

A. I. N° - 110419.0007/12-0  
AUTUADO - BAZAR SANTO ANTONIO LTDA  
AUTUANTE - JOSELINA PINHEIRO CABRAL DOS SANTOS  
ORIGEM - INFRAZ VAREJO  
INTERNET 11.04.2013

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0060-04/13**

**EMENTA: ICMS.** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. EMPRESAS OPTANTES DO SIMPLES NACIONAL. É devido o pagamento, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, na entrada de mercadorias adquiridas para comercialização provenientes de fora do Estado, independentemente o regime de apuração adotado, a ser efetuado pelo próprio adquirente. Razões de defesa não elidem a acusação fiscal. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 30/08/2012, exige ICMS no valor de R\$ 39.347,73, conforme documentos às fls. 12 a 145 dos autos, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

*“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 39.347,73, 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2010 e janeiro a maio de 2011 (fls. 12 a 18 dos autos);”*

O contribuinte apresenta defesa, às fls. 151 a 152 dos autos, a qual impugna a autuação nos termos que a seguir passo a expor:

Destaca que a presente imposição foi transcrita no dia 05.09.2012, e tomado ciênciia em 10.09.2012 através do contador, Moises Israel da Rocha Pitta, devidamente autorizado para assinar o referido auto. Tal autuação provocou grande estranheza aos seus representantes e dirigentes, vez que sempre laborou dentro dos mais escorreitos princípios que determinam as obrigações tributaria que regem a microempresa e o regime do Simples.

Após análise perfunctoria da autuação recebida, diz ter constatado que o agente autuante, data máxima a vênia, incorreu em equívoco, sanável através da Coordenadoria de Fiscalização; isso porque seus dados, fatos e provas são insuficientes para a manutenção da sanção aplicada.

Alega que o digno Agente Fiscal de Rendas da Secretaria da Fazenda Estadual da Bahia houve por bem lavrar um Auto de Infração de nº 110419.0007/12-0 à epigrafe, sob a fundamentação de que deixara de efetuar pagamento da Antecipação Parcial nos exercícios de 2010 e 2011 baseados numa informação, à luz do seu entendimento, equivocada desde quando o Estatuto Nacional das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, instituída pela Lei Complementar nº 127 em 14 de dezembro de 2006, estabelece tratamento diferenciado e favorecido as micros e pequenas empresas.

Diz que foi instituído em 01 de julho de 2007, a apuração e o recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios mediante regime de arrecadação e recolhimento unificado de tributos, denominado Simples Nacional. Sendo os seguintes: IRPJ, IPI, CSLL, COPFINS, PIS, INSS, “ICMS” e ISS, que são pagos todo dia 20 subsequente a competência.

Neste contexto afirma que vem realizando religiosamente as suas obrigações e destaca: “*se as referidas empresas são regidas por uma lei federal, não poderá um decreto Estadual obrigar a empresa a pagar um imposto só a fim de ajudar na arrecadação para o estado o que é inconstitucional*”. Além do mais, afirma que os cálculos foram efetuados pelo valor total da nota, incluindo fretes, IPI e notas sem incidência de ICMS.

Conclui, então, dizendo que demonstrado pelo exposto a incorrigível falha verificada no caso vertente, há que ser considerada nula a autuação, evitando-se assim a ofensa ao Princípio acima nominado e norteador do direito em sua aplicabilidade, reconhecendo apenas em parte o valor confessado.

A autuante em sua informação fiscal, às fls. 161-162 dos autos, diz que o montante foi apurado conforme demonstrativos anexados às fls. 12-18. Em seguida diz que, analisando as alegações da autuada, entende não assistir razão, uma vez que o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, instituído pela LC 123/06 em seu art. 13, § 1º estabelece: “*o recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos e contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas*”. Em complementação, destaca o inciso XIII, alínea “g”, itens 1 e 2, do citado parágrafo, que os descrevem.

Por outro lado, diz que a autuada cita em sua defesa que os cálculos foram efetuados pelo valor total da nota, o que, em verdade, atende ao que dispõe a Lei nº 7.014/96 em seu art. 17, I, § 1º, que também o cita.

Diante do exposto, e com base na legislação vigente, solicita ao Egrégio Conselho de Fazenda o julgamento pela procedência do Auto de Infração em tela.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ao sujeito passivo o ICMS por antecipação tributária no valor de R\$ 39.347,73, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, conforme demonstrativo às fls. 12 a 18 e documentos (Notas Fiscais) às fls. 19 a 145 dos autos, em conformidade com o disposto no art. 352-A, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, tendo a autuado impugnado o lançamento.

Da análise da alegação de defesa, às fl. 151-152 dos autos, de que é uma empresa optante do Regime do Simples Nacional, onde recolhe de forma unificada os tributos – IRPJ, IPI, CSLL, COFINS, PIS, INSS, ICMS e ISS – todo o dia 20 do mês subsequente a sua competência, em que tal regime é regido por uma Lei Federal, e por isso não pode um Decreto Estadual obrigá-la a pagar um imposto que não o determinado naquela Lei, não logra êxito essa interpretação, pois, como o próprio artigo 13 da LC 123/06 que indica quais os tributos os optantes do Simples Nacional devem recolher mensalmente, o § 1º do citado artigo diz que, o recolhimento dos tributos na forma anteriormente citada, não exclui a incidência de outros impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas.

É o que fez a Fiscal Autuante na autuação objeto em análise. Aplicou as disposições do item 2 da alínea “g”, inciso XIII, § 1º, do art. 13, da LC 123/06 e suas alterações, conforme a seguir destacado:

*Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:*

*§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas (grifo nosso)*

*XIII – ICMS devido:*

*g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal: (Redação dada pela Lei Complementar nº 128, de 2008)*

*2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor; (Incluído pela Lei Complementar nº 128, de 2008).*

Corrobora, ainda, para o entendimento do Fiscal Autuante, as depoimentos do art. 352-A do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284, datado 14/03/1997, onde diz que ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas de mercadorias para fins de comercialização, em estabelecimentos situados do Estado da Bahia, independente do seu regime de apuração, com destaque para os contribuintes enquadrados na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, optantes pelo Simples Nacional, na forma do § 8º do citado artigo, que a seguir transcrevo:

*Art. 352-A. 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 prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.*

*§ 8º 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, sem prejuízo das reduções previstas nos §§ 2º, 4º, 5º e 6º deste artigo.*

Assim o enquadramento do Contribuinte Autuado na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, optantes pelo Simples Nacional, não exclui a incidência do ICMS devido por antecipação parcial nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, em que deverá ser cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, conforme previsto no art. 386, VII, “b”, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigente à época do fato gerador, conforme a seguir transcrita:

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

*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;*

Portanto, às fls. 12 a 18 dos autos, verifica-se que todas as operações são originárias de outros Estados da Federação, como tal devem incidir o ICMS por antecipação parcial. Em consequência, a base de cálculo, disciplinada pelo § 1º do art. 17 da Lei nº 7.014 de 04/12/1996, deve ser apurada incluindo o montante do próprio ICMS pago na entrada, somando os valores correspondentes a seguro, frete e demais importâncias pagas, inclusive o montante do Imposto sobre Produtos Industrializados, ou seja, no caso em análise, o valor da base de cálculo é o valor do campo das Notas Fiscais, onde consta o “Valor Total da Nota”, que, aliás, é a referência tomada pelo Fiscal Autuante como a base de calculo do ICMS antecipação parcial da infração em comento.

Em relação a apuração do ICMS antecipação parcial da infração, alega o autuado que o fiscal teria cometido o erro na apuração do débito por incluir fretes, IPI e Notas Fiscais sem a incidência de ICMS. Quanto a inserção do frete e IPI na composição da base de calculo ICMS antecipação parcial, conforme destacado acima, fundamentado pelas disposições do art. 17 da Lei nº 7.014 de 04/12/1996, que disciplina a apuração da base de cálculo o ICMS, dispõe o § 2º do citado diploma legal, de que não integra a base de cálculo do ICMS, no caso específico de antecipação parcial, o montante do IPI pago, quando a operação seja realizada entre contribuintes, que essa operação seja destinada a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração e que essa operação se configure fato gerador de ambos os impostos, tanto do ICMS quanto do IPI, nas saídas dos produtos quando da efetivação de sua venda.

No caso em análise, a operação foi realizada entre contribuintes, os produtos são destinados a comercialização, entretanto a sua saída configura apenas fato gerador do ICMS e não do IPI.

Assim não tem porque se falar em excluir o valor do IPI da composição da base de calculo do ICMS antecipação parcial na presente autuação. Para excluir o valor do IPI da composição da base de calculo do ICMS antecipação parcial objeto da autuação, as operações deveriam satisfazer concomitantemente as três proposições comentadas acima, o que não ocorreu.

Por outro lado, em relação à segunda proposição do autuado de que o Fiscal Autuante teria cometido erro na apuração do débito da autuação por inserir operações de entradas de mercadorias sem a incidência de ICMS, não nos apresenta procedente, pois, da analise dos documentos acostados aos autos, a ausência de destaque de ICMS nos campos próprios das Notas Fiscais objeto da autuação, não são decorrentes de aquisições de mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por isenção, não-incidência ou antecipação/substituição tributária, que encerre a fase de tributação, conforme destaca o § 1º do art. 12-A da Lei nº 7.014 de 04/12/1996, que a seguir descrevo:

*Art. 12-A. 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)*

*§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por (Grifo nosso)*

*I - isenção;*

*II - não-incidência;*

*III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.*

Na realidade, a ausência de destaque de ICMS nos campos próprios de algumas das Notas Fiscais objeto da autuação, refere-se a aquisição de mercadorias de contribuintes inscrito no Simples Nacional, que não gera direito a crédito, e como tal não é destacado o ICMS pago na operação. Portanto, não são operações acobertadas por isenção, não-incidência, ou antecipação/substituição tributária, que encerre a fase de tributação. Então, não se pode falar em exclusão da autuação tais operações.

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 110419.0007/12-0, lavrado contra **BAZAR SANTO ANTONIO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$39.347,73**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 2.259,94, e de 60% sobre 37.087,79, previstas no art. 42, incisos II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2012.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA