

PROCESSO - A. I. N° 152846.0007/13-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FIRE COMÉRCIO DE MATERIAIS ELÉTRICOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4^a JJF n° 0074-04/14
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 26/09/2014

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0279-12/14

EMENTA: ICMS. 1. EMPRESA DE PEQUENO PORTE OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO. O impugnante apresentou comprovante de pagamento do ICMS, feito por meio do DASN. Aplicação do art. 42, II, "d", da Lei n° 7.014/96 Infração 2 parcialmente caracterizada. Não restou demonstrado que as mercadorias foram devidamente tributadas nas operações de saídas, bem como no valor correto de ICMS. Ademais, a Junta de Julgamento Fiscal incorreu em erro, pois a penalidade isolada prevista no § 1º do artigo 42 da Lei n° 7.014/96 somente pode ser aplicada no caso de empresa com apuração normal do imposto, que não é o caso dos autos. Reformada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**, para restabelecer o débito da infração 2 do lançamento de ofício. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 4^a Junta de Julgamento Fiscal que concluiu pela Procedência em Parte do presente Auto de Infração, por meio do qual foram atribuídos ao sujeito passivo quatro ilícitos tributários, sendo objeto do presente Recurso apenas a infração 2, a seguir descrita:

INFRAÇÃO 2 - deixou de efetuar o recolhimento 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, no período de novembro de 2009 a dezembro de 2011, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor Histórico: R\$398.641,51. Multas de 50% e 60%.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa com base nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

Quanto à infração 02, o impugnante junta documentos comprobatórios para modificar a exação fiscal, com a apresentação dos comprovantes de pagamento relativos aos Documentos de Arrecadação do Simples Nacional - DASN, período de dez/09 a dez/11, fls. 1.287/1.331, de forma a indicar a existência de saída de mercadorias na realização de sua atividade comercial, bem como, a tributação nas operações de saída relativas às notas fiscais elencadas na autuação, ainda que sob o Regime do SIMPLES NACIONAL. Cabe ressaltar que, na informação fiscal, às fls. 1.345/1.352, não consta argumento específico a respeito do assunto acima abordado. Assim, diante do lapso temporal entre a lavratura do presente Auto de Infração em 28/06/2013 e as datas de recolhimento do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - DASN, de forma a presumir saída das mercadorias relacionadas com as notas fiscais do levantamento da autuante. Em que pese a falta de antecipação parcial do ICMS, o recolhimento efetuado através do DASN demonstrado nos autos afasta a cobrança da obrigação principal dessa antecipação, de modo a subsumir a situação fáticaposta à norma estabelecida no art. 42, inciso II, alínea "d", da Lei n° 7.014/96, a seguir transcrita.

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

[...]

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

[...]

*d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;
 [...]*

Dessa forma, fica reduzida a infração 02 de R\$398.641,51 para R\$239.312,63, conforme demonstrativo abaixo, em função da multa aplicada de 60% sobre os valores de ICMS devido insertos do procedimento fiscal, fls. 12/50, além do lançamento relativo ao mês de nov/09, pela ausência de documento probatório para elidir a acusação fiscal.

Mês	ICMS devido	Data do recolhimento do ICMS - DASN	ICMS a recolher	Multa a pagar
	A			$B = 60\% * A$
nov/09	289,35	-	289,35	-
dez/09	3.215,07	20/01/2010	-	1.929,04
jan/10	1.957,88	22/02/2010	-	1.174,73
fev/10	3.631,02	29/07/2011	-	2.178,61
mar/10	19.771,98	20/04/2011	-	11.863,19
abr/10	16.826,27	17/08/2011	-	10.095,76
mai/10	9.031,64	30/08/2011	-	5.418,98
jun/10	7.749,93	20/07/2010	-	4.649,96
jul/10	14.116,09	20/08/2010	-	8.469,65
ago/10	32.708,23	20/09/2010	-	19.624,94
set/10	21.025,44	20/10/2010	-	12.615,26
out/10	22.985,27	27/11/2010	-	13.791,16
nov/10	13.537,97	20/12/2010	-	8.122,78
dez/10	7.479,94	20/01/2011	-	4.487,96
jan/11	19.101,11	28/02/2012	-	11.460,67
fev/11	16.145,70	21/03/2011	-	9.687,42
mar/11	11.585,90	20/04/2011	-	6.951,54
abr/11	11.399,36	20/05/2011	-	6.839,62
mai/11	12.312,52	20/06/2011	-	7.387,51
jun/11	14.268,59	20/07/2011	-	8.561,15
jul/11	27.983,10	22/08/2011	-	16.789,86
ago/11	43.381,37	20/09/2011	-	26.028,82
set/11	32.710,72	26/10/2011	-	19.626,43
out/11	12.334,91	24/11/2011	-	7.400,95
nov/11	11.577,32	20/12/2011	-	6.946,39
dez/11	11.534,83	26/01/2012	-	6.920,90
	SUBTOTAL		289,35	239.023,28
			TOTAL DA INFRAÇÃO 02	239.312,63

Em atendimento ao disposto no artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

VOTO

O Recurso de Ofício foi interposto em face do julgamento em primeira instância, pela procedência em parte da infração 2, na qual se acusa o autuado de ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS devido em razão da antecipação parcial, referente a mercadorias adquiridas de fora do Estado da Bahia, no período de novembro de 2009 a dezembro de 2011.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu que não cabia a cobrança de ICMS, mas somente da penalidade prevista no § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, ao entendimento de que o autuado teria comprovado o débito do imposto nas operações de saídas das mercadorias.

Observo, do exame dos autos, que se trata empresa enquadrada no Simples Nacional, no período objeto da autuação, e, portanto, estava obrigado a calcular o valor mensal devido com base numa “cesta” de tributos, sendo o ICMS apenas uma parcela do débito mensal.

Conforme indicado na Decisão recorrida, a Lei Complementar nº 123/06, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Simples Nacional), prevê o seguinte:

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:

(...)

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:

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar;

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;

(...)

A mencionada Lei ainda estabeleceu, no § 6º do artigo 13, que caberia ao Comitê Gestor do Simples Nacional disciplinar a “*forma e as condições em que será estabelecido o regime de antecipação do ICMS previsto na alínea g do inciso XIII do § 1º deste artigo*”. Vejamos os dispositivos:

§ 6º O Comitê Gestor do Simples Nacional:

I - disciplinará a forma e as condições em que será atribuída à microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional a qualidade de substituta tributária; e

II - poderá disciplinar a forma e as condições em que será estabelecido o regime de antecipação do ICMS previsto na alínea g do inciso XIII do § 1º deste artigo.

O RICMS/97, vigente à época dos fatos, prevê o que se segue:

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.

(...)

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:

a) com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006;

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;

Parágrafo único. *A diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que tratam a alínea “a” do inciso VII e o inciso VIII deste artigo será calculada tomando-se por base as alíquotas aplicáveis às pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional.*

Pelo exame dos autos, constata-se que a autuante, para comprovar a infração, colacionou aos autos (fls. 73 a 1248) todas as notas fiscais relacionadas em seus demonstrativos de fls. 13 a 38 e o próprio contribuinte reconheceu a acusação fiscal, limitando-se, em sua peça defensiva, a alegar que o imposto estadual foi recolhido nas saídas das mercadorias e que a alíquota de 17% não poderia ter sido aplicada.

Ressalto que, ao contrário do que foi alegado pelo autuado, o cálculo do valor do ICMS – antecipação parcial foi feito com base na diferença entre a alíquota interna (17%) e a alíquota interestadual (7%), consoante as planilhas acostadas às fls. 13 a 38 dos autos.

Para comprovar a sua alegação, de que as mercadorias teriam sido objeto de tributação nas

operações de saídas, o recorrente anexou ao PAF apenas os documentos de arrecadação do Simples Nacional (fls. 1287 a 1331) com valores, em diversos meses, muito inferiores àqueles que deveriam ter sido recolhidos a título de ICMS por antecipação parcial, consoante os exemplos abaixo, não havendo como haver a certeza de que as mercadorias realmente tiveram a sua tributação feita nas operações de saída e no valor efetivamente devido ao Estado da Bahia:

1. no mês de julho de 2010, o débito lançado neste Auto de Infração foi de R\$14.116,09, enquanto que o valor pago pela “cesta” de tributos (todos) foi de R\$3.004,12 (fl. 1302);
2. no mês de agosto de 2010, o débito lançado neste Auto de Infração foi de R\$32.708,23, enquanto que o valor pago pela “cesta” de tributos (todos) foi de R\$3.480,09 (fl. 1303);
3. no mês de setembro de 2010, o débito lançado neste Auto de Infração foi de R\$21.025,44, enquanto que o valor pago pela “cesta” de tributos (todos) foi de R\$3.562,38 (fl. 1304).

Sendo assim, concluo que não se encontra devidamente demonstrada a alegação defensiva, de que as mercadorias objeto desta autuação foram devidamente tributadas nas operações de saídas e no valor exato devido de imposto.

Além disso, observo que a Junta de Julgamento Fiscal laborou em equívoco, ao aplicar somente a multa prevista no § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, haja vista que o dispositivo legal é dirigido apenas às empresas sujeitas à apuração normal do ICMS. Vejamos a legislação:

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

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

*d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares; (redação dada pela Lei nº 10.847/07, efeitos a partir de 28/11/07).
(...)*

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II; (grifos não originais)

Por tudo quanto foi exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para restabelecer o débito relativo à infração 2 do lançamento de ofício, ressaltando que deve ser retificada a penalidade da infração 2 para 60% em todos os meses da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 152846.0007/13-8, lavrado contra **FIRE COMÉRCIO DE MATERIAIS ELÉTRICOS LTDA**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$455.107,66**, acrescido das multas de 50% sobre R\$2.461,46 e 60% sobre R\$452.646,20, previstas no art. 42, incisos I, "b", item 1 e II, "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de setembro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

JOSEÁ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS