

A. I. Nº - 211841.0005/16-9
AUTUADA - COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO VINTE E OITO DE DEZEMBRO
AUTUANTE - CARLOS LUIZ DA LUZ EVANGELISTA
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 14.10.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0162-05/16

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. EMPRESA ENQUADRADA NO SIMPLES NACIONAL. **a)** “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. FALTA DE PAGAMENTO E PAGAMENTO EFETUADO A MENOS. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. FALTA DE PAGAMENTO. O sujeito passivo contestou as exigências fiscais alegando a ausência de elementos que comprovassem ou justificassem os valores reclamados. Pediu a aplicação das alíquotas diferenciadas e das reduções aplicáveis às empresas optantes do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos por Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional. Alegou cerceamento ao seu direito de defesa. Insustentabilidade das teses defensivas. Exigência do imposto lastreada em normas válidas, que determinam a obrigação de recolhimento do ICMS - antecipação parcial e/ou total independente do regime de apuração adotado pela empresa adquirente das mercadorias. Infrações devidamente comprovadas a partir das notas fiscais eletrônicas (DANFEs) juntadas ao processo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 15/02/2016, para exigir ICMS no principal de R\$403.346,11, contendo as seguintes imputações:

Infração 01 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições provenientes de fora do Estado. Juntados ao PAF: edital de intimação/planilha de cálculos/Demonstrativos de débitos e DANFEs respectivos (fls. 12 a 130). Ocorrências verificadas nos meses de junho, julho, agosto, setembro e outubro do exercício de 2015. Valor exigido: R\$303.795,52, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições provenientes de fora do Estado. Ocorrências verificadas nos meses de junho, julho, agosto, setembro e outubro do exercício de 2015. Valor exigido: R\$99.550,59, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do lançamento através de seu sócio/administrador, o Sr. José Carlos Oliveira da Silva, através de citação por correio, via AR (aviso de recebimento – doc. fl. 142).

Através da petição de defesa anexada às fls. 144 a 147, o autuado, após destacar a tempestividade da medida impugnatória, alegou que o lançamento de ofício não continha elementos que comprovassem e justificassem o valor reclamado, na cifra de R\$403.346,11 para uma empresa

pequena. Que pelo porte da empresa teria direito às alíquotas diferenciadas e reduções previstas no regulamento para microempresas e empresas de pequeno porte inscritas do Simples Nacional.

Que só tomou conhecimento do presente Auto de Infração quando teve que comparecer à Inspetoria para resolver outros assuntos. Que a partir do ano de 2001 teve que diminuir suas operações por conta de baixa movimentação comercial ocorrida na cidade de Ubaitaba-Ba, até fechar as portas.

Aduziu, entretanto, não ter sido intimado a apresentar livros e documentos fiscais configurando cerceamento do seu direito de defesa. Por fim, requereu a improcedência do Auto de Infração pela não aplicação das alíquotas incidentes nas operações promovidas por empresas de pequeno porte, inscritas no Simples Nacional, e o valor da infração era totalmente incompatível com o capital da empresa.

A autuante, na informação fiscal, disse serem descabidas as alegações do autuado.

Afirmou que o autuado foi devidamente intimado (doc. fls. 12) a apresentar Livros e Documentos Fiscais, relativos aos períodos 01/01/2015 a 04/11/2015, nos termos do art. 108, §1º do RPAF – Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, “*in verbis*”:

Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

§ 1º. A intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal.

Passou em seguida a discorrer acerca da antecipação parcial. Disse que a antecipação parcial se constitui na antecipação de parte do imposto, que não encerra a fase de tributação da mercadoria, e é calculado aplicando-se a alíquota interna sobre o valor da operação constante no documento fiscal de aquisição, excluindo-se do valor obtido o crédito fiscal destacado. Quando se tratar de empresa optante do Simples Nacional, o imposto será calculado na forma prevista no art. 321, inciso VII, letra “b”, do RICMS/BA, que prevê que a cobrança será quantificada entre a diferença da alíquota interna e da alíquota interestadual.

Que a antecipação parcial do imposto está relacionada às aquisições interestaduais de mercadorias que são destinadas a comercialização pela empresa, tendo por fato gerador as entradas interestaduais para comercialização, inclusive a título de transferência entre estabelecimentos da mesma empresa, conforme art. 12-A da Lei nº 7.014/96.

Discorreu em seguida que a base de cálculo da Antecipação Parcial é composta do valor total da operação constante no documento fiscal – incluindo o IPI (imposto sobre produtos industrializados) quando houver na operação; - incluindo o valor do frete (se estiver na nota fiscal), bem como demais despesas acessórias que agregam o valor do produto, a exemplo de seguro da mercadoria. Ou seja, a base de cálculo é composta de todos os itens que compõem o custo da mercadoria, o que representa o campo na nota fiscal denominado “Valor Total da Nota”.

Em seguida consignou na peça informativa que estão obrigados ao recolhimento do ICMS - antecipação parcial e/ou total: o adquirente no Estado da Bahia, independente do regime de apuração; (seja NORMAL, MICROEMPRESA, EMPRESA DE PEQUENO PORTE e MICROEMPRESÁRIO INDIVIDUAL).

Afirmou também ser da responsabilidade do próprio contribuinte fazer a apuração da antecipação parcial/total, exceto se estiver descredenciado, e não realizar o pagamento antes da mercadoria entrar no território baiano, hipótese em que a antecipação será exigida de ofício.

Declarou, mais à frente, que as reduções previstas nos arts. 273 e 274 do RICMS/12 são decorrentes de aquisições efetuadas por contribuintes enquadrados na condição de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, independente da receita bruta, na hipótese de o contribuinte recolher o tributo dentro do prazo regulamentar. Que no caso em exame não houve pagamento algum

referente às aquisições interestaduais realizadas pelo autuado, conforme demonstrado às fls. 08 e 09 do PAF.

Detalhou, linhas à frente, que o estabelecimento autuado realizou operações de compra de mercadorias em outros estados nos meses de JUNHO/JULHO/AGOSTO/SETEMBRO e OUTUBRO de 2015, no valor total de R\$ 2.283.066,15 (dois milhões, duzentos e oitenta e três mil, sessenta e seis reais e quinze centavos), conforme demonstrativos e NF-es acostados ao processo, às fls. 16 a 130, não efetuando os pagamentos referentes a antecipação parcial e total, devidos pelas aquisições interestaduais.

Transcreveu na peça informativa algumas normas de regência do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributo e Contribuições – Simples Nacional:

Art. 319. O Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e empresas de pequeno porte – Simples Nacional obedecerá ao disposto na Lei Federal Complementar nº 123 de 14/12/2006, às resoluções do Comitê Gestor de Tributação das microempresas e empresas de pequeno porte e, no que couber, as normas da legislação do ICMS.

Art. 321. 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 no Distrito Federal.

a) Com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do artigo 18 da Lei Complementar 123 de 14/12/2006;

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 prejuízos das reduções previstas nos artigos. 273 e 274.

§ 1º A diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que tratam a alínea “b” do inciso VII e o inciso VII deste artigo será calculada tomando-se por base as alíquotas aplicáveis aos contribuintes não optantes pelo Simples Nacional.

Esclareceu que o estabelecimento autuado tornou-se INAPTO por força do art. 27, inciso I, do RICMS/BA, com a seguinte redação:

Art. 27. Dar-se-á a inaptidão da inscrição, por iniciativa da repartição fazendária:

I - Quando ficar comprovado, através de diligência fiscal, que o contribuinte não exerce atividade no endereço indicado.

Pontuou não houve requerimento de pedido de baixa pelo autuado, conf. preceitua o art. 28, §§ 3º, 4º e 6º RICMS/BA.

Salientou que a INAPTIDÃO não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados tributos e respectivas penalidades, decorrentes da falta de cumprimento das obrigações fiscais ou em razão da prática comprovada e apurada em processo administrativo ou judicial de outras irregularidades praticadas, conforme art. 29. §1º, do RICMS, com a seguinte redação:

Art. 29 (...).

§ 1º - A baixa da inscrição nos termos deste artigo não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados tributos e respectivas penalidades, decorrente da falta de cumprimento de obrigação ou prática comprovada e apurada em processo administrativo ou judicial de outras irregularidades praticadas pelos mesmos.

Ao concluir a peça informativa disse que a empresa autuada adquiriu mercadorias em outras unidades da federação, no ano de 2015, no valor total de R\$2.283.066,15 sem o devido pagamento do ICMS referente à antecipação tributária parcial e/ou total, conforme o disposto no art. 332, inc. III, alínea “a” e “b” do RICMS/BA.

Requeru, ao final, que o Auto de Infração seja julgado TOTALMENTE PROCEDENTE.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 2 (duas) imputações, conforme foi detalhadamente apresentado no Relatório, parte integrante do presente Acórdão.

As exigências fiscais em exame recaíram sobre a incidência de ICMS nas operações de aquisição em outras unidades da Federação de mercadorias por empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Contribuições, devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional. As referidas operações se encontravam submetidas ao recolhimento do ICMS por antecipação tributária total, com encerramento da fase de tributação (infração 01), ou ao pagamento do imposto por antecipação parcial (infração 02).

Inicialmente faz-se necessário destacar que o Auto de Infração tem por lastro probatório as notas fiscais eletrônicas (DANFES) que acobertam as aquisições de mercadorias promovidas pelo estabelecimento autuado, juntados ao PAF, pelo autuante, às fls. 21 a 130. A partir desses documentos fiscais foram elaboradas as planilhas (Demonstrativos), representativas do cálculo do ICMS devido tanto a título de ICMS – Antecipação Total, com MVA (margem de valor agregado) como a título de ICMS parcial.

Sem respaldo, portanto, o argumento defensivo de que o lançamento de ofício em exame não dispunha de elementos que comprovassem ou justificassem os valores reclamados.

Também não merece acolhimento a alegação do contribuinte de que houve cerceamento ao seu direito de defesa, visto que mesmo estando o estabelecimento comercial desativado/fechado, todos os atos do processo foram objeto de notificação ao autuado, conforme atesta a intimação realizada pela via postal, anexada às fls. 134/138, com recebimento pelo sócio - administrador da empresa, o Sr. José Carlos Oliveira da Silva. Devidamente intimado, em 12/04/2016, ao contribuinte foi ofertado, na forma da lei, o prazo de 60 (sessenta) dias para a apresentação da peça de defesa, direito que foi plenamente exercido em 10/06/2016, através da petição juntada às fls. 144/147.

No tocante ao mérito das cobranças lançadas no Auto de Infração, observo que a ação fiscal foi desenvolvida aplicando ao caso concreto o disposto no art. 13, § 1º, inc. XIII, da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, com a redação que lhe deu a Lei Complementar nº 128, de 19/12/2008, transcrito abaixo:

"Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:
[...]

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;
[...]

§ 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;"

Na antecipação com encerramento da fase de tributação, que abarca a infração 01, a arrecadação do imposto é integralmente satisfeita quando do recolhimento do ICMS. Na ocorrência efetiva do

fato gerador, outrora presumido, não há nova incidência tributária e tampouco diferença a recolher. Sendo assim as receitas dessas operações são segregadas da receita sobre a qual incide as alíquotas do imposto a ser recolhido na forma prevista na Lei do Simples Nacional. É o que dispõe o parágrafo primeiro do artigo 13 da LC nº 123/06, com redação dada pela LC nº 128/08 c/c art. 18, § 4-A, inc. I, da mencionada Lei Complementar, que contém o seguinte comando normativo:

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação das alíquotas constantes das tabelas dos Anexos I a VI desta Lei Complementar sobre a base de cálculo de que trata o § 3º deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3º;

(...)

§ 4º-A. - O contribuinte deverá segregar, também, as receitas:

I - decorrentes de operações ou prestações sujeitas à tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), bem como, em relação ao ICMS, que o imposto já tenha sido recolhido por substituto tributário ou por antecipação tributária com encerramento de tributação;

Na mesma diretiva a Resolução nº 94, de 29 de novembro de 2011, do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), conforme redação contida no art. 29, com a seguinte redação:

Art. 29 – Quanto ao ICMS, na hipótese de a ME ou EPP optante do Simples Nacional se encontrar na condição de substituída tributária, as receitas decorrentes deverão ser segregadas na forma do inciso I do § 8º do art. 25-A. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º; art. 18, § 4º, incisos IV, 12, 13 e 14).

Na infração 02 a cobrança está relacionada ao ICMS antecipação parcial. O contribuinte, na peça defensiva, afirmou que essa cobrança, em relação às empresas enquadradas no Simples Nacional, deveria ter sido realizada seguindo a sistemática de cálculo e as alíquotas específicas, aplicáveis às microempresas e empresas de pequeno porte optantes, com as reduções previstas nas normas de regência do ICMS.

A exigência de ICMS por antecipação parcial prevista na norma do RICMS/12 tem por fonte direta as disposições da Lei nº 7.014/96, no art. 12-A, com a seguinte redação:

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.

Essa foi a norma legal de que se valeu o autuante para fundamentar o lançamento de ofício, combinado com as disposições do art. 321, inc. VII, letra “b”, do RICMS – BA (Dec. nº 13.780/2012).

Conforme observou acertadamente o autuante, na fase de informação, é obrigatório o recolhimento do ICMS - antecipação parcial e/ou total - independente do regime de apuração adotado pela empresa adquirente das mercadorias, seja NORMAL, MICROEMPRESA, EMPRESA DE PEQUENO PORTE ou MICROEMPRESÁRIO INDIVIDUAL.

No que se refere aos reclamos da defesa relacionados ao cálculo do ICMS antecipação parcial, observo que para a aplicação dos percentuais de redução do imposto é condição necessária que o contribuinte, inscrito como microempresa ou empresa de pequeno porte, proceda ao recolhimento integral do tributo nos prazos fixados na legislação. Essa circunstância não se 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 ICMS antecipação parcial, devido por empresas do regime simplificado de apuração, as reduções de 60% e 20% estão condicionadas a que a empresa efetue os 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 RICMS/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.

Isto posto, e considerando que o contribuinte não conseguiu elidir as infrações que lhe foram imputadas, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA TOTAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **211841.0005/16-9**, lavrado contra **COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO VINTE E OITO DE DEZEMBRO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$403.346,11**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2016.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA– JULGADOR

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – JULGADOR