

A.I. N° - 222567.0016/11-9
AUTUADO - MEDEIROS NETO TECIDOS LTDA.
AUTUANTE - ELMON CARVALHO DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 15.07.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0130-02/13

EMENTA. ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. Demonstrado nos autos que o autuado é optante do Simples Nacional e faz jus ao limite para recolhimento do ICMS antecipação parcial conforme disposto no § 6º do art. 452-A do RICMS/97. Após ajustes o valor do débito foi reduzido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração lavrado em 05/06/2012, exige ICMS no valor de R\$15.142,35, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização, nos meses de fevereiro a dezembro de 2011, na condição de microempresa optante do Simples Nacional.

O autuado impugnou o lançamento fiscal (fls. 94/107). Diz ser empresa de direito privado que atua no comércio varejista de artigos de vestuário, cama, mesa e requer seja o auto de infração anulado parcialmente com base nos fatos que expõe.

Confirma que o crédito tributário apurado pelo auto de infração é referente ao ICMS antecipação parcial, na condição de micro empresa optante pelo regime unificado de arrecadação de tributos e contribuições – Simples Nacional.

Alega que realiza a apuração do ICMS antecipação tributária com base nas notas fiscais de entrada de mercadoria aplicando a legislação pertinente contida no RICMS/BA.

Aduz que a planilha elaborada pelo fiscal, diante da qual não vislumbra nenhum tipo de irregularidade, foram apurados valores não recolhidos nos prazos pré-estabelecidos pela legislação.

No entanto, observa que não foi aplicado o que determina a legislação vigente que impõe o limite máximo de tributação do ICMS antecipação parcial conforme regulamentado no art. 352-A, § 6º do RICMS-BA.

Sustenta que se aplicando o citado dispositivo regulamentar, a empresa como optante do Simples Nacional, tem direito ao benefício que limita a tributação do ICMS referente a antecipação parcial em 4% de suas receitas, a qual aplicando tal percentual é percebido valores recolhidos a maior aos cofres públicos.

Aduz que busca o poder arbitral administrativo, visto que como a administração pública é parte do litígio, é normal que a própria administração ofereça uma via alternativa de resolução pacífica do conflito, circunstância em que ela mesma assume o papel de árbitro e aplica a norma abstrata ao caso concreto, de modo a resolver o litígio.

Sobre a exigência fiscal, afirma que com base no livro fiscal de saída de mercadoria, fls.108/120, elabora uma planilha de apuração de crédito tributário fl. 121, onde demonstra o faturamento da empresa no período fiscalizado. Esclarece que na coluna 01, consta o faturamento mensal no montante de R\$518.908,37, na coluna 2, o limite máximo do ICMS antecipação parcial a ser

recolhido pela requerente, na coluna 5, o valor recolhido no período que comparados matematicamente aponta um saldo devedor no montante de R\$5.180,35.

Assevera que com base no auto de infração, a requerente, no período fiscalizado, constituiu um débito total de ICMS antecipação parcial no montante de R\$ 29.801,32, que está detalhado na coluna 4, doc (02), ultrapassando o valor máximo devido pela requerente que é de R\$19.839,11 explícito na coluna 2. Diz que para esclarecer definitivamente a questão, anexa o Parecer GECOT nº 05867/2011 fl. 122, onde aponta o limite máximo de 4% da receita para apuração do ICMS antecipação parcial. Menciona que comparando o valor apurado com observância ao art. 352-A § 6º do RICMS/BA, com o valor recolhido, facilmente se verifica uma diferença a favor do fisco estadual no valor de R\$5.180,35.

Sobre a restituição do indébito, cita o art. 150, § 7º, da Constituição Federal e o art. 165 do CTN que reproduz. Aduz que se o contribuinte ou responsável vier a pagar valores, a título de tributo, que acabam se revelando indevidos, tem ele direito a pedir sua devolução, independente de protesto judicial, isto é, de uma providência perante a Justiça. Finaliza requerendo a improcedência parcial da autuação.

O autuante produz a informação fiscal fls. 132/145, afirmando que na defesa, a empresa autuada esclarece que realizava apurações do ICMS de antecipação tributária com base nas notas fiscais de entradas de mercadorias aplicando a legislação pertinente contida no RICMS-BA. Diz que, embora a defesa não questione qualquer equívoco na elaboração da planilha que serviu de base para a lavratura do Auto de Infração, reconhece que cometeu alguns erros na elaboração dos demonstrativos. Demonstra ao longo da informação fiscal que para alguns meses considerou pequenos valores a mais, que aqueles constantes nos DAEs apresentados, além de incluir as notas fiscais de nº 222705 e 18871 que não constaram do levantamento inicial.

Sobre o benefício para empresas optantes pelo Simples Nacional reconhece que deve ser aplicado a norma do artigo 352-A, § 6º do RICMS-BA, que limita a tributação do ICMS antecipação parcial em 4% das receitas da empresa. Diz que, de fato, em alguns meses o valor recolhido ultrapassou este limite e que ocorreram recolhimentos em que o código de receitas utilizado pelo contribuinte nos DAEs, foi diferente do que caracteriza a natureza de antecipação parcial. Afirma que neste caso, o autuado deve requerer a restituição do indébito nos termos da legislação vigente.

Anexa ao PAF novos demonstrativos e nota fiscal nº 67400, fls. 126/131, concluindo que o auto de infração deveria ser mantido no valor originalmente cobrado.

Considerando que novos documentos foram anexados ao processo sem que o autuado tivesse tomado conhecimento e que, apesar do autuante reconhecer que o contribuinte faz jus à aplicação da regra do § 6º do art. 352-A do RICMS/BA manteve integralmente o lançamento original, o PAF foi convertido em diligência, fl. 150, a fim de que o autuante esclarecesse os equívocos que diz ter cometido na elaboração do levantamento fiscal e intimasse o contribuinte para fazer entrega dos novos elementos que foram acostados aos autos, concedendo-lhe prazo para que se manifestasse.

Cumprida a diligência fl. 153/154, o autuante informa que as novas planilhas elaboradas fls.166/170 contempla valores corrigidos após ter estornado 20% creditados indevidamente para algumas notas fiscais na planilha original, por entender que o autuado não faz jus a este benefício, visto ter deixado de realizar alguns pagamentos no prazo regulamentar.

Afirma ter inserido uma nova coluna na planilha com a diferença do imposto a reclamar, associando ao lado todos os DAEs com os pagamentos realizados e adotou uma proporcionalidade desses DAEs como pagamento de impostos efetuados. Relaciona os DAEs em que a empresa realizou o pagamento do ICMS antecipação parcial com códigos de receitas divergentes fl. 153 e por isso não foram considerados em sua planilha.

Ratifica ter acrescentado ao levantamento original as notas fiscais 222705 e 18871 e conclui que dessa forma, o ICMS antecipação parcial devido pela empresa no período, passaria de R\$15.142,35 para R\$19.969,90.

Diz ter verificado que para vários meses do lançamento fiscal o autuado estaria desabilitado para exercer o direito ao benefício do limite de 4% do faturamento disposto no § 6º do art. 352-A do RICMS/BA. Afirma que após os citados ajustes realizados, a empresa sem o direito de benefício das reduções e após os estornos de DAEs pagos com outro código de receita, deve recolher aos cofres públicos R\$20.066,76, mas como o auto de infração não pode ser majorado sugere que se cobre a parcela excedente do valor originalmente cobrado em outro auto de infração.

Ao tomar ciência da diligência realizada o autuado volta a se manifestar fls. 175/180. Salienta que o respectivo auto de infração tem como fonte, a divergência de interpretação entre a requerente e o Autuante no que se refere contido no art. 352-A do Regulamento da Bahia, uma vez que o Autuante trata a matéria como benefício fiscal, e a não aplicabilidade do disposto neste artigo ele entende como falta de motivação para o benefício. Conceitua benefício fiscal. Diz que em seu entendimento o disposto no multicitado artigo consiste em uma limitação de tributar do Estado, apontando um teto máximo de base de cálculo para apuração do imposto e nunca pode ser entendida como benefício fiscal, ou seja, não é concebível dar ao contribuinte a opção de recolher o ICMS superior ao devido.

Assevera que desde o início do procedimento fiscal vem argumentando junto ao Autuante o fato de ter recolhido a título de antecipação parcial, valores superiores ao devido, justamente em função de não ter observado o previsto no art. 352-A, ou seja, os recolhimentos foram realizados com base nas notas fiscais de entrada, cujos valores apurados são superiores ao percentual de 4% das vendas ou das compras o que for maior. Entretanto, diz não ter obtido êxito, uma vez que o auto de infração foi lavrado, e na informação fiscal o Autuante insiste no argumento de benefício fiscal. Afirma ter feito indagação de como era o procedimento para aderir a tal benefício fiscal e o Autuante ficou sem resposta, se limitando a dizer que era via internet e que no sítio da SEFAZ-BA continha as informações necessárias. Conclui que esse benefício não existe.

Continua afirmando que ao analisar o auto de infração foram constatadas várias falhas no levantamento fiscal, e chegou à conclusão de que a requerente não podia solicitar a total improcedência do auto de infração, porém os valores efetivamente recolhidos a mais, devem ser compensados com os valores não recolhidos ou recolhidos a menos. Frisa que realizou um levantamento bastante minucioso a fim de comprovar o fato de ter recolhido aos cofres públicos valores superiores ao devido através de planilha eletrônica que anexou à defesa.

Menciona que não levar em conta os valores recolhidos a maior é mais do que se esquivar da verdade, é não cumprir ao descrito na Lei, e apurar a verdade perante a Lei é a atividade fim do agente Autuante.

Propõe uma análise minuciosa do previsto no art. 352-A § 6º do RICMS/97 que reproduz. Conclui que a limitação no percentual de 4% sobre as vendas ou sobre as compras, o que for maior, funciona como um teto máximo para a apuração da base de cálculo do ICMS recolhido a título de antecipação parcial.

Requer a improcedência parcial do auto de infração, e a aplicação do art. 123 § 2º do RPAF/99, que garante a requerente o recolhimento do imposto remanescente com a redução das penalidades.

VOTO

O presente auto de infração cuida da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

O autuado em fase defensiva disse concordar parcialmente com o débito apurado, pois o autuante ao realizar o levantamento fiscal, não levou em conta o quanto disposto no art. 352-A § 6º do

RICMS/97 relativamente ao limite de 4% do faturamento da empresa, para fins de recolhimento do ICMS antecipação parcial, reservado às empresas optantes do Simples Nacional. Frisa que respeitado este dispositivo normativo, em alguns meses, ocorreu recolhimento a mais do referido imposto. Elabora planilha para evidenciar o alegado fl. 121 e nesse sentido anexa Parecer GECOT/DITRI.

O autuante, em informação fiscal, disse ter cometido algumas falhas no levantamento que deu suporte a autuação. Refez a planilha ajustando valores, anexou cópia de novo documento fiscal e concluiu que o valor devido era superior ao originalmente cobrado.

O processo foi convertido em diligência a fim de que o autuante esclarecesse os equívocos que diz ter cometido na elaboração do levantamento fiscal e intimasse o contribuinte para fazer entrega dos novos elementos que foram acostados aos autos.

Cumprida a diligência o autuante informa que procedeu aos seguintes ajustes: (i) excluiu a redução de 20% dada na planilha inicial para as aquisições realizadas nas indústrias, sobre o argumento de que o recolhimento do ICMS teria ocorrido fora do prazo regulamentar e por isso a empresa não teria esse direito; (ii) excluiu valores recolhidos a título de ICMS antecipação parcial com o código de receita divergente no DAE; (iii) incluiu 2 (duas) notas fiscais que não fizeram parte do levantamento original; (iv) concluiu que o autuado não teria direito ao limite do valor a recolher do ICMS antecipação parcial conforme disposto no § 6º do art. 352-A do RICMS/BA.; (v) manteve integralmente o valor do auto de infração.

Da análise do acima exposto, inicialmente impende analisar como foi realizado o levantamento fiscal. De posse dos documentos fiscais apresentados, o autuante relacionou mensalmente, as notas fiscais sobre as quais incidia a antecipação parcial, totalizou encontrando a base de cálculo. Abateu o crédito destacado no documento fiscal, aplicou a redução de 20% para as aquisições realizadas em indústrias, encontrando o valor do imposto devido e deste, subtraiu o valor pago tempestivamente pelo autuado conforme DAE apresentado. Constatado que conforme pode se verificar às fls. 11/15, exatamente as notas fiscais que estão associadas à redução de 20% é que se referem à DAEs pagos tempestivamente. Portanto, esta redução não deve ser excluída em obediência ao disposto no § 5º do art. 352-A, para aquisições de mercadorias em indústrias.

Quanto ao direito do autuado, na condição de optante do Simples Nacional e devidamente credenciado pela SEFAZ para realizar o recolhimento do ICMS antecipação parcial no dia 25 do mês subsequente à entrada da mercadoria no seu estabelecimento, reproduzo a regra do multicitado dispositivo regulamentar, para melhor esclarecimento:

“art. 352-A :

(. . .)

“ § 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”.

Da análise do dispositivo acima transcrito, não se verifica qualquer tipo de restrição ou limitação para que empresa optante do Simples Nacional faça o cálculo do imposto obedecendo aos limites ali estabelecidos. Observo ainda, que quanto ao limite de recolhimento ali previsto (4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais, de mercadorias destinadas à comercialização) não há prazo de vigência estabelecido na legislação, ou seja, a aplicabilidade dessa disposição tem prazo indeterminado.

Considerando que não há nos autos elementos a provar que o autuado esteja legalmente impedido de utilizar o limite de 4% de suas receitas para recolher o imposto, entendo que o autuado tem direito a realizar o recolhimento do ICMS antecipação parcial limitado a regra do §6º do art. 352-A do RICMS/BA.

Pelo acima exposto, com base no demonstrativo elaborado às fls.11/15, entendo que o sujeito passivo deve recolher as diferenças apurada, a título de ICMS antecipação parcial, nos meses em que o valor encontrado não ultrapasse ao limite de 4% de suas receitas, conforme segue:

Mês	Faturamento	Limite de 4%	Antecipação Paga	Diferença p/o limite de 4%	ICMS AI	Dif. A Recolher
2	24.168,87	966,75	646,01	320,74	713,33	320,74
3	24.227,83	969,11	926,47	42,64	1.157,81	42,64
4	31.095,64	1.243,83	1.766,60	-	1.899,75	-
5	45.823,55	1.832,94	1.224,95	607,99	2.270,34	607,99
6	58.888,53	2.355,54	1.136,08	1.219,46	933,43	933,43
7	35.059,10	1.402,36	556,76	845,60	686,38	686,38
8	36.902,97	1.476,12	545,07	931,05	410,61	410,61
9	34.997,50	1.399,90	1.750,33	-	1.943,83	-
10	41.917,00	1.676,68	1.039,04	637,64	2.369,30	637,64
11	62.782,59	2.511,30	3.701,43	-	1.219,74	-
12	100.114,07	4.004,56	1.366,02	2.638,54	1.537,83	1.537,83
TOTAL						5.177,26

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **222567.0016/11-9**, lavrado contra **MEDEIROS NETO TECIDOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.177,26**, acrescido da multa de 60% prevista no inciso II, alínea “d” do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de julho de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA- JULGADOR