

A. I. Nº - 210763.0010/13-1  
AUTUADO - MINIE BABY COMÉRCIO CONFECÇÕES LTDA. - ME  
AUTUANTE - HÉLVIA BRIGLIA CANUTO  
ORIGEM - INFAZ ITABUNA  
INTERNET - 14.07.2014

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0137-04/14

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE OPTANTE - SIMPLES NACIONAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO DEVIDO. Excluídos da exigência fiscal os débitos referentes às operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Infração subsistente em parte. Relativamente aos meses de agosto e dezembro de 2009 e fevereiro de 2010, retificada a multa de 50% para 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 20/11/13, exige ICMS no valor de R\$10.882,72, em decorrência de recolhimento a menos de ICMS devido por 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, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Na descrição dos fatos, consta que a apuração do imposto foi realizada com base nas notas fiscais de entradas apresentadas pelo autuado, referentes ao período de 01/2009 a 12/2011, confrontadas com o Sintegra, DME, CFAMT, ICMS antecipação declarado, ICMS recolhido e DAEs constantes nos sistemas da SEFAZ, como também a DASN dos citados exercícios.

O autuado apresenta defesa (fls. 141 a 152) e, inicialmente, solicita que a exigibilidade do crédito tributário seja suspensa para evitar dano de difícil reparação, uma vez que já se encontra devidamente recolhida a antecipação parcial cobrada no presente Auto de Infração.

Após afirmar que está enquadrado como microempresa e empresa de pequeno porte, discorre sobre a antecipação parcial de ICMS e, em seguida, frisa que a exigência fiscal em tela é indevida.

Diz que, ao lavrar o “Auto de Infração nº 232417.0005/11-6”, a autuante não analisou com a devida cautela as notas fiscais de entrada do contribuinte quanto ao período abarcado pela ação fiscal. Aduz que, nas aquisições de produtos para transformação e posterior revenda, não há o que se falar em recolhimento de ICMS devido por antecipação, pois a venda do produto para o adquirente encerra a fase de tributação, dando origem a operação diversa, com produtos diversos, apesar de composto em sua essência por aqueles adquiridos de outros Estados. Frisa que, conforme o disposto no artigo 150, I, da Constituição Federal, e nos artigos 9º, I, e 97, I e III, do CTN, não cabe uma interpretação extensiva de norma fiscal impositiva de obrigação pecuniária.

Sustenta que não é devida a antecipação parcial quanto às aquisições descritas nos DANFES nºs 302, 29736, 16269, 35692 e 18866, uma vez que nessas operações houve destaque de ICMS devido por substituição tributária.

Afirma que também não é devida a antecipação parcial quanto à aquisição relacionada no DANFE nº 000303 e em todas as demais operações com o código 103, praticadas por empresas optantes pelo regime do Simples Nacional e contempladas com isenção concedida para faixa de receita bruta nos termos da Lei Complementar nº 102/06.

Menciona que tem direito ao desconto de 50% concedido às microempresas que adquirem produtos diretamente de indústrias e, quando o ICMS é pago no vencimento, esse abatimento sobe para 60%. Alega que não foram considerados no cálculo da antecipação parcial os créditos fiscais de ICMS destacado nas notas fiscais de entrada. Afirma que, apesar de não ter recolhido o ICMS antecipado, não se creditou do referido imposto. Sustenta que, portanto, inexistente obrigação tributária a atender.

Diz que não agiu com a intenção de burlar a legislação tributária e que nunca se esquivou de pagar o ICMS devido por antecipação. Frisa que em 06/06/13 foi fiscalizado e, naquela oportunidade, não lhe foi relatado nada que justificasse uma denúncia espontânea.

Alega que não constam no processo as “Informações Complementares do Auto de Infração”. Elenca os requisitos que um Auto de Infração deve ter para permitir o exercício do direito de defesa e, em seguida, conclui que “ante esta falha, originou a apuração de valores indevidos no levantamento das notas fiscais”. Diz que, dessa forma, a autuante cerceou o seu direito de defesa.

Requer a improcedência do Auto de Infração em decorrência da “falta de base legal no que tange aos artigos 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97, para a cobrança do imposto, haja vista não expressar claramente a falta cometida pela empresa”.

Afirma que a multa de 60% indicada no Auto de Infração é ilegal. Destaca que as multas, acrescidas dos valores referentes às obrigações principais, sofreram a incidência de juros de mora, criando, assim, uma capitalização indevida e uma onerosidade ilícita. Diz que as multas só poderiam ser de 2% do valor corrigido, e não no percentual que foi aplicado. Faz alusão ao Decreto nº 33.118, de 14 de março de 1991, e cita farta doutrina.

Prosseguindo, o autuado afirma que a exigência fiscal em comento torna a sua atividade economicamente inviável, e lhe tira o direito de concorrer no mercado em igualdade de condições com os demais profissionais liberais da área. Diz que fere os princípios previstos no art. 170 da Constituição Federal, inclusive o princípio da capacidade contributiva.

Frisa que, pagar imposto já pago, tem efeito de confisco, o que não é aplicável a contribuinte que não cometeu a irregularidade da forma mencionada pela autuante no Auto de Infração. Menciona que tal atitude é vedada pelo art. 150, inc. IV, da Constituição Federal, que veda a utilização de tributo como efeito de confisco.

Discorre sobre a antecipação parcial de ICMS e diz que é uma microempresa enquadrada no Simples Nacional, estando em dias no recolhimento do imposto, mediante arrecadação unificada. Tece considerações acerca do regime do Simples Nacional e, em seguida, afirma que sempre esteve enquadrado como microempresa e que não ultrapassou a receita bruta anual prevista.

Ao finalizar, o autuado solicita que seja deferida a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e que, em seguida, o Auto de Infração seja julgado improcedente.

A autuante presta a informação fiscal (fls. 155 a 162), na qual afirma que o Auto de Infração está devidamente instruído, não existindo, assim, omissão, obscuridade ou contradição. Transcreve dispositivos regulamentares e, em seguida, afirma que não há razão para o acolhimento da preliminar de nulidade suscitada na defesa.

Diz que não há nos autos qualquer prova de que o imposto lançado já tivesse sido pago e, além disso, o autuado expressamente reconhece, à fl. 142, que não recolheu a antecipação parcial que está sendo exigida. Frisa que a autuação está correta, pois trata de aquisição de mercadorias tributáveis sujeitas à antecipação parcial (confecções), conforme se pode observar nos documentos de fls. 9 a 12, 15 a 63 e 66 a 138.

Afirma que foi considerado na apuração do imposto lançado o desconto a que o autuado tinha direito quando as aquisições eram efetuadas em estabelecimentos industriais, conforme se pode depreender das planilhas de fls. 8/9, 13/14 e 64/65.

Ressalta que agiu conforme prevê a legislação tributária que rege a matéria e diz que a multa indicada é a prevista na legislação tributária do Estado da Bahia.

Menciona que a tese defensiva referente a pagamentos efetuados não pode ser acolhida, pois não foi trazido ao processo documento que a comprovasse. Faz alusão ao disposto no art. 143 do RPAF/99. Explica como foi apurado o imposto lançado e, em seguida, salienta que a exigência fiscal está respaldada no art. 386 do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos.

Ao finalizar, ratifica todos os termos da ação fiscal e solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Após apreciação em pauta suplementar, fl. 167, o processo foi convertido em diligência à INFAZ ITABUNA, para que a autuante excluísse da autuação os débitos referentes a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e refizesse a apuração do imposto.

Em atendimento à diligência, foram acostados, às fls. 170 a 179, novos demonstrativos referentes à apuração do imposto devido. Segundo esses demonstrativos, os valores devidos nos exercícios de 2010 (R\$ 2.578,97) e 2011 (R\$ 7.997,09) passaram para, respectivamente, R\$ 2.343,20 e R\$ 7.372,10. Não foi elaborado novo demonstrativo para o exercício de 2009. Às fls. 175 a 179, foram anexados demonstrativos referentes ao ICMS devido por substituição tributária, relativamente às mercadorias que foram excluídas da antecipação parcial.

Notificado acerca do resultado da diligência, o autuado se pronunciou às fls. 188 a 193. Nessa oportunidade, foram repetidos argumentos trazidos na defesa, os quais já constam neste relatório.

## **VOTO**

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, ter recolhido a menos ICMS devido por antecipação parcial.

Inicialmente, ressalto que o autuado recebeu cópia dos demonstrativos que embasam a autuação, conforme recibos constantes nesses citados demonstrativos. Além disso, observo que o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com a legislação tributária estadual, tendo sido respeitado o disposto no artigo 39 do RPAF/99. O fato apurado foi descrito de forma satisfatória, o enquadramento legal da infração e da multa está correto, o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos que permitem a apuração da infração, do infrator e do montante devido. Assim, o direito a ampla defesa e ao contraditório foi exercido sem qualquer restrição e, portanto, afasto qualquer hipótese de nulidade do Auto de Infração.

Considerando os reiterados pedidos do autuado para que seja determinada a suspensão do crédito tributário, saliento que nos termos do disposto no art. 151, inc. III, do Código Tributário Nacional, as defesas e os recursos interpostos em sede administrativa suspendem a exigibilidade do crédito tributário. Dessa forma, a interposição da defesa tempestiva já possui o condão de deixar suspensa a exigibilidade do crédito tributário referente ao Auto de Infração em epígrafe.

Em sua defesa, o autuado afirma que nas aquisições de produtos para transformação e posterior revenda não há incidência da antecipação parcial. Essa afirmação, apesar de verdadeira, não se aplica ao caso em análise, pois as mercadorias consignadas nas notas fiscais citadas na autuação (confeções) não são destinadas à transformação, mas sim à comercialização.

Conforme sustentado na defesa, o disposto no art. 352-A, §1º, I e III, do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos relacionados na autuação, não é devida a antecipação parcial relativamente às mercadorias cujas operações internas sejam acobertadas por isenção e por substituição que encerre a fase de tributação.

Com relação às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, assiste razão ao autuado, uma vez que dentre as mercadorias consignadas nas notas fiscais em questão havia

aquisições de fraldas, mercadoria com fase de tributação encerrada pelo regime de substituição tributária. No que tange à isenção, a alegação defensiva não procede, haja vista que as mercadorias em tela (confeccões), nas operações internas, não estão amparadas por isenção.

Visando a busca da verdade material, o processo foi convertido em diligência à INFAZ ITABUNA para que a autuante excluísse da exigência fiscal os débitos referentes às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Em atendimento à diligência, foram elaborados os demonstrativos de fls. 170 a 174, tendo a autuante feito a apuração do imposto, o que reduziu o valor devido de R\$ 10.882,72 para R\$ 10.021,96, conforme o demonstrativo de débito de fl. 174.

Ao examinar esses novos demonstrativos elaborados pela autuante, constato que não houve correção quanto ao exercício de 2009, uma vez que naquele exercício inexistiu operação com mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Os valores devidos nos exercícios de 2010 e 2011 passaram para, respectivamente, R\$ 2.343,20 (fl. 171) e R\$ 7.372,10 (fl. 173).

Notificado do resultado da diligência, o autuado se limitou a repisar parte dos argumentos trazidos na defesa inicial. Tendo em vista que não foram apontados novos equívocos nos levantamentos retificados, considero que as correções efetuadas pela autuante foram acatadas pelo contribuinte.

O desconto de 50% a que o autuado fazia jus, quando as aquisições eram efetuadas diretamente junto a estabelecimentos industriais, já foi considerado pela autuante, conforme se depreende dos demonstrativos acostados ao processo. Do mesmo modo, os créditos fiscais destacados foram considerados, consoante os demonstrativos anexados ao processo.

O fato de o autuado não ter se creditado do ICMS devido por antecipação parcial não elide a autuação, pois, além de a antecipação parcial lançada de ofício não ter sido paga, a legislação não prevê a hipótese de compensação, por parte de empresa optante pelo Simples Nacional, do imposto pago a título de antecipação parcial. Esse posicionamento decorre da Lei Complementar nº 123/06 que, no seu artigo 23, determina que as empresas optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação de crédito fiscal. Por sua vez, o disposto no §1º do art. 13 do mesmo diploma legal prevê que o recolhimento do imposto na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS referente à antecipação parcial.

Afirma o defendente que a exigência de um imposto que já foi pago configura um verdadeiro confisco. Todavia, nem na defesa e nem no pronunciamento posterior, o autuado comprova o pagamento do imposto que está sendo exigido.

O autuado alega que foi fiscalizado anteriormente e que, naquela oportunidade, não lhe foi informada a existência de qualquer débito, de forma que pudesse efetuar uma denúncia espontânea.

Esse argumento defensivo não merece acolhimento, pois o início da ação fiscal já exclui a possibilidade do pagamento do débito mediante denúncia espontânea, nos termos do parágrafo único do artigo 138 do CTN. Além disso, a legislação não prevê que antes da lavratura do Auto de Infração o sujeito passivo deva ser previamente notificado da irregularidade apurada.

Constato de ofício que, quanto aos meses de agosto e dezembro de 2009 e fevereiro de 2010, a multa de 50% indicada na autuação, prevista no art. 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96, está equivocada, pois a correta é de 60%, conforme art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. Dessa forma, fica retificada a penalidade relativamente a esses citados meses.

Com relação à falta de proporcionalidade e o caráter confiscatório da multa arguidos pelo autuado, destaco que o disposto no art. 125, I, do COTEB, retira do órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Do mesmo modo, não se sustenta o argumento defensivo atinente aos juros de mora, pois os acréscimos moratórios estão expressamente previstos no art. 102 do COTEB, não cabendo a discussão da sua legalidade ou constitucionalidade.

No que tange ao pedido de dispensa ou redução de multa, tal pleito não pode ser atendido, pois, por se trata de multa por descumprimento de obrigação principal, tal matéria ultrapassa a competência das Juntas de Julgamento Fiscal. Já quanto à solicitação para a redução dos acréscimos moratórios, o pedido não pode ser atendido por falta de amparo legal.

Por fim ressalto que os valores do ICMS devido por substituição tributária, relativamente às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária “total”, apurados pela autuante às fls. 175 a 179, não pode ser exigido no presente lançamento, uma vez que o Auto de Infração em epígrafe foi lavrado para cobrar apenas antecipação “parcial”.

Em face ao acima exposto, acato o resultado da diligência realizada e considero a infração imputada ao autuado subsistente em parte, no valor de R\$ 10.021,96, ficando o demonstrativo de débito conforme o de fl. 174.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 10.021,96.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **210763.0010/13-1**, lavrado contra **MINIE BABY COMÉRCIO CONFECÇÕES LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.021,96**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de julho de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO– JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA