

A. I. Nº - 152464.0008/14-8  
AUTUADO - ALUMIVIDROS COMERCIAL E DISTRIBUIDORA LTDA. - EPP  
AUTUANTE - SANDRA SILVA COSTA  
ORIGEM - INFAS VAREJO  
INTERNET - 25.08.2015

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0155-04/15**

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO E RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO NÃO INCUÍDAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO/ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Após saneamento dos autos, restou constatado ser indevido parte do ICMS exigido relativo ao não recolhimento da antecipação tributária. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 29/09/2014, exige ICMS no valor de R\$66.480,91, pelas seguintes irregularidades cometidas contra a legislação tributária deste Estado:

Infração 01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime de 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 em junho, outubro e dezembro de 2011, junho, agosto, novembro e dezembro de 2012 e março a novembro de 2013. Valor R\$51.546,85. Multa 60%.

Infração 02 – Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime de 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 em março, maio e agosto de 2011. Valor R\$674,15. Multa 60%.

Infração 03 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime de 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 em janeiro, março, setembro de 2011 e julho e setembro de 2013. Valor R\$14.184,67. Multa 60%.

Infração 04 – Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime de 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 em maio de 2013. Valor R\$75,24. Multa 60%.

Em sua impugnação (fl. 112/128), a empresa argüi, em preliminar, a nulidade do lançamento fiscal em virtude da falta de provas para constituição do lançamento fiscal. Nesta sua argumentação traz o seu entendimento sobre o conceito de “tributos”, conforme preconiza o art. 145, da Constituição Federal.

Em seguida, discorre sobre o ICMS e sua forma de apuração para afirmar que o lançamento de ofício do crédito tributário somente passa a existir juridicamente quando o fisco verificar a sua omissão.

Após tais colocações, discorre sobre as “presunções”, que diz válidas quando autorizadas por lei. No entanto, não isenta a Fazenda Pública de provar a ocorrência dos fatos geradores do tributo exigido.

E neste caminhar, passa a tratar das provas, as quais, via de regra, incumbe o seu ônus a quem alega (art. 333, inciso I, do CPC). Neste momento, discorre sobre as presunções legais como uma exceção tipificada em lei.

Caminhando, afirma de que a lavratura de um auto de lançamento “*depende de provas do ocorrido, como, por exemplo, se houve o negócio jurídico que o fisco presume ter havido, quando, por exemplo, não há nota fiscal que acompanhe a mercadoria no trânsito, se houve a compra da mercadoria que o fisco alega ter havido quando indica a omissão de entradas, ou se não houve pagamento do ICMS substituição tributária, como trata o presente caso, etc.*”, já que “*as consequências deste ato não ficam apenas na esfera administrativa, mas implica a constrição de bens e direitos, como também, e principalmente, na possibilidade de cerceamento da liberdade do administrado, nos casos dos crimes contra a ordem tributária, tratados na Lei 8.137/90*”.

Em seguida, apresenta seu entendimento a respeito da constituição do crédito tributário através de um Auto de Infração, trazendo, inclusive, decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde aquele tribunal decidiu pela nulidade do lançamento de ofício já que sem provas materiais que lhe embasasse.

Após todas estas colocações, diz que o presente lançamento deve ser julgado nulo por falta de prova e que, sendo este pedido ultrapassado, que seja realizada diligência “*a fim de comprovar o quanto afirmado na presente peça, protestando por todos os meios de provas em direito admitidos*”.

No mérito, afirma de que as infrações 01 e 02 não podem prosperar porque os pagamentos foram realizados, conforme provam os documentos apensados aos autos, afora consultas que se façam nos registros da Secretaria da Fazenda.

Passa a informar:

#### INFRAÇÃO 01

DATA OCORRÊNCIA	NOTAS FISCAIS	ICMS	
30.06.2011	NF 58506 e 49311	3.562,30	improcedente
31.10.2011	NF 2902, 17544 e 4753	673,41	Improcedente

O imposto referente ao mês de outubro de 2011 foi recolhido da seguinte maneira:

- . NF 2902 - ICMS no valor de R\$93,63 pago em 15/09/2011 (GNRE anexo) - DOC 01
- . NF 17544 - ICMS no valor de R\$271,10 pago em 25/01/2012 (DAE anexo) - DOC 02
- . NF 4753 - ICMS no valor de R\$308,68 pago em 18/11/2011 (GNRE anexo) - DOC 03

DATA OCORRÊNCIA	NOTAS FISCAIS	ICMS	
31.12.2011	NF 4885	302,60	improcedente
30.06.2012	NF 16866	326,76	Improcedente

Diz que o imposto referente ao mês de junho e 2012 foi recolhido através de GNRE em 23/05/2012 (GNRE anexo) - DOC 04.

DATA OCORRÊNCIA	NOTAS FISCAIS	ICMS	
31.08.2012	NF 89577, 3135 e 2101	6.413,55	Improcedente
31.08.2012	NF 10964, 11070, 2964, 38001	3.239,20	Improcedente

<b>TOTAL</b>	9.652,75
--------------	----------

O ICMS sobre as notas fiscais 89577, 3135 e 2101 foi recolhido através de DAE's em 25/09 e 25/10/2012 respectivamente, apesar de terem sido pagos com a inscrição de outra empresa (IE 11.781.057 e CNPJ 13.187.486/0001-60 – Atacadão Alumividros Distribuidora Ltda.). Diz ter solicitado retificação junto ao GEARC desta SEFAZ para a devida correção (DOC 05).

DATA OCORRÊNCIA	NOTAS FISCAIS	ICMS	
30.11.2012	NF 3791	7.412,85	Improcedente

A nota fiscal nº 3791 foi emitida em substituição a de nº 3767 cancelada pelo fornecedor e que foi objeto de lavratura do Auto de Infração nº 210581.1125/12-0 de 19/11/2012. Nesta data a SEFAZ-BA emitiu a Nota Fiscal Avulsa nº 23884212 para acompanhar as mercadorias, conforme anexo (DOC 06).

DATA OCORRÊNCIA	NOTAS FISCAIS	ICMS	
31.12.2012	NF 2080	48,24	Improcedente
31.03.2013	NF 4061	16,83	Improcedente
31.03.2013	NF 30645	15,12	improcedente
<b>TOTAL</b>		<b>31,95</b>	

A nota fiscal nº 4061 teve o ICMS recolhido através de GNRE de 26/03/2013 conforme anexo (DOC 07).

DATA OCORRÊNCIA	NOTAS FISCAIS	ICMS	
30.04.2013	NF 247148 e 12764	1.176,82	improcedente

Imprecede a exigência, pois o imposto foi recolhido através de GNRE em 01/04 e 17/04/2013, respectivamente, conforme anexo (DOC 08).

DATA OCORRÊNCIA	NOTAS FISCAIS	ICMS	
31.05.2013	NF 5198	1.440,21	Imprecedente
30.06.2013	NF 5452 e 28121	2.037,33	Imprecedente
<b>TOTAL</b>		<b>3.477,54</b>	
<b>DATA OCORRÊNCIA</b>	<b>NOTAS FISCAIS</b>	<b>ICMS</b>	
31.07.2013	NF 14241	571,21	Imprecedente

O imposto referente ao mês de julho de 2013 foi recolhido através de GNRE de 29/05/2013 conforme anexo (DOC 09).

DATA OCORRÊNCIA	NOTAS FISCAIS	ICMS	
31.08.2013	NF 16093 e 29039	460,85	improcedente
<b>TOTAL</b>		<b>460,85</b>	
<b>DATA OCORRÊNCIA</b>	<b>NOTAS FISCAIS</b>	<b>ICMS</b>	
30.09.2013	NF 16946	3.112,51	improcedente
30.09.2013	NF 6120 e 2066	4.956,62	improcedente
<b>TOTAL</b>		<b>8.069,09</b>	

Em relação a nota fiscal nº 16946 o imposto foi recolhido através de GNRE em 23/09/2013 conforme anexo (DOC 10).

DATA OCORRÊNCIA	NOTAS FISCAIS	ICMS	
31.10.2013	NF 3361	1.253,76	improcedente

O imposto foi recolhido através de GNRE em 05/11/2013 conforme anexo (DOC 11).

DATA OCORRÊNCIA	NOTAS FISCAIS	ICMS	
30.11.2013	NF 6544, 6594 e 126701	14.526,71	improcedente

O imposto foi recolhido através DAE em 26/12/2013 (DOC 12).

INFRAÇÃO 02

Apresentando o demonstrativo de débito do Auto de Infração, informa que a maior parte da documentação que faz prova acerca do quanto alega encontra-se juntada ao presente Auto de Infração. E que os demais pagamentos não apensados aos autos serão trazidos oportunamente, diante do seu direito de apresentá-los “*por todos os meios de provas admitidos no direito*”.

E outra opção, caso assim seja entendido, que o processo seja convertido em diligência para que sejam anexadas provas complementares, o que nesse momento, requer.

#### INFRAÇÕES 03 E 04

Discorda da autuação entendendo ser impossível a exigência da antecipação parcial aos contribuintes do Simples Nacional.

Diz que o Estado da Bahia havia criado um sistema simplificado de tributação do ICMS através da Lei Estadual 7.357, de 04/11/1998, denominado de Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, onde foram fixados percentuais através de faixas de enquadramento da receita bruta ajustada, com exclusão de qualquer outra modalidade de tributação, inclusive a antecipação tributária, ainda que parcial. Porém, em uma tentativa de fazer incidir a antecipação parcial para os integrantes do SimBahia, a Lei Estadual nº 7.014/96 foi alterada pela Lei Estadual de nº 8.967, de 29/12/2003, que inseriu o art. 12-A disposto sobre a aplicação da antecipação parcial independente do regime de apuração do ICMS, conforme transcreve. Em assim sendo, o Simples Nacional não pode admitir a exigência de antecipação parcial. E continua: “*Por conta da estratégia montada, como a própria lei indica, a antecipação parcial não encerra a fase de tributação, ou seja, os integrantes do SIMPLES NACIONAL terão que antecipar parcialmente o ICMS e pagá-lo novamente sobre a receita bruta ajustada, NO ENTANTO, SEM DIREITO A QUALQUER CRÉDITO*”.

Diante deste quadro, afirma que o sistema simplificado de arrecadação foi totalmente descaracterizado, implicando em violação à Constituição Federal, resultando em confisco e oneração das micro e pequenas empresas em relação aos demais contribuintes de ICMS, que se submetem ao regime normal de tributação.

Nesta argumentação, demonstra sua total irresignação em recolher a antecipação parcial (que não encerra a fase de tributação) e não poder utilizar o crédito pelo pagamento da antecipação parcial, afirmando “*ao ser instituído o sistema do SIMPLES NACIONAL, cabe ao Estado observar todas as regras pertinentes às limitações ao poder de tributar, bem como, ao disposto em norma constitucional sobre o poder de tributar e sobre a ordem econômica*”.

Em seguida, ressalta de que a legislação do ICMS, no Estado da Bahia, com relação à antecipação parcial, nas aquisições efetuadas por contribuintes enquadrados na condição de ME e EPP, independentemente da receita bruta, concede uma redução de 20% do valor do imposto apurado, na hipótese de o contribuinte recolher no prazo regulamentar (art. 352-A, § 5º do RICMS/97). E o seu § 6º determina que, ao final de cada período de apuração, o valor total do imposto a recolher, em relação a cada estabelecimento do contribuinte credenciado para pagamento, no prazo regulamentar, 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. Tal regramento encontra-se, igualmente, determinado nos arts. 274 e 275 do RICMS/12.

Após afirma que a autuante desconsiderou tal regramento e acabou por cobrar tributo indevido e diz: “*Contatou-se que parte das divergências tem origem na forma diversa da aplicação das reduções previstas nos §§ 4º, 5º e 6º do art. 352-A, RICMS BA ou o correspondente, a partir de 01 de abril de 2012, vigência do Regulamento de ICMS de 2012. Em algumas situações, a agente fiscalizadora desconsiderou o desconto de 20% na apuração do imposto recolhido no prazo regulamentar, além do limite de 4% das receitas ou do valor das entradas internas e interestaduais, inclusive transferência (o que for maior), previstos na legislação. Em outros momentos, as notas fiscais estão registradas no livro fiscal, o respectivo imposto pago e ainda*

assim, a fiscal considerou na sua exigência; ou considerou a nota fiscal em período diverso daquele registrado nos livros fiscais”.

Diante desse quadro, as infrações 03 e 04 não podem ser mantidas, pois patente a existência de vício no cálculo apresentado para exigência do imposto, pois além de não ter sido aplicada a alíquota de antecipação de forma correta como previsto na legislação do imposto, foi desconsiderado totalmente os valores devidamente recolhidos pelo contribuinte conforme comprova o próprio sistema da SEFAZ/BA.

Passa, em seguida, a discorrer sobre a vedação da utilização do tributo com efeito de confisco, trazendo aos autos minucioso debate sobre o tema para concluir que “*resta evidente, in casu, a prática abusiva e confiscatória do Estado da Bahia na medida em que exige que o integrante do regime SIMPLES NACIONAL faça a antecipação parcial do ICMS e efetue novo pagamento do ICMS sobre a receita bruta ajustada, sem a possibilidade de utilização de qualquer crédito fiscal*”.

Por tudo exposto, requer:

1. A nulidade do lançamento fiscal “*por lançamento defeituoso no cálculo do crédito tributário*”.
2. Improcedência do Auto de Infração, tendo em vista que houve o pagamento regular dos valores suscitados nas infrações 01, 02, 03 e 04.
3. Insubsistência das multas aplicadas seja pelo seu caráter de confisco ou mesmo pela inexistência de imposto a ser exigido.
4. Diligência ou perícia fiscal, se assim for o entendimento.
5. Juntada de outros elementos de provas em direito admitidos.

A autuante presta informação fiscal (fls.191/195), nos seguintes termos.

#### INFRAÇÃO 01

Diante dos comprovantes acostados pelo impugnante ao processo, os analisou apresentando as seguintes conclusões:

DATA DA OCORRÊNCIA	Nº DA NOTA FISCAL	ICMS DEVIDO	COMPROVAÇÃO DO RECOHIMENTO
30.06.2011	NF 58506 e 49311	3.562,30	<b>Não apresentou comprovante.</b>
31.10.2011	NF 2902, 17544 e 4753	673,41	Apresentou GNRE Anexos, fls. 131 a 137. <b>Comprovante aceito.</b>
31.12.2011	NF 4885	302,60	<b>Não apresentou comprovante.</b>
30.06.2012	NF 16866	326,76	Apresentou GNRE Anexo, fls 138 e 139. Comprovante aceito.
31.08.2012	NF 89577, 3135 e 2101	6.413,55	Apresentou DAEs recolhidos por outro Contribuinte e pedido de Solicitação de Retificação do recolhimento datado de 04.11.2014, fls. 140 a 152. <b>Alegação e comprovantes não acatados neste processo, pois foge à esfera de competência da Fiscalização.</b>
<b>TOTAL</b>	NF 10964, 11070, 2964, 38001	3.239,20	<b>Não apresentou comprovante.</b>
		<b>9.652,75</b>	
30.11.2012	NF 3791	7.412,85	Nota emitida para regularizar a NF 3767, cancelada e objeto de auto de infração no transito de mercadorias - anexos fls. 153 a 162. <b>Comprovante aceito.</b>
31.12.2012	NF 2080	48,24	<b>Não apresentou comprovante.</b>
31.03.2013	NF 4061	16,83	Apresentou GNRE Anexo, fls 163 a 166.

			<b>Comprovante aceito.</b>
	NF 30645	15,12	<b>Não apresentou comprovante.</b>
<b>TOTAL</b>		<b>31,95</b>	
30.04.2013	NF 247148 e 12764	1.176,82	Apresentou GNRE Anexo, fls 167 a 172. <b>Comprovante aceito.</b>
31.05.2013	NF 5198	1.440,21	<b>Não apresentou comprovante.</b>
30.06.2013	NF 5452 e 28121	2.037,33	<b>Não apresentou comprovante.</b>
31.07.2013	NF 14241	571,21	Apresentou GNRE Anexo, fls 173 a 174. <b>Comprovante aceito.</b>
31.08.2013	NF 16093 e 29039	460,85	<b>Não apresentou comprovante.</b>
30.09.2013	NF 16946	3.112,51	Apresentou GNRE Anexo, fls 175 a 178. <b>Comprovante aceito.</b>
	NF 6120 e 2066	4.956,62	<b>Não apresentou comprovante.</b>
<b>TOTAL</b>		<b>8.069,09</b>	
31.10.2013	NF 3361	1.253,76	Apresentou GNRE Anexo, fls 179 a 181. <b>Comprovante aceito.</b>
30.11.2013	NF 6544, 6594 e 126701	14.526,71	Apresentou DAE Anexo, fls. 182 a 188. <b>Comprovante aceito.</b>

Diante de tais comprovações, o valor do ICMS da infração 01 passou de R\$51.546,85 para R\$22.476,03, conforme Demonstrativo que apresenta e abaixo reproduzido.

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq %	Multa (%)	Valor Histórico
30/06/2011	25/07/2011	20.954,70	17,00	60,00	3.562,30
31/12/2011	25/01/2012	1.780,00	17,00	60,00	302,60
31/08/2012	25/09/2012	56.780,88	17,00	60,00	9.652,75
31/12/2012	25/01/2013	283,76	17,00	60,00	48,24
31/03/2013	25/04/2013	88,94	17,00	60,00	15,12
31/05/2013	25/06/2013	8.471,82	17,00	60,00	1.440,21
30/06/2013	25/07/2013	11.984,29	17,00	60,00	2.037,33
31/08/2013	25/09/2013	2.710,94	17,00	60,00	460,86
30/09/2013	25/10/2013	29.156,59	17,00	60,00	4.956,62
<b>TOTAL</b>					<b>22.476,03</b>

#### INFRAÇÃO 02

O contribuinte não apresenta qualquer documento que comprovasse os recolhimentos devidos. Diz que considerando que a documentação constante do PAF demonstra, inequivocamente, o cometimento da infração, mantém a autuação.

#### INFRAÇÕES 03 E 04

O impugnante não apresenta qualquer elemento que comprove o imposto exigido. Quanto a sua irresignação à sistemática do Simples Nacional, afirma que tais alegações escapam aos limites do trabalho da fiscalização, tendo em vista as determinações contidas no art. 352-A, art. 125, II, § 7º e 8º combinado com o art. 61, IX e art. 386, I do RICMS/97, art. 12-A da Lei 7.014/96 combinado com o art. 321, VII, "b", do RICMS/12.

Quanto à alegação de que não foi considerada a redução de 20% do valor do imposto apurado, destaca de que todo o imposto exigido na Infração 03 se refere às notas fiscais não escrituradas no livro Registro de Entrada de Mercadorias e/ou Notas Fiscais que não tiveram a antecipação

parcial paga, logo não fazendo jus ao desconto pleiteado, considerando que o benefício encontra-se condicionado ao pagamento dentro do prazo regulamentar, conforme preconiza o art. 352-A, § 5º do RICMS/97 e art. 274 do RICMS/12.

No tocante à Infração 04, esta se refere à nº 4361, oriunda do Estado de São Paulo, com registro da entrada no estabelecimento em 22/05/2013, cujo valor da antecipação parcial devido de R\$407,58, após aplicada a redução de 20%, resultou no ICMS devido de R\$326,00 do qual foi abatido o valor pago pelo contribuinte de R\$250,82 resultando no ICMS reclamado de R\$75,24. Neste caso, foi considerada a redução cabível de 20%, de acordo com o estabelecido no art. 275 do RICMS/2012.

Em relação a alegação da desconsideração do limite de 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, conforme determina o § 6º, do art. 352-A, do RICMS/97 e art. 275, do RICMS/12, informa que conforme livro Registro de Entradas do contribuinte (fl. 86) este limite seria de R\$2.532,25. Neste período, recolheu ele de antecipação parcial apenas o valor de R\$250,82, conforme relação de DAE's do exercício de 2013 extraída do INC (fls. 43). Assim, adicionando o valor reclamado ao valor já pago pelo contribuinte em maio 2013, totaliza R\$326,06, valor este inferior ao limite do mês de R\$2.532,25.

Apresenta quadro resumo como se segue:

Valor das Entradas + Transferências	R\$ 63.306,37
Limite 4%	<b>R\$ 2.532,25</b>
Valor pago em maio/2013	R\$ 250,82
Valor Reclamado no AI	R\$ 75,24
Total de Antecipação Parcial em maio/2013	<b>R\$ 326,06</b>

Mantém a autuação relativa às infrações 03 e 04.

Solicita a procedência parcial do Auto de Infração com a redução do valor do imposto da infração 01 para R\$22.476,03.

Cientificado da informação fiscal (fl. 76/77), a empresa não se manifestou.

## VOTO

Preliminarmente o impugnante alega, com longo do seu arrazoado, nulidade da ação fiscal em virtude da falta de provas para constituição do lançamento fiscal.

Ao analisar as peças processuais, o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos, com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os arts 38 a 41 do RPAF/BA. O método de fiscalização está perfeitamente descrito no Auto de Infração e nos papeis de trabalho que o autuado recebeu, já que a defesa neles está respaldada. Cópias das notas fiscais foram apensadas aos autos, bem como, cópias dos seus livros fiscais e relação de DAE's de pagamento que constam nesta Secretaria de Fazenda (fls. 39/105).

Por seu turno, o contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado.

Assim, não vislumbrando inobservâncias formais, nem mesmo materiais, que conduzam a sua nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, rejeito o pedido formulado pelo impugnante. E ressalto: se existe alguma falha a ser saneada, esta é questão de mérito que se verificará adiante.

Indefiro o pedido formulado pelo impugnante de diligência ou perícia fiscal diante das determinações contidas no art. 147, I, do RPAF/BA, o qual dispõe que deve ser indeferido o pedido de diligência fiscal quando: *a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada*

*impraticável; b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;*

No mérito, as infrações 01 e 02 tratam da falta de recolhimento, bem como, do recolhimento a mesmo do ICMS devido por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime de 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.

A empresa traz aos autos documentos e diversos recolhimentos efetuados anteriormente á auditoria realizada, visando desconstituir integralmente a infração 01.

Toda esta documentação foi analisada, nota a nota, pela fiscal autuante que, nesta sua análise, detectou que ela não se referia à totalidade do lançamento fiscal. Em relação aos documentos fiscais em que não houve a comprovação do recolhimento realizado, manteve a autuação. Sobre aqueles que foram comprovados os pagamentos, os excluiu da autuação. A única exceção referiu-se ao pedido de retificação de DAE pago por terceiro que o contribuinte, no momento de sua defesa (05/11/2014 - fls. 111 e 140), interpôs junto a esta Secretaria de Fazenda.

O contribuinte foi chamado para tomar conhecimento da modificação processada pela fiscal autuante, porém não se manifestou. Seu silêncio, com fulcro nas disposições contidas no art. 140, do RPAF/BA, é admitido como aceitação das modificações realizadas.

Quanto à retificação do DAE pago por terceiros em outubro de 2012 e referente aos fatos geradores de agosto de 2012 (fl. 142), que o contribuinte trouxe aos autos (fls. 140/142) objetivando comprovar o recolhimento do imposto referente ás notas fiscais nº 89577, 3135 e 2101, mantenho o entendimento externado pela n. autuante, vez que:

1. A retificação, ao contrário do que afirma o impugnante, não se refere ás nºs notas fiscais 89577, 3135 e 2101, mas, apenas, a aquela de nº 3135.
2. Teve o contribuinte, desde 05/11/2014, tempo necessário para juntar ao PAF o andamento deste processo, não o fazendo. Inclusive, ao ser intimado para se pronunciar a respeito da informação fiscal permaneceu em silêncio.

Por tudo exposto, alinho-me com a conclusão a que chegou a autuante, após análise da documentação apresentada pelo impugnante e mantenho em parte o ICMS exigido na infração 01 no valor de R\$22.476,03, conforme demonstrativo de débito ás fls. 194 do PAF e transscrito no relatório do presente Acórdão.

Quanto à infração 02 (recolhimento a menos do ICMS-ST) a empresa não apresenta qualquer prova do que alega, mesmo extemporaneamente, ao contrário do que afirma em sua contestação de que parte dela estaria apensada aos autos e conforme determinações do art. 123, do RPAF/BA.

Quanto à diligência solicitada, esta não pode se pode dar guarida, pois e inclusive, nem motivo para o seu pedir tem este Colegiado já que nenhum documento foi trazido aos autos.

Diante destes fatos, a infração 02 é mantida em sua totalidade.

As infrações 03 e 04 tratam da exigência do imposto devido por antecipação parcial (falta de recolhimento e recolhimento a menor).

Toda a insurgência da empresa encontra-se calcada no fato de que como se encontra enquadrado no Simples Nacional, é ilegal e inconstitucional que o Estado da Bahia lhe exija o imposto por antecipação parcial já que a sua apuração se dar com base em sua receita bruta mensal, lhe sendo vedada a utilização de créditos fiscais, já que a antecipação parcial não encerra a fase de tributação.

Inicialmente observo que o contribuinte comete equívoco ao tratar o Simples Nacional como continuidade do SimBahia. Embora ambos os regimes sejam aplicados ás micro e pequenas

empresas, o SimBahia (cujo término se deu em julho de 2007) era regime implantado somente dentro deste Estado. O Simples Nacional é de cunho nacional, tendo como administrador a Receita Federal, embora cada Estado ou Município exerçam suas competências nos tributos a que lhes são afetos.

Feita tal colocação, restrinjo-me ao Simples Nacional.

O enquadramento de uma micro e mesmo pequena empresa no regime do Simples Nacional é opção do contribuinte, ou seja, ele, mesmo tendo tal porte, não está obrigado a aderí-lo. Tal situação resta expressa no art. 16, da Lei Complementar nº 123/2006 e Resolução CGSN nº 4, de 30/05/2007 que dispõe sobre a opção pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).

Sendo opcional, cabe a cada um analisar a conveniência, ou não, de realizar tal opção. No entanto, ao fazer esta opção deve, por obrigação, obedecer a todas as regras do regime estabelecidas.

Em assim sendo, determina o art. 13, da Lei Complementar nº 123/2006:

*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; (grifo não original)*

Portanto, é a própria Lei Complementar, que rege o regime de apuração do imposto a qual se encontra incluído o impugnante, que dá lastro legal ao imposto ora exigido e não que o Estado da Bahia, de forma ilegal e inconstitucional, exige a antecipação parcial sobre mercadorias adquiridas e provenientes de outras unidades da Federação.

E ao derredor do tema trazido pelo impugnante sobre a vedação de confisco tratada constitucionalmente, ressalto de que sobre este tema o CONSEF não pode se pronunciar em obediência ao disposto no art. 167, I, do RPAF/BA.

No mais, determina o art. 12-A da Lei nº 7014/96:

*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.*

Portanto, o impugnante obrigado está, por dever legal, a recolher o ICMS devido por antecipação parcial quando de suas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, independentemente do regime de apuração por ele adotado. Inclusive, ao observar a infração 04, ele assim agiu, embora recolhendo a menos o imposto devido.

O defendente ainda traz aos autos mais dois motivos para desconstituição do imposto relativos às infrações 03 e 04.

1. Não foi considerada a redução de 20% do valor do imposto apurado. O art. 352-A, do RICMS/97 nos seus parágrafos 4º e 5º assim determinava.

*Art. 352-A. ....*

*§ 4º No caso de antecipação parcial decorrente de aquisições oriundas de estabelecimentos industriais, de produtos por eles fabricados, realizadas por contribuinte inscrito na condição de microempresa, fica concedida uma redução de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto, na hipótese de o contribuinte efetuar o recolhimento no prazo regulamentar.*

*§ 5º Nas aquisições efetuadas por contribuintes enquadrados na condição de ME e EPP, independentemente da receita bruta, fica concedida uma redução de 20% (vinte por cento) do valor do imposto apurado, na hipótese de o contribuinte **recolher no prazo regulamentar**, não cumulativa com a redução prevista no § 4º.*

Estas determinações foram absorvidas pelo RICMS/12 nos seu art. 274, conforme abaixo transcrita.

*Art. 274. No caso de antecipação parcial decorrente de aquisições efetuadas por contribuintes enquadrados na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, independentemente da receita bruta, fica concedida uma redução de 20% (vinte por cento) do valor do imposto apurado, na hipótese de o contribuinte **recolher no prazo regulamentar**, não cumulativa com a redução prevista no art. 273.*

A infração 03 trata da falta de recolhimento do ICMS. Em assim sendo, tais determinais legais a esta infração não podem ser aplicadas, pois não houve qualquer recolhimento, muito menos nos prazos legais.

Em relação á infração 04 (recolhimento a menos), a fiscal autuante tanto no demonstrativo de fl. 33 como, igualmente quando de sua informação fiscal, demonstra que a redução pleiteada foi considerada.

Pelo exposto, o argumento do impugnante neste sentido não possui o condão de desconstituir as infrações.

De igual forma, a fiscalização deixou de considerar o limite de 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, quando da apuração do imposto.

Para maior compreensão do argumento do deficiente, transcrevo as determinações do § 6º, do art. 352-A, do RICMS/97 e art. 275, do RICMS/12:

*§ 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 (grifo não original)*

*Art. 275. Ao final de cada período de apuração, o valor total do imposto a recolher nos termos dos arts. 273 e 274, em relação a cada estabelecimento de contribuinte credenciado para pagamento no prazo previsto no § 2º do art. 332, 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. (grifo não original)*

Como anteriormente dito, a infração 03 trata de falta de recolhimento do imposto. Neste caso estas determinações legais aos fatos não se aplicam. Em relação á infração 04, a autuante, quando de sua informação fiscal demonstrou de que o valor autuado não ultrapassou o limite que possuía o contribuinte relativo ao mês de maio de 2013 (autuado) e conforme descrito no relatório do presente Acórdão.

Diante de tudo exposto e comprovado pelos demonstrativos apensados aos autos que o cálculo do imposto das infrações 03 e 04 foram corretamente realizados, não existindo, como alega o contribuinte, qualquer vício “*por lançamento defeituoso no cálculo do crédito tributário*”.

Infrações 03 e 04 mantidas.

Por fim, quanto ao caráter de confisco das multas aplicadas, como afirmou o impugnante, ressalto de que sobre tal tema, não cabe a este foro administrativo a discussão, nos termos do art. 167 do RPAF/BA, além do que a multa aplicada obedece ao quanto disposto na legislação tributária estadual.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$37.410,09, mantendo em sua totalidade as infrações 02, 03 e 04 nos valores de R\$674,15, R\$14.184,672 e R\$75,24, respectivamente e, quanto à infração 01, resta ela parcialmente caracterizada no valor de R\$22.476,03.

### **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 **152464.0008/14-8**, lavrado contra **ALUMIVIDROS COMERCIAL E DISTRIBUIDORA LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$37.410,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF 18 de agosto de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR