

PROCESSO - A. I. Nº 210585.0032/15-4
RECORRENTE - DANTE COMÉRCIO DE CONFECÇÕES E CALÇADOS LTDA. (BABY GLES) - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0063-05/16
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/11/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0161-12/16

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. EMPRESA ENQUADRADA NO SIMPLES NACIONAL. **a)** PAGAMENTO EFETUADO A MENOS. Infrações caracterizadas, com redução do valor inicial cobrado do exercício de 2011 em razão do enquadramento do recorrente como Microempresa, sendo utilizado o percentual de redução de 60% do valor à pagar. Infração parcialmente subsistente. **b)** ANTECIPAÇÃO PAGAMENTO EFETUADO A MENOS. Apresentação de documentação probatória (GNRE's e cópia de pagamentos). Item subsistente parcialmente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário referente à contestação feita pelo sujeito passivo em relação à Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que votou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado 25/06/2015, que exige ICMS no valor histórico de R\$ 249.569,74, sendo reconhecidas as Infrações 1 e 3 e objeto do presente Recurso as seguintes Infrações:

Infração 02: Efetuiu recolhimento a menor do ICMS por antecipação tributária total, na condição de empresa optante pelo Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias de fora do estado da Bahia, no período de 2011 e 2014, conforme DEMONSTRATIVO 1.3 – ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA e planilha detalhada de cálculo do ICMS gravada em mídia do tipo CD, anexados a este Auto de Infração.

Infração 04: Recolheu a menor ICMS por antecipação tributária, na condição de empresa optante pelo Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias de fora do estado da Bahia, no período de 2011 a 2014, conforme DEMONSTRATIVO 2.3 – ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL e planilha detalhada de cálculo do ICMS gravada em mídia do tipo CD, anexados a este Auto de Infração.

Por meio do seu representante legal, o autuado apresentou defesa administrativa às fls. 171 a 176, pleiteando pela improcedência total do lançamento.

O autuante prestou Informação Fiscal às fls. 180 a 184, onde foram acatadas parte das alegações do autuado, no que tange a aplicação do percentual de redução aplicado sobre o montante devido à título de ICMS/antecipação parcial do exercício de 2011 (Infração 4), reduzindo esta Infração para R\$ 77.306,65 e o AIIM para o valor histórico total de R\$ 231.703,90, sendo oferecido o prazo de 10 dias para manifestação do sujeito passivo, de acordo com o que preceitua o parágrafo 1º do Art. 18 do RPAF/BA.

Foi realizada manifestação pelo autuado às fls. 203 a 206, onde o mesmo relata suas justificativas e considerações sobre a Decisão do autuante e reforça a ideia de que seja reconhecida a improcedência do Auto de Infração, uma vez que o mesmo se fundamenta em irregularidades não existentes.

No manuseio dos Autos observei que as infrações descritas nos itens 1 e 3 foram reconhecidas pelo autuado, sendo providenciado o pagamento mediante adesão ao Parcelamento nº 2652515-1, conforme extrato acostado à fl. 213.

Após trâmite processual, a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação 5ª JF

que julgou como Procedente o Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 4 (quatro) imputações, conforme foi detalhadamente apresentada no Relatório, parte integrante do presente Acórdão.

Infração 01 não foi contestada. O contribuinte na segunda manifestação acostada aos autos, à fl. 204 reconhece a procedência dos valores lançados, atestando que os mesmos não foram recolhidos. Julgo procedente a infração 01.

Na infração 2 a exigência fiscal se encontra detalhada no CD anexado à fl. 21, cuja cópia foi entregue ao contribuinte. O principal argumento defensivo para elidir a acusação fiscal é de que o imposto já se encontrava retido pelos contribuintes remetentes das mercadorias nas operações de origem, iniciadas em outras unidades federativas. Conforme foi esclarecido na informação fiscal, as notas com o imposto já retido não compuseram o saldo devedor da infração.

Por sua vez não houve a juntada de qualquer prova documental pela defesa que demonstrasse que o ICMS foi retido e recolhido pelas empresas remetentes das demais mercadorias. Nem sequer foi acostada uma amostra de notas fiscais com os valores retidos na origem. Observo que a obrigação de retenção de recolhimento antecipado do imposto nas operações interestaduais decorre sempre de Convênio ou Protocolo firmado entre as unidades federadas envolvidas na operação. O item 02 do A.I. deve ser mantido sem qualquer alteração, pois não restou demonstrada a ocorrência da “bitributação” alegada pela defesa.

As infrações 3 e 4 estão relacionadas à obrigação do ICMS por antecipação parcial.

O contribuinte, na fase de defesa e intervenções subsequentes, alegou que a exigência fiscal não considerou o percentual correto de redução do imposto de 60%, gerando em consequência um “pseudo” crédito tributário em favor do Estado. Consignou que em diversos meses houve saldo a favor da impugnante. Argumentou ainda que a empresa dispunha da prerrogativa de pagar o ICMS – antecipação parcial limitado a 4% da receita bruta.

A autuante, por sua vez, na informação fiscal, afirmou ter aplicado em todos os exercícios fiscalizados o percentual de redução de 20%, previsto no art. 352-A, do RICMS/97 e art. 274 do RICMS/12, benefício que atinge os contribuintes cadastrados como empresas de pequeno porte. Ressalto, ainda, no exercício de 2011, a autuada permaneceu na faixa de receita de microempresas, fazendo jus ao percentual de redução de 60% e não de 20%, conforme foi calculado no Auto de Infração. Em função dessa circunstância, o ICMS da infração 04 foi reduzido, pela autuante, de R\$ 95.172,49 para R\$ 77.306,65, de acordo com a nova planilha (Demonstrativo 2.3 antecipação parcial), apensada à fl. 185 dos autos. Acrescentou a autuante em suas informações que em relação aos exercícios de 2012, 2013 e 2014 a autuada se manteve na condição de empresa de pequeno porte (EPP), visto que auferiu receita bruta anual superior a R\$ 360.000,00.

O demonstrativo que embasa as exigências fiscais contidas nos itens 2 e 3 do Auto de Infração estão inseridos às fls. 18/19 e 20, respectivamente.

Para o deslize da questão, observo que para a aplicação dos percentuais de redução do imposto devido a título de antecipação parcial é condição necessária que o contribuinte, inscrito como microempresa ou empresa de pequeno porte, proceda ao recolhimento integral do imposto no prazo regulamentar. Essa circunstância não verificou no caso concreto, visto que a agente fiscal efetuou lançamento de ofício para cobrar o ICMS que deixou de ser recolhido ou foi recolhido a menos.

A legislação de regência do imposto estabelece que no caso de antecipação parcial devida por empresas do regime simplificado de apuração as reduções de 60% e 20% estão condicionadas a que a empresa efetue pagamentos do tributo no prazo regulamentar, de forma espontânea, o que afasta a aplicação do benefício nas hipóteses de exigência do imposto por Auto de Infração. Justamente em razão do contribuinte não ter procedido ao pagamento do tributo nos prazos determinados na legislação é que houve o lançamento administrativo.

Vejamos o que prescreve os arts. 273 e 274 do ICMS/12 (Decreto nº 13.780/2012):

Art. 273. 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.

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.

Com as mesmas prescrições os §§ 4º e 5º do art. 352-A do RICMS/97.

No tocante a limite de recolhimento da antecipação parcial para as empresas do regime simplificado, no percentual de 4º das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas ou interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive transferências, o que for maior, verifiquei que a regra estabelecendo esse limitador encontra-se estampada no art. 275, do RICMS/12, com a seguinte redação:

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 à comercialização, inclusive as transferências, o que for maior.

É também pressuposto para a aplicação da regra acima que o contribuinte tivesse recolhido o tributo nos prazos da legislação, não podendo o referido benefício, que é condicionado, produzir efeitos em relação a tributo lançado de ofício.

Observe, por fim, que parte do crédito tributário objeto do presente lançamento foi parcelado, conforme atesta os relatórios juntados às fls. 213 a 216 dos autos. Os valores já recolhidos pelo sujeito passivo deverão ser homologados pela repartição fazendária.

Frente às razões acima expostas nosso voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, recomendando-se que em nova ação fiscal seja exigida as parcelas indevidamente reduzidas, no percentual de 20% (vinte por cento) na lavratura do presente Auto de Infração.

Inconformado com o julgamento de Primeira Instância, o autuado interpôs Recurso Voluntário tempestivo, às fls. 248 a 252, alegando necessidade de correções das Infrações 2 e 4.

No mérito da Infração 2, informa o recorrente que anexou as cópias das notas que sofreram retenção na fonte, todas demonstrando claramente os campos “base de cálculo do ICMS substituição” e “Valor do ICMS substituição” além de haver o respectivo acréscimo no campo “Valor total da Nota”. Por amostragem, cita a Nota Fiscal nº 58924 cujo valor dos produtos é de R\$1.880,71, consta no campo “Base de Cálculo do ICMS Substituição” o valor de R\$528,76 e “Valor do ICMS Substituição” de R\$70,76, implicando, então no campo “Valor total da Nota” o valor de R\$2.082,41 (R\$1.880,71 + R\$70,76), ou seja, claramente levado a cálculo pelo fornecedor, quando da emissão da nota fiscal e cobrados, juntamente com o valor dos produtos fornecidos, tudo conforme legislação pertinente.

Nesse mesmo contexto discorre que as notas analisadas pela autuante e relacionadas como exemplo em sua Informação Fiscal, possuem em seu campo “informações complementares” a observação contendo número de protocolo e/ou convênio, no nosso exemplo, a mesma nota fiscal tomada como modelo (Nota Fiscal nº 58924) possui no campo de informações complementares a observação “Protocolo 135110108049826” e “ICMS RET. PROT. 67/10”. Assim sendo, requer a exclusão da infração 2 do combatido Auto de Infração.

No que tange à Infração 4, contesta a Decisão da JJF que restabeleceu o lançamento de ofício para o valor original por entender que o sujeito passivo não teria direito à utilização da redução aplicada sobre o débito do ICMS da Antecipação Parcial, em razão de não ter pago o imposto no prazo regulamentar. Entende que ficou demonstrada a regularidade do pagamento, realizado em três vezes iguais e sucessivas nos termos da legislação pertinente, portanto, dentro do prazo regulamentar.

Por fim afirma que está claro o lapso do Auto de Infração, quanto ao levantamento da planilha DEMONSTRATIVO 2.3 – ANTECIPAÇÃO PARCIAL, pois deve ser considerada a redução de 60% e 20%, implicando na correção da coluna ICMS A PAGAR, para R\$8.205,25, além do fato de haver calculado tributo incidente sobre mercadorias que sofreram substituição, portanto com vida tributária encerrada, com pseudo levantamento da infração 2, que deverá ser excluída do texto do Auto de Infração em contenda, com o respectivo DEMONSTRATIVO 1.3.

Não houve Parecer Jurídico da PGE/PROFIS.

VOTO

Trata-se de empresa que têm como atividade principal o comércio varejista de artigos de

vestuário e acessórios e que oferecia tributação ao ICMS à época dos fatos geradores englobados neste PAF pelo regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na Lei Complementar 123/06 para as Micros e Pequenas Empresas (Simples Nacional).

O Auto de Infração em epígrafe cobra ICMS pela falta de recolhimento ou recolhimento à menor da Antecipação Tributária Total (Infrações 1 e 2) e da Antecipação Parcial (Infrações 3 e 4), referente as aquisições de fora do estado de mercadorias para comercialização, perfazendo um total de débito pelo valor histórico de R\$ 249.569,74. O período fiscalizado abrange os exercícios de 2011 a 2014.

Ainda em fase de impugnação, em relação à quarta infração o sujeito passivo alegou que não foi considerada a redução pela qual a empresa teria direito, de acordo com o Parágrafo 4º do Art. 352-A do RICMS/BA (Decreto nº 6.284/97) e Art. 273 do novo RICMS/BA, correspondente à 60% do valor apurado à título de Antecipação Parcial.

Ao analisar a legislação tributária, observei que esse benefício é concedido apenas para as microempresas, nas aquisições realizadas de estabelecimentos industriais, não estendendo o gozo para as Empresas de Pequeno Porte, conforme texto reproduzido abaixo, do RICMS/BA (Decreto nº 6.284/97).

(...)

§ 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. (...).

Em sua Informação Fiscal, o autuante assistiu razão ao autuado, em relação ao exercício de 2011, ano em que ainda estaria enquadrada como Microempresa, de acordo com faturamento refletido no extrato do Simples Nacional de janeiro/2011 extraído da DASN e acostado aos Autos à folha 186. Desta forma, reduziu o débito da quarta infração de R\$ 95.172,49 para R\$ 77.306,65.

A partir do exercício de 2012, o recorrente já estava enquadrado como Empresa de Pequeno Porte, já que o faturamento acumulado foi superior à R\$ 1 milhão (extratos DASN nas fls. 188 a 195) e por essa razão não era mais permitido a utilização da redução do valor à pagar à título de Antecipação Parcial, de 60%, cabendo-lhe desta forma o percentual de redução correspondente a 20%, desconto este também aplicado sobre o valor apurado. Assim o autuante manteve a autuação dos outros exercícios referente à Infração 4.

O valor principal total do AIIM que era de R\$ 249.569,74 passou a ser de R\$ 231.703,90.

Acontece que ao julgar o processo em Primeira Instância, a 5ª JF entendeu que se as Infrações tipificadas foram de falta de recolhimento ou recolhimento à menor e isso quer dizer que o autuado não efetuou ou o fez de forma parcial, o pagamento do ICMS Antecipação Parcial e desta forma não caberia nenhum tipo de redução do valor do imposto apurado e com essa conclusão restabeleceu o valor inicial lançado no Auto de Infração, para cobrar do autuado débito total de R\$ 249.569,74, além de recomendar que em nova ação seja exigida as parcelas indevidamente reduzidas no percentual de 20% no momento da lavratura do Auto de Infração.

Inconformado com essa Decisão o sujeito o passivo interpôs Recurso Voluntário.

Antes de adentrar na tese recursal, no manuseio dos Autos observei que nas fls. 213 a 216 constam documentos que comprovam que o recorrente efetuou parcelamento dos débitos cobrados nas Infrações 1 e 3, no valor principal total de R\$ 120.900,53 já tendo pago inclusive a parcela inicial, desta forma darei o debate das mesmas como encerrado, para me aprofundar no mérito das Infrações 2 e 4.

Na segunda infração, o autuante em sua informação fiscal lista uma série de notas (58924, 61322, 787, 464, 2721, 82679, 7579, 11390, 12984, 1787, 16176, 155294, 6750 e 493) para rebater a informação do sujeito passivo de que o ICMS Antecipação Total estava sendo cobrado em duplicidade.

Afirma que a coluna “ICMS à pagar” da planilha de cálculo a coluna destinada a informação do “valor à pagar” está zerada. Contudo se contradiz quando no parágrafo seguinte da mesma informação fiscal informa que nas notas referenciadas consta a indicação de que o imposto já havia sido antecipado, porém como não tinha sido identificado no SIGAT os respectivos recolhimentos, entendeu por bem manter a cobrança no Auto de Infração.

Já o autuado, diferentemente do que fez em sua impugnação, na tese recursal apresentou cópias de várias notas fiscais onde faz prova de que o imposto foi retido pelo fornecedor e posteriormente recolhido para o estado da Bahia através de GNRE's.

Da análise, pude constatar que o autuado anexou várias notas fiscais, onde constam de fato o destaque do ICMS-ST, dando à entender que o remetente repassaria o valor cobrado na nota fiscal para o estado da Bahia, todavia os fornecedores não possuíam inscrição de contribuinte substituto tributária à época dos fatos, ficando o recorrente qualificado como contribuinte solidário pelo pagamento do imposto supostamente não realizado, de acordo com o disposto no Inciso XV do Art. 6º da Lei nº 7.014/96, o qual transcrevo abaixo:

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.

Foram anexados apenas 4 (quatro) GNRE's com os respectivos comprovantes de pagamento fls. 267, 268, 276 e 282 dos presentes Autos, conforme planilha ilustrativa abaixo.

INFRAÇÃO	NF	CHAVE	DATA	VLR. NF	ICMS ANTEC.	DATA PAGTO. GNRE
2	787	3511.0460.3998.8800.0451.5500.0000.0007.8714.0086.0093	07/04/2011	R\$ 1.489,44	R\$ 152,80	07/04/2011
2	2721	3511.0807.1383.0700.0100.5500.2000.0027.2114.7475.7050	08/08/2011	R\$ 1.403,42	R\$ 244,18	09/08/2011
2	1579	3511.0908.8449.2200.0197.5500.1000.0015.7910.0001.5798	14/09/2011	R\$ 597,59	R\$ 97,40	14/09/2011
2	3020	3511.1002.7296.8700.0479.5500.1000.0030.2010.0373.4337	26/10/2011	R\$ 1.356,11	R\$ 31,60	26/10/2011
					R\$ 525,98	

Desta forma, diante da documentação probatória, assisto razão ao Recurso Voluntário, para reduzir o montante da Infração 2 de R\$ 33.476,72 para R\$ 32.950,74.

Ressalto que foram anexados mais dois comprovantes de pagamentos juntamente com a cópia da GNRE, referente às Notas Fiscais nºs 5186 e 7986, todavia não foram objeto de cobrança de ICMS por Antecipação Total sobre esses documentos na planilha elaborada pelo autuante.

No que tange à Infração 4, a discussão paira na redução do valor à pagar à título de Antecipação Parcial, conforme previsto nos Artigos 273 (vigente à época dos Autos) e 274 do novo RICMS/Ba. As mesmas prescrições constavam previstas nos Parágrafos 4º e 5º do Art. 352-A do RICMS/Ba (Decreto nº 6.274/97). O autuante elaborou planilha analítica, onde consta a informação nota a nota do valor devido nesta Infração. Ao analisá-la verifiquei que daquelas notas onde houve o pagamento do ICMS Antecipação Parcial no prazo regulamentar, foi considerado o desconto de acordo como previsto na legislação estadual, de 60% para o exercício de 2011 e 20% para os demais exercícios conforme já exposto acima. O autuado informa que efetuou o recolhimento do imposto em 3x iguais e sucessivos nos termos da legislação estadual, porém foi incapaz de citar o disposto legal que permitiu o recolhimento nestas condições.

Referente a esta Infração, discordando do julgamento de piso (que restabeleceu o valor desta Infração), por entender que o trabalho do autuante foi bastante minucioso, já que o mesmo cruzou os pagamentos do imposto por nota, considerou a devida redução apenas sobre aqueles valores pagos no prazo regulamentar, reformo o julgamento de piso, para reduzir o débito relativo à Infração 4 do Auto de Infração, para o valor de R\$ 77.326,65, fl. 185.

Tratando-se da infração 2, de matéria de fato, se o contribuinte dispuser de outros documentos probatórios capazes de atestar que houve o efetivo recolhimento do ICMS-ST ao estado da Bahia destacado em cada nota fiscal com o referido imposto destacado (a exemplo do que fez com as

quatro notas consideradas neste voto) poderá, com fulcro no quanto previsto no artigo 113 do RPAF, requerer a revisão do lançamento em sede de controle de legalidade.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário. Assim, o débito do Auto de Infração é o seguinte:

INF.	RESULTADO	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO-JJF	VLR. JULGADO-CJF	MULTA
01	RECONHECIDA	9.909,22	9.909,22	9.909,22	60%
02	PROCEDENTE EM PARTE	33.476,72	33.476,72	32.950,74	60%
03	RECONHECIDA	110.991,31	110.991,31	110.991,31	60%
04	PROCEDENTE EM PARTE	95.192,49	95.192,49	77.326,65	60%
TOTAL		249.569,74	249.569,74	231.177,92	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **210585.0032/15-4**, lavrado contra **DANTE COMÉRCIO DE CONFECÇÕES E CALÇADOS LTDA. (BABY GLES) - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$231.177,92**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os pagamentos já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS