

**A.I. Nº** - 222553.0013/12-5  
**AUTUADO** - OPÇÃO MODAS LTDA.  
**AUTUANTE** - GILSON HÉLIO SANTOS NOBRE  
**ORIGEM** - INFAC ITAPETINGA  
**INTERNET** - 30/04/2013

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0037-05/13

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EMPRESA DO SIMPLES NACIONAL. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. b) PAGAMENTO A MENOR DO IMPOSTO. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. EMPRESA DO SIMPLES NACIONAL. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. b) PAGAMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Não acatado o pedido de re-enquadramento da multa de 60% para 50%. Norma alterada da Lei nº 7.014/96, vigente eficaz, a partir dos fatos geradores 31/10/2010. Multa corretamente aplicada. Alegação de pagamento de parte do débito lançado na autuação não respaldada em prova documental. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 27/09/2012, para exigir ICMS no valor total de R\$ 55.031,03, acrescido de multa, em razão da prática das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação tributária, 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, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado – Total da infração: R\$ 19.319,12 – multa: art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 – 60%;

INFRAÇÃO 2 – Efetuou recolhimento a menor de ICMS por antecipação ou substituição tributária, 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, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado – Total da infração: R\$ 3.066,96 – multa: art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 – 60%;

INFRAÇÃO 3 – Deixou de efetuar o recolhimento da antecipação parcial, 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, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado – Total da infração: R\$ 19.411,29 – multa: art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 – 60%;

INFRAÇÃO 4 – Efetuou recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, 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, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado – Total da infração: R\$ 13.233,66 - art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 – 60%;

Foi apresentada defesa, subscrita pelo representante legal da autuada, apensada às fls. 575/576, com juntada de planilhas.

O contribuinte relatou, inicialmente que conforme disposto no art. 42, inciso I, alínea “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96, aplica-se multa de 50% do valor do imposto na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares, devido por microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, nas entradas de mercadorias sujeitas à antecipação ou substituição tributária, quando procedentes de fora do Estado. Afirmou ainda que concentra suas compras basicamente nas regiões sudeste e sul do país.

Ressaltou em seguida que a Lei Complementar nº 123/2006, estabeleceu normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte nos entes federados, na apuração e recolhimento dos impostos e contribuições, inclusive obrigações acessórias. Partindo desse pressuposto, disse ser inconcebível que além de se cobrar à diferença do imposto devido nas antecipações parcial e total, com juros e multa de mora, ainda ter que se pagar multa de 50% e 60% do valor apurado em fiscalização, devida por pagamento a menor ou falta dele. Questiona: onde estaria o tratamento diferenciado?

Observou que o agente fiscalizador foi infeliz no enquadramento legal das infrações ao citar os incisos I e II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, relativos à multa de 50% e 60%.

No mérito a defesa argumenta que a interpretação de “falta de pagamento nos prazos regulamentares” e de ICMS “não recolhido tempestivamente”, correspondentes à redação dos incisos I e II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, dizem respeito à mesma situação para fins de aplicação da penalidade. Na sua visão, portanto, trata-se da mesma situação.

Assim, a impugnante entende que não há dúvidas quanto à aplicação do art. 42, inciso I, alínea “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96, ou seja, multa de 50%, pois a falta de recolhimento e o recolhimento a menor caracterizam-se como uma mesma infração, sobretudo por se tratar à autuada de microempresa e a infração ter sido falta de pagamento e pagamento a menor de ICMS por antecipação parcial e total, de mercadorias procedentes de fora do Estado.

A impugnante enfatiza que o art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, não traz explicitamente a situação em que cabe a sua aplicação, ou seja, a alínea “d” tem a seguinte redação: “*quando o imposto não for recolhido por antecipação, nas hipóteses regulamentares*”, mas essa redação configura uma incógnita, também, aplicável às empresas do regime normal de Apuração do ICMS.

O impugnante informa que anexou a defesa cópia dos seguintes documentos: auto de infração e planilha com valores reconhecidos.

Disse ainda reconhecer o débito no valor histórico de R\$ 47.796,05, com multa de 50% por infração.

Ao finalizar o contribuinte pediu que a sua impugnação seja acolhida nos termos do quanto exposto na inicial.

Foi prestada informação fiscal, pelo agente de tributos responsável da ação fiscal. A peça informativa foi juntada às 586/586v, do PAF. O autuante discorreu que o autuado apresentou sua defesa alegando discordar do enquadramento legal das infrações, no art. 42, incisos, I e II da Lei nº 7.014/96, relativos à multa de 50% e 60%, alegando que fazia seus recolhimentos através de débito em conta bancária e que segundo planilhas fls. 577, 578 e 579 o ICMS teria sido recolhido, embora não comprovado pelo contribuinte mediante documentos de arrecadação estadual.

O autuante enfatizou que além da aplicação dos roteiros indicados na Ordem de Serviço, procedeu também a verificação dos recolhimentos do ICMS da substituição tributária e da antecipação parcial.

Destacou, em seguida, que o enquadramento legal das infrações no Auto de Infração foi feito de forma correta e que o contribuinte, apesar de realizar seus pagamentos em débitos bancários, estes ocorriam fora do prazo, perdendo assim o benefício da redução. Quanto à alegação de que várias notas fiscais tiveram o ICMS pago, declarou não ter encontrado nos sistemas SEFAZ os

pagamentos mencionados pelo contribuinte. Por outro, o autuante também declarou que o sujeito passivo não apresentou os comprovantes de pagamento do imposto que alega estarem recolhidos, conforme demonstrativos que juntou à defesa de defesa.

Ao concluir pediu pela manutenção sem alterações dos valores lançados no Auto de Infração.

Às fls. 589/591v, foram juntados ao PAF relatórios do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária), indicando que o contribuinte requereu e teve deferido o pedido de parcelamento do débito lançado no Auto de Infração, em 60 parcelas, no montante original de R\$ 47.796,05, valores estes reconhecidos por ocasião da defesa, conforme consta nos demonstrativos às fls. 580/582 do PAF.

## VOTO

O contribuinte inicialmente se insurge contra a penalidade aplicada no auto de infração, relativa ao descumprimento da obrigação tributária principal. Conforme detalhado no relatório o contribuinte foi autuado pelo não recolhimento e pelo recolhimento a menor do ICMS relativo à antecipação tributária total e parcial, que se encontram lançadas nos itens 1, 2, 3 e 4 do Auto de Infração. Para todas as infrações foi aplicada a penalidade de 60%, a partir de abril de 2010, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Em relação aos fatos geradores anteriores a 31/03/2010, a penalidade lançada foi de 50%, com base no disposto no art. 42, I, “b”, 1.

Convém explicar melhor a imputação feita pelo autuante no Auto de Infração na redação vigente até 31/03/2010, do art. 42, inc. I, da Lei nº 7.014/96, a multa aplicável para a infração relativa ao imposto não recolhido ou recolhido a menor por microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, era de 50%. Assim dispunha a Lei, no art. 42, I, “b”, item 1, com a seguinte redação:

*Art. 42 – Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*"I - 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares: (efeitos até 30/03/10)*

*(...)*

*"b) tratando-se de pessoas dispensadas da escrituração regular de livros fiscais, exceto nos casos de infrações constatadas no trânsito de mercadorias, relativamente ao pagamento:"*

*1 - do imposto devido por microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, nas entradas de mercadorias sujeitas à antecipação ou substituição tributária, quando procedentes de fora do Estado;*

*Nota: Redação com efeitos de 01/01/99 a 30/03/10:*

Ocorre que o dispositivo acima foi modificado pela Lei nº 11.899, com efeitos a partir de 31/03/10, conforme abaixo:

*Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*I - 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares se o valor do imposto apurado tiver sido informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária;*

Em decorrência dessa alteração legislativa a penalidade pelo não recolhimento, total ou parcial, do ICMS da antecipação total ou da antecipação parcial, foi deslocado para o art. 42, II, “d”, com multa de 60%, conforme foi corretamente lançado no Auto de Infração, para os períodos mensais posteriores a março de 2010.

Não acolho, portanto, o argumento defensivo, pelo re-enquadramento da penalidade por descumprimento de obrigação principal, de 60% para 50%, considerando que a alteração legislativa, operada na Lei nº 7.014/96, pela Lei nº 11.899/10, foi aplicada aos fatos geradores posteriores à vigência da norma legal modificadora. Ademais, os seus efeitos alcançaram os contribuintes do regime normal e do regime simplificado de apuração – Simples Nacional, ou

seja, a multa de 60% passou a ser aplicável a qualquer contribuinte, independentemente do regime de apuração do imposto que a empresa adote.

No tocante à alegação defensiva de que várias notas fiscais tiveram o ICMS pago, não há respaldo probatório que ateste as afirmações do contribuinte. O sujeito passivo não apresentou os comprovantes de pagamento do imposto que alega estarem recolhidos. Juntou, tão somente demonstrativos à peça de defesa (fls. 577, 578 e 579, do PAF). Por outro lado, o autuante, ao pesquisar nos sistemas SEFAZ, não encontrou os pagamentos mencionados pelo contribuinte.

Alegação defensiva de pagamento, sem prova documental, não é capaz de operar efeitos modificativos no lançamento tributário. Quem alega pagamento, atraí para si o ônus de provar os fatos modificativos ou extintivos da obrigação. Por sua vez dispõe o RPAF/99, em seus arts. 142 e 143, as seguintes regras, abaixo transcritas:

*“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.*

*Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.*

Observo, ainda, que às fls. 589/591v, foram juntados ao PAF relatórios do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária), indicando que o contribuinte requereu e teve deferido o pedido de parcelamento do débito lançado no Auto de Infração, em 60 parcelas, no montante original de R\$ 47.796,05, valores estes reconhecidos por ocasião da defesa, conforme consta nos demonstrativos às fls. 580/582 do PAF.

Considerando o acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo homologar os valores que vierem a ser efetivamente recolhidos.

Observo, ainda, que nas fls. 589/591v, foram juntados ao PAF relatórios do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária), indicando que o contribuinte requereu e teve deferido o pedido de parcelamento do débito lançado no Auto de Infração, em 60 parcelas, no montante original de R\$47.796,05, valores estes reconhecidos por ocasião da defesa, conforme consta nos demonstrativos às fls. 580/582 do PAF.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº 222553.0013/12-5, lavrado contra **OPÇÃO MODAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$55.031,03**, acrescido das multas de 50% sobre R\$5.907,70 e 60% sobre R\$49.123,33, previstas no art. 42, incisos I, “b”, item 1 e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo homologar e acompanhar os valores que vierem efetivamente serem recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de abril de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO - RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR