vencido o voto do Relator.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/06/2011, exige ICMS no valor histórico de R\$ 12.886,25, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 01 da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de falta de recolhimento do imposto devido por antecipação parcial, na condição de microempresa optante pelo Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado (julho de 2007 a dezembro de 2008).

O sujeito passivo ingressa com defesa às fls. 87 a 90, onde aduz que a acusação não procede, considerando que as mercadorias relacionadas fazem parte “*do Anexo 5-A – aparelhos e equipamentos de processamento de dados de uso em informática e suprimentos beneficiados com redução da base de cálculo do ICMS, (a que se refere o art. 87, V do RICMS/97) (...)*”.

Com fundamento no que dispõe o art. 1º da Lei Complementar 123/2006, que instituiu o Simples Nacional, argumenta que as microempresas devem ter tratamento diferenciado e favorecido nas três esferas de poder. Assim, não vê motivos para ser tratado de forma desfavorecida e injusta.

Afirma que foi descredenciado do benefício de pagar o ICMS – antecipação tributária até o dia 25 do mês subsequente, e que por isso ingressou com petição junto à Inspetoria de Itabuna no sentido de reverter tal situação, tendo logrado êxito (fl. 92).

Em seguida, queixa-se do fato de que – em nenhuma das vezes nas quais que se dirigiu ao “*CALL CENTER*” desta Secretaria – lhe foi dito que as microempresas não poderiam usar o benefício do Anexo 5-A, a que se refere o art. 87, V do RICMS/97.

Finaliza pleiteando a improcedência do lançamento de ofício.

Na informação fiscal, de fls. 171 a 177, o agente de tributos assevera que o Auto de Infração foi lavrado em obediência à Ordem de Serviço 503649/11, estando o período fiscalizado compreendido entre 1º de julho de 2007 e 31 de dezembro de 2008.

A matéria, segundo informa, está disciplinada no art. 352-A, § 8º c/c art. 386, VII, “b” do RICMS/97, que transcreve às fls. 174/175. Verifica que quando uma empresa, optante do Simples Nacional, adquire em outra unidade da Federação mercadorias de vendedor também participante do mesmo Regime, deve incidir o ICMS a título de antecipação parcial. Para efeito do cálculo do tributo a pagar, não se pode aplicar a redução de base de cálculo estabelecida no art. 87, V do RICMS/97, devendo ser efetuado o recolhimento na forma do art. 352-A, § 8º do mesmo Regulamento.

Prosegue destacando que este é o entendimento da Diretoria de Tributação, expressado em diversos pareceres no que concerne ao período fiscalizado. Isso porque somente através da

alteração de número 134 do RICMS/97, com efeitos a partir de 1º de maio de 2010, foi inserida a disciplina estabelecida no § 2º do art. 352-A.

Por fim, afirma que o autuado tinha ciência da obrigação tributária em comento desde 2005, mas não apresentou comprovantes de pedidos de restituição ou de consultas ao “CALL CENTER”.

Requer a procedência da autuação.

VOTO

De acordo com o caput do art. 352-A do RICMS/97, ocorre a antecipação parcial 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.

O § 8º dispõe que os contribuintes enquadrados na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, optantes pelo Simples Nacional, deverão calcular a antecipação parcial decorrente de aquisições interestaduais nos termos da alínea “b” do inciso VII do art. 386.

Art. 386. O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido:

(...)

VII - nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

(...)

b) 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;

(...).

Mostra-se inaplicável, neste caso, o comando do § 2º do art. 352-A do RICMS/97, visto que as operações subsequentes não ocorrerão com redução de base de cálculo, conforme prevê o dispositivo regulamentar, mas sujeitas a uma incidência tributária peculiar, da qual fazem parte tributos municipais, estaduais e federais, à qual se deu o nome de Simples Nacional. Trata-se, em verdade, de norma destinada aos contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração do ICMS, excepcionada, como bem observou o autuante, pelo art. 352-A, § 8º c/c art. 386, VII, “b” do RICMS/97.

O § 8º do art. 352-A do RICMS/97, cuja redação atual foi dada pela Alteração nº 134 (Decreto nº 12.080, de 01 e 02/05/2010. DOE de 01 e 02/05/2010, com efeitos a partir de 01/05/2010), contém norma modificativa, e não meramente interpretativa, no sentido de determinar, a partir da data de sua publicação, que a redução prevista no § 2º também é aplicável nas operações com empresas optantes do Simples Nacional.

Observe-se, em uma interpretação que deve levar em conta o histórico no mencionado preceptivo (§ 8º do art. 352-A do RICMS/97), que em nenhuma de suas disposições anteriores, concedidas pelas Alterações de números 126, 115 e 112, existia o direito de as sociedades optantes do Simples Nacional calcularem o ICMS - antecipação parcial levando em consideração a redução prevista no § 2º.

Portanto, assiste razão à autoridade fiscal ao ponderar que, para efeito do cálculo do tributo a pagar, não se pode aplicar a redução de base de cálculo estabelecida no art. 87, V do RICMS/97, devendo ser efetuado o recolhimento na forma do art. 352-A, § 8º do mesmo Regulamento.

O tópico relativo ao ICMS – antecipação tributária, trazido à baila pelo impugnante, não guarda relação com os fatos em exame, porquanto os mesmos se referem à antecipação parcial. É preciso que não se confunda a antecipação tributária, que é hipótese de substituição tributária para frente, e encerra a fase de tributação, com a antecipação parcial, objeto do lançamento ora julgado.

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 de a 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 entre julho de 2007 e dezembro 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 microempresas, 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.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com o re-enquadramento da multa para o art. 42, II, “f” e “d” da Lei nº 7.014/96.

VOTO VENCEDOR

Em que pese a boa fundamentação apresentada pelo nobre Relator, discordo do seu posicionamento. O Auto de Infração acusa falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial por empresa optante do Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias fora do Estado.

Na defesa apresentada o autuado alegou que se trata de aquisições interestaduais destinadas a comercialização de aparelhos, equipamentos de processamento de dados e suprimentos de uso em informática indicados no Anexo 5-A do RICMS/BA, e que sendo contemplados com o benefício fiscal da redução de base de cálculo do imposto previsto no art. 87, V do RICMS/BA, não cabe a exigência do ICMS antecipação parcial.

Na informação fiscal o autuante não contestou o argumento defensivo de que se trata de aquisições interestaduais de aparelhos, equipamentos de processamento de dados e suprimentos de informática contidos no Anexo 5-A do RICMS/BA. Entretanto, afirmou que somente a partir de 01/05/10 com a alteração 134 do RICMS é que foi inserido o §2º no art. 386, VII, “b” e que tendo as operações de aquisições sido realizadas em período anterior a esta alteração é cabível a exigência da antecipação parcial das empresas optantes do Simples Nacional. Manifestou entendimento que só a partir de 01/05/10 as empresas optantes do Simples Nacional estariam contempladas com a dispensa do pagamento do ICMS antecipação parcial relativo às aquisições de produtos de informáticas prevista no art. 352-A,§2º cc o art. 87, V do RICMS/BA.

Neste caso, por tratar de matéria igual às apreciadas nos Acórdãos JJF 0065-04/11 e JJF 105-04/11 reproduzo o entendimento externado por se tratar do mesmo fato e matéria:

Conforme acima relatado no que tange aos produtos de processamento de dados com carga tributária reduzida nas operações internas, estabelece o RICMS no art. 352-A, §2º:

§ 2º Quando a base de cálculo do imposto relativo à operação subsequente for reduzida, aquela do imposto antecipado será igualmente contemplada com a referida redução, observada a obrigatoriedade de estorno proporcional dos créditos fiscais;

O § 4º do mesmo diploma legal já estabelecia uma redução de 50% do valor do imposto a recolher, nas aquisições em estabelecimentos industriais feitas por microempresas, e 60% se o imposto fosse recolhido no prazo regulamentar.

A redação do § 8º do art. 352-A vigente até o momento da edição do Dec. 12.080/10 com efeitos a partir de 01/05/10 estabelecia que as ME e EPP optantes pelo Simples Nacional, deveriam

calcular a antecipação parcial, sem prejuízo das reduções previstas nos §§ 4º, 5º e 6º do mesmo artigo tendo o citado Decreto incluído também o §2º a partir de 01/05/10.

Pelo exposto, entendo que o §2º do art. 352-A (RICMS/BA) estabelecia uma regra geral aplicável a apuração do ICMS antecipação parcial de qualquer estabelecimento independente do regime de apuração do imposto. Entendo também, que a inserção do citado § 2º no §8º do mesmo dispositivo legal por parte do legislador, objetivou apenas esclarecer que as ME e EPP além das reduções previstas nos §§ 4º (redução em função da aquisição na indústria), 5º (desconto pelo pagamento no prazo regulamentar) e 6º (limite de 4% da receita ou das entradas), também se aplicava a regra prevista no §2º em relação às aquisições de mercadorias contempladas com redução da base de cálculo nas operações internas subsequentes.

Para ficar mais patente esse entendimento, vejamos a carga tributária resultante para as empresas com regime Normal e dos Simples, supondo hipoteticamente a aquisição de um computador no valor de R\$1.000,00 de empresa localizada no Estado de São Paulo cuja redução de base de cálculo equipara a 7% (art. 87, V – Anexo 5-A do RICMS):

REGIME NORMAL: Pagaria R\$70,00 (7%) de ICMS para SP – Zero de A. Parcial. Caso vendesse o produto com margem de lucro bruto de 30% resultaria em: R\$1.300,00 x 7% = R\$91,00 – R\$70,00 = R\$21,00 que corresponde a a 2,1% do valor da aquisição ou 1,62% da receita de venda.

SIMPLES NACIONAL (ME/EPP): Pagaria R\$70,00 para SP e calculando a A. Parcial sem o benefício previsto no §2º, resultaria em R\$100,00 (7% - 17% x R\$1.000,00). Se adquirido de indústria e recolhido no prazo, R\$40,00 (redução de 60%). Vendendo o produto por R\$1.300,00 seria onerado de entre R\$16,25 a R\$51,30 [porcentual de 1,25% x R\$1.300,00 - inicial para Receita Bruta de R\$120.000,00 - a 3,95% x R\$1.300,00 – limite da Receita Bruta de R\$2.400.000,00 para EPP, previsto no Anexo IV da LC 123/06]. Como é vedado a utilização do crédito do ICMS antecipação parcial pelas empresas optantes do Simples, a carga tributária resultante é o valor do ICMS antecipação parcial recolhido somado ao ICMS também recolhido contido na tabela do Simples. Neste caso exemplificativo a carga tributária mínima seria de R\$56,25 (R\$40,00 de AP + R\$16,25 de ME) a R\$91,30 (R\$40,00 de AP + 51,30 de EPP), ou seja de 5,6% a 9,1% da compra ou 4,3% a 7,0% da receita de venda.

Não é isto que preconiza a Constituição Federal nos artigos 170, IX e 179, ao estabelecer tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte visando incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Convém ressaltar ainda que ao estabelecer limite do valor devido do ICMS antecipação parcial a 4% das receitas do período ou 4% do valor das entradas de mercadorias destinadas à comercialização, o que for maior, no §6º do art. 352-A, RICMS/BA, certamente o legislador procurou estabelecer aquela relação com o porcentual máximo de 3,95% previsto para as empresas enquadradas como EPP no Simples (R\$2.400.000,00) e não é razoável que a própria legislação do imposto implique em limite e ônus tributário maior como acima demonstrado, incorporando a tese de que a inserção do §2º no §8º constitui nova regra.

Por tudo que foi exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 232286.0003/11-7 lavrado contra SISTEMA INFORMÁTICA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR