

A.I. N° - 210728.0035/12-2
AUTUADO - BABY BUSINESS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - MIRIAN SALINAS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 07/11/2012

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0246-03/12

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO A TÍTULO DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL NAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO NAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Fatos demonstrados nos autos. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29.6.12, acusa:

1. recolhimento de ICMS efetuado a menos a título de antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), relativamente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado [destinadas a comercialização], sendo lançado imposto no valor de R\$ 24.028,44, com multas de 50% e 60%;
2. recolhimento de ICMS efetuado a menos “por antecipação ou substituição tributária”, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), relativamente aquisições de mercadorias [enquadradas no regime de substituição tributária] provenientes de fora do Estado, sendo lançado imposto no valor de R\$ 2.833,46, com multas de 50% e 60%.

O autuado defendeu-se (fls. 645/653) comentando inicialmente a sistemática não cumulativa do ICMS nas operações interestaduais, em que o imposto é pago no Estado de origem com base na alíquota interestadual definida pelo Senado Federal por meio da Resolução nº 22/89, cabendo, a seu ver, ao Estado de destino o “diferencial de alíquota”.

Fala dos objetivos da antecipação parcial.

Considera que existem duas modalidades de antecipação: a primeira seria a antecipação parcial, que no seu entendimento seria para o pagamento do “diferencial de alíquota”, e a segunda seria a “antecipação”, aplicada quando da operação de saída com emprego de uma margem de lucro.

Aduz que o ICMS tem em sua sistemática exceções necessárias, e uma delas está atrelada à existência do Simples Nacional. Sustenta que o Simples Nacional não autoriza a arrecadação indistinta por parte do Estado, devendo ser interpretado e aplicado sempre em conformidade com a diretriz constitucional, e por isso não é válida a norma que restringe ao contribuinte submetido ao regime do Simples Nacional o direito de creditamento do ICMS apurado nos regimes de antecipação, uma vez que o Simples Nacional determina a forma de apuração do ICMS que seria recolhido no regime normal de apuração.

Reclama que o Estado da Bahia aplica posturas conflitantes, na medida em que desconsidera que toda arrecadação proveniente de um contribuinte inserido no Simples Nacional deva advir do

pagamento unificado, exigindo o pagamento do “difal” ou de antecipação tributária. Argumenta que, ou bem o contribuinte se sujeita a apenas um regime de apuração, ou bem se sujeita a dois regimes, devendo, porém, ter os ônus de ambos os regimes, mas também os bônus.

Prossegue comentando que no regime normal de apuração o contribuinte do ICMS recolhe o imposto com moeda corrente, mas também com crédito escritural, e esta sistemática, inerente à não-cumulatividade da exação, é perfeitamente aplicável aos contribuintes do Simples Nacional, não havendo razão para ser negado o direito creditório do imposto em situações pontuais.

A partir desse entendimento, sustenta que há de se reconhecer que neste caso o contribuinte, em relação à antecipação do imposto, atua como um contribuinte normal, de modo que se deve admitir o crédito do imposto pago quando da antecipação, tal como ocorre com qualquer outro contribuinte do imposto, devendo o crédito ser utilizado para compensação de débitos do ICMS eventualmente apurados em razão de antecipação tributária.

Aduz que na antecipação a obrigação tributária se extingue com a submissão da receita ao citado regime, de modo que se o contribuinte submete todas as suas receitas ao Simples Nacional, como neste caso, o ICMS relativo a todas as suas saídas já se considera integralmente pago e portanto extinta a obrigação acessória de antecipar quaisquer valores.

Apela para a observância do conceito de tributo, nos termos do art. 3º do CTN, segundo o qual é vedada a aplicação de tributo enquanto sanção.

Fazendo uma aplicação daquele dispositivo ao caso em discussão, o autuado considera que na construção da regra-matriz de incidência do ICMS, mais especificamente do seu aspecto quantitativo, há dois dispositivos constantes no art. 352-A do RICMS que são de necessária aplicação, quais sejam, os seus §§ 4º e 5º, que tratam de redução do imposto em duas hipóteses: aquisições de estabelecimentos industriais, e aquisições feitas por microempresas e empresas de pequeno porte. Alega que, se há previsão de redução da exação, esta redução deve ser aplicada indistintamente, não podendo o contribuinte objeto de lançamento de ofício ser discriminado em relação ao contribuinte que se submeteu ao autolancamento. Observa que o enunciado trata de recolhimento em prazo regulamentar, porém não faz menção expressa a quaisquer outras normas, de modo que é possível entender-se perfeitamente como recolhido no prazo regulamentar o recolhimento feito após o término do processo administrativo fiscal de lançamento, com a constituição definitiva do crédito tributário, desde que dentro do prazo regulamentar para essa hipótese. Com base nesse entendimento, considera que se deva adequar o valor devido, reduzindo-o em função da natureza da operação e do seu enquadramento nos §§ 4º ou 5º do art. 352-A do RICMS.

Argumenta que neste caso é aplicável o disposto no parágrafo único do art. 100 do CTN, que determina a exclusão de penalidades, juros de mora e atualização monetária, haja vista que a empresa sempre se pautou segundo a legislação do Simples Nacional, e a presente autuação decorre de uma distorção da legislação do Simples, que em momento algum autoriza a interpretação que é feita pelo Estado da Bahia, especialmente em confronto com o art. 155 da Constituição.

Pede que o Auto de Infração seja declarado nulo, ou, subsidiariamente, que no mérito seja julgado improcedente, e que se o lançamento for mantido sejam excluídos os juros de mora e as penalidades, com fundamento no parágrafo único do art. 100 do CTN. Requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a realização de diligência por fiscal estranho ao feito.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 661-662), fazendo correções quanto ao entendimento da defesa acerca dos objetivos da antecipação parcial e acerca do conceito do que a defesa denomina de “diferencial de alíquota”, contrapondo o autuante que se trata de um “cotejamento de alíquotas”.

Com relação ao crédito, o fiscal diz que ele não existe, pois já foi incorporado supostamente no próprio cotejamento.

Observa que, conforme prevê o art. 352-A do RICMS, é devida a antecipação parcial nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado.

Aduz que a opção pelo regime do Simples Nacional é facultada ao contribuinte, e portanto cabe a ele analisar a vantagem da opção.

Transcreve o art. 386, VII, “b” [do RICMS].

Conclui dizendo que em reiterados pareceres da Secretaria da Fazenda a mesma adota sempre a interpretação de que para contemplação das reduções previstas nos §§ 4º, 5º e 6º o benefício da previsão de redução só se aplica no pagamento dentro do prazo previsto em lei, que para os credenciados na Sefaz é o dia 25 do mês seguinte à apuração. Cita pareceres.

Opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Os dois lançamentos em discussão nestes autos dizem respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos a título de antecipação parcial (1º item) e a recolhimento de ICMS efetuado a menos a título de antecipação tributária convencional nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (2º item), por parte de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).

O autuado não questiona os aspectos materiais dos lançamentos, ou seja, os aspectos fáticos – a impugnação cuida basicamente apenas dos aspectos jurídicos e dos objetivos da antecipação tributária.

Não importa neste caso saber quais os objetivos práticos do instituto da antecipação tributária.

Também não tem relevância estabelecer a taxonomia da antecipação.

Quanto à alegada postura conflitante da legislação baiana em face do Simples Nacional, cumpre ponderar que não é razoável e muito menos produtivo discutir o direito posto no âmbito administrativo.

A antecipação parcial é prevista no art. 352-A do RICMS.

A antecipação convencional, relativa às aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, é prevista nos arts. 353 a 379.

Quanto à convivência dessas exações fiscais com as regras do Simples Nacional, basta ter em vista o que prescreve o art. 386 do RICMS, inciso VII: 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 no Distrito Federal, com encerramento da tributação (alínea “a” – antecipação convencional, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária) ou sem encerramento da tributação (alínea “b” – antecipação parcial).

O autuado alega que se deve reconhecer o direito ao crédito fiscal nas situações em exame, tomando por fundamento o critério da não-cumulatividade.

Quanto a esse aspecto, não houve ofensa neste caso à não-cumulatividade. No 1º item, o que o fisco cobrou foi a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sem acréscimo ou agregação de qualquer valor, e por conseguinte não se configura qualquer implicação com a não-cumulatividade.

Já no 2º item, uma vez calculado o débito do imposto com a MVA (margem de valor agregado) correspondente, abateu-se o imposto da operação própria do vendedor, e portanto foi abatido o crédito fiscal, atendendo plenamente ao critério constitucional da não-cumulatividade.

Outra questão suscitada pela defesa diz respeito às reduções previstas nos §§ 4º e 5º do art. 352-A do RICMS.

Com relação a esse ponto, cumpre observar que as reduções, nos termos dos §§ 4º e 5º do art. 352-A, se aplica somente quando o contribuinte recolhe o imposto no prazo regulamentar. O contribuinte foi autuado justamente por não ter pago o imposto nos prazos regulamentares.

O autuado pleiteia a exclusão dos juros de mora e das penalidades, com fundamento no parágrafo único do art. 100 do CTN. Porém esta Junta não tem competência para apreciar tal pleito, haja vista que, nos termos do art. 159 do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), a competência para decidir quanto a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade é da Câmara Superior do CONSEF.

Enfim, dou por superadas as objeções quanto aos aspectos legais, e quanto aos aspectos de fato as infrações não foram impugnadas.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210728.0035/12-2**, lavrado contra **BABY BUSINESS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 26.861,90**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 8.039,64 e de 60% sobre R\$ 18.822,26, previstas no art. 42, inciso I, “b”, 1, e inciso II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA