

A. I. N° - 217438.0001/16-1
AUTUADO - BACELLAR ALIMENTOS LTDA. - ME
AUTUANTE - MARIA CELESTE DE ARAÚJO MOURA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13.07.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0115-05/17

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS EM OUTRA UNIDADE FEDERADA. Acolhida parte das arguições defensivas. Refeitos os cálculos do imposto devido. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/06/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico de R\$56.516,22, em razão do cometimento da seguinte imputação: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, relativos aos meses de janeiro a outubro e dezembro de 2012, janeiro, fevereiro, maio, julho e novembro de 2013, março, a junho e dezembro de 2014, acrescido da multa de 60%.

O sujeito passivo, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresenta impugnação, fls. 149/159.

Contesta a suposta imposição da autuação e defende que a acusação não pode prosperar:

- i) seja porque se comprovará que o ICMS-Antecipação parcial não é devido nas operações “canceladas”, onde houve a devolução das mercadorias aos fornecedores;
- ii) seja porque parte do imposto foi recolhido e, por um lapso da fiscalização, o DAE com a identificação da Nota fiscal respectiva não foi devidamente analisado;
- iii) tendo em vista que parte do período autuado foi parcelado de forma prévia à autuação;
- iv) ainda nas hipóteses em que o comprovante de recolhimento não esteja devidamente comprovado, o pagamento do ICMS foi devidamente feito nas saídas promovidas em razão da venda das mercadorias, de forma que poderia se cogitar apenas na aplicação de multa e, por fim;
- v) porque não foi observado que uma parte do período autuado tinha o limite de “4%” para apuração do valor total do imposto a recolher, conforme previsto no art. 352-A do RICMS/97, vigente até 31/03/2012.

O impugnante alega a não ocorrência de parte dos fatos geradores em razão de devolução de mercadorias e da realização do pagamento ICMS de antecipação parcial.

Quanto às mercadorias devolvidas, diz que uma parte dos supostos fatos geradores não ocorreu, pois as mercadorias que iriam ser comercializadas acabaram sendo devolvidas pelo próprio impugnante ou pelo remetente, pelo desfazimento do negócio, conforme passa a ser demonstrado:

- 1) Nota Fiscal n° 379.123 (Queijo Mussarela) – Valor do ICMS = R\$474,44 (Doc. 02);
- 2) Nota Fiscal n° 071.927 (Azeitona; Pepino e Alcaparra) – Valor do ICMS = R\$421,19 (Doc. 03);
- 3) Nota Fiscal n° 325.638 (Queijo Mussarela) – Valor do ICMS = R\$9161,64 (Doc. 04); e
- 4) Nota Fiscal n° 014.247 (Catchup e Maionese) – Valor do ICMS = R\$193,90 (Doc. 05).

Pontua que, por meio de uma simples conferência nas Notas Fiscais supracitadas, nota-se que o fato gerador do ICMS não ocorreu, pois apesar de terem sido emitidas Notas Fiscais, as

mercadorias não foram comercializadas, em razão de terem sido devolvidas. Inclusive, ressalta o impugnante que em alguns destes casos a mercadoria sequer foi requerida, e não houve a circulação das mercadorias, tendo sido um mero erro da empresa remetente que prontamente emitiu notas fiscais constando que houve “*retorno de mercadoria não entregue ao destinatário*”.

Destaca que como o RICMS/97 e o RICMS/2012 preveem que apenas mercadorias destinadas à comercialização serão tributadas pelo ICMS da antecipação parcial, não se mostra legítima a cobrança desse imposto daquelas mercadorias que retornaram ao fornecedor.

Quanto ao ICMS de Antecipação Parcial recolhido, discorre que além da inoccorrência dos fatos geradores demonstrados, ressalta que o Autuante terminou autuando operações cujo ICMS de Antecipação Parcial já foi recolhido, conforme:

- 1) Nota Fiscal nº 136.503 – O imposto já foi devidamente recolhido, conforme se pode visualizar no DAE e no comprovante de recolhimento em anexo (Doc. 06);
- 2) Nota Fiscal nº 136.832 – O imposto já foi devidamente recolhido, conforme se pode visualizar no DAE e no comprovante de recolhimento em anexo (Doc. 06);
- 3) Nota Fiscal nº 266.924 – O imposto já foi devidamente recolhido, conforme se pode visualizar no DAE e no comprovante de recolhimento em anexo (Doc. 06); e
- 4) Nota Fiscal nº 893.323 - O imposto já foi devidamente recolhido, conforme se pode visualizar no DAE e no comprovante de recolhimento em anexo (Doc. 07).

Desta forma, requer pela exclusão dos valores que estão sendo cobrados e que comprovadamente já foram devidamente recolhidos.

Imputa razões quanto ao abatimento a ser realizado em razão da adesão ao parcelamento. Disse que aderiu ao parcelamento em 15/01/2013, no qual realizou o pagamento no valor de R\$12.610,17, conforme se pode visualizar no extrato em anexo obtido junto à própria SEFAZ-BA.

Salienta que possivelmente o referido parcelamento abrange parte dos valores cobrados no auto de infração ora impugnado. Chama atenção para o fato de que não conseguiu “abrir” todos os valores que compuseram o referido parcelamento em razão do extravio de alguns de seus documentos, de forma que a mesma está empreendendo diligências junto ao Fisco para ter essa devida identificação.

Alega o pagamento do ICMS nas saídas das mercadorias. Afirma que não desconhece o fato de que parte das operações analisadas pode ter, por algum lapso de controle, omissão de recolhimento do ICMS de antecipação parcial, mas entende que tal fato, isoladamente analisado, poderia conduzir à cobrança apenas de multa. Afinal, o autuado tributou todas as saídas de mercadorias, o que significa dizer que as mercadorias autuadas já serviram de base para recolhimento do imposto pela saída, mas isso não foi devidamente apurado.

Entende que, sem que tenha havido o completo exame de sua contabilidade, a autuação poderia envolver apenas a aplicação de multa de 60% pelo não recolhimento tempestivo do imposto, conforme previsto pelo art. 42, II, da Lei nº 7014/96.

Ressalta que mesmo essa multa de 60%, se verificado que o recolhimento do imposto aconteceu, poderia ser inclusive reduzida na medida em que não foram praticadas com dolo, fraude ou simulação, além de não terem implicado qualquer falta de recolhimento do imposto. Junta, nesse sentido, o Acórdão CJF nº 0206-12/05, da 2ª CJF e Acórdão JF nº 0186-01/02, da 1ª JF.

Requer a substituição da cobrança de imposto e multa por apenas multa, e que esta seja reduzida, data vênica, pois a ausência de recolhimento de ICMS de uma determinada operação analisando-se apenas as entradas não pode levar à conclusão que o imposto não foi pago na etapa seguinte, em razão das vendas realizadas.

Argui quanto ao limite de “4%” para apuração do valor total do imposto a recolher, conforme art. 352-a do RICMS/97, vigente até 31/03/2012. Assevera que o último ponto a ser abordado reside no

fato de que parte do período autuado (janeiro, fevereiro e março de 2012) possuía o limitador de 4% do imposto a pagar tendo como base o valor das entradas, conforme expressamente previsto pelo § 6º do art. 352-A do RICMS/97 – reproduz.

Conclui que pela análise da autuação não se pode dizer que esse limite foi observado pela ilustre fiscalização autuante, e nesse sentido o autuado entende que isso precisa ser agora esclarecido nas informações fiscais, ou mesmo que seja autorizada uma revisão fiscal para se apurar este ponto, pois o autuado não pode ser obrigado a suportar uma carga tributária com a desconsideração dos benefícios de ser uma Microempresa.

Por fim, requer que seja o Auto de Infração julgado improcedente.

Na informação fiscal, fls. 192/194, o autuante reproduz a infração, verifica as razões de defesa e resume a peça impugnatória, conforme segue:

1. Exclusão das Notas Fiscais que houve a devolução das mercadorias aos fornecedores;
2. Exclusão das Notas Fiscais cujo DAES comprovam o pagamento do respectivo imposto;
3. Acolhimento dos pagamentos efetuados através do parcelamento realizado em 15/01/2013 no valor de R\$12.610,17;
4. Aplicação unicamente da multa nas hipóteses em que o comprovante de recolhimento do imposto não esteja devidamente comprovado, em razão do pagamento do imposto ter sido realizado nas saídas promovidas pelas vendas das mercadorias;
5. Reconhecimento do limite de 4% para apuração do valor total do imposto devido referente aos meses de Janeiro, Fevereiro e Março de 2012.

Informa que em 25/10/2016, foi apresentada a Informação Fiscal por parte da autuante que, após levantamentos dos documentos fiscais apresentados pelo contribuinte, e confronto destes com os dados existentes nos sistemas da SEFAZ/BA, acolheu as argumentações elencadas nos itens 1, 2 e 5, sendo apurado um novo cálculo no valor histórico de R\$38.723,50 relativos aos exercícios de 2012, 2013 e 2014, referente à antecipação parcial.

Destaca que em 07/12/2016 houve novo pronunciamento do autuado, reiterando para que seja cobrada, em relação ao novo valor calculado, apenas a multa, e não o ICMS antecipação parcial das mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação, por conta do imposto ter sido recolhido no momento da saída promovida pelas vendas das respectivas mercadorias.

Quanto ao parcelamento, afirma que se trata de outro período entre 30/07/2010 a 30/11/2011, com recolhimento das parcelas entre 14/01/2013 a 20/09/2014, descabendo a solicitação de dedução efetuada pela defesa.

Nas contrarrazões, pontua que a Lei Complementar nº 123/2006, que estabelece normas gerais relativas às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES NACIONAL), no seu Art. 13, § 1º, Inciso XIII, Alínea g, não exclui as operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados. Assim como o RICMS/BA no seu Artigo 332, Inciso III, alínea b, assinala:

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:

b) não enquadradas no regime de substituição tributária e destinadas à comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS;

Desta forma, cabe ao Fisco a cobrança do imposto conjuntamente com a multa, nas situações da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial.

Por todo o exposto, sustenta que não procede o pedido realizado pelo autuado, mantendo o valor histórico calculado, ou seja, R\$38.723,50.

Na fl. 213, o representante do autuado, manifesta sobre a informação fiscal apresentada e reitera o

seu pedido para que lhe seja cobrado, em relação à parte mantida, apenas a multa e não o ICMS de antecipação parcial, em relação às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, por conta do imposto ter sido na época devidamente recolhido no momento da saída, conforme pode ser comprovado através da diligência fiscal, no qual requer, nesta oportunidade.

Em resposta à manifestação do contribuinte, a autuante, junta informação fiscal, fls. 216/218, repetindo todos os fatos já expostos na primeira peça fiscal apresentada em folhas anteriores, salientando os mesmo fatos trazidos e mantendo/ratificando a informação fiscal no valor de R\$38.723,50.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla apenas uma infração, que imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento do imposto devido por antecipação parcial.

O impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os documentos que entendeu necessários para fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual. Assim, não havendo óbice à manifestação da defesa e, considerando que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a se produzir, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” indefiro a solicitação de diligência, na medida em que, inclusive, a mesma carece de objeto, tendo em vista que, mesmo confirmada a tributação nas saídas das mercadorias, não modifica o entendimento que será alinhado no presente voto.

Conforme resumo que o autuante faz em sua informação fiscal, a defesa alega:

1. Exclusão das Notas Fiscais que houve a devolução das mercadorias aos fornecedores;
2. Exclusão das Notas Fiscais cujo DAES comprovam o pagamento do respectivo imposto;
3. Acolhimento dos pagamentos efetuados através do parcelamento realizado em 15/01/2013 no valor de R\$12.610,17;
4. Aplicação unicamente da multa nas hipóteses em que o comprovante de recolhimento do imposto não esteja devidamente comprovado, em razão do pagamento do imposto ter sido realizado nas saídas promovidas pelas vendas das mercadorias;
5. Reconhecimento do limite de 4% para apuração do valor total do imposto devido referente aos meses de Janeiro, Fevereiro e Março de 2012.

O autuante, acertadamente, acolhe as argumentações elencadas nos itens 1, 2 e 5, ou seja, efetua a exclusão das Notas Fiscais que houve a devolução das mercadorias aos fornecedores, conforme indicadas na defesa; exclui, também, as Notas Fiscais cujo DAES, apresentados na peça defensiva, comprovam o pagamento do respectivo imposto e reconhece do limite de 4% para apuração do valor total do imposto devido referente aos meses de Janeiro, Fevereiro e Março de 2012.

No que tange ao parcelamento, conforme consta da informação fiscal, se trata de outro período entre 30/07/2010 a 30/11/2011, em consonância com o demonstrativo à fl. 196, com recolhimento das parcelas entre 14/01/2013 a 20/09/2014, demonstrativos às fls. 197 e 198 dos autos, descabendo a solicitação de dedução efetuada pela defesa, na medida em que se trata de período distinto do autuado.

O sujeito passivo argui que deve ser aplicada apenas a multa por descumprimento da obrigação acessória de recolher tempestivamente o imposto devido por antecipação parcial, contudo não cabe tal arguição, na medida em que, na apuração do imposto devido pelo Simples Nacional não são segregados os valores pagos por antecipação parcial, cabendo a aplicação do Artigo 332, Inciso III, alínea b, do RICMS/12, a Lei Complementar nº 123/2006 no seu Art. 13, § 1º, Inciso XIII, Alínea g, bem como a Resolução CGSN n. 51/2008.

Na apuração do imposto devido no Simples Nacional, portanto, não cabe a dedução do imposto pago por antecipação parcial, a cobrança é cumulativa, ou seja, o imposto da antecipação parcial é pago independente do pagamento do imposto devido com a apuração através do Simples Nacional. Diferente, portanto, do que ocorre com o contribuinte do sistema normal de apuração que pode utilizar como crédito o imposto pago por antecipação parcial e recolher integralmente o imposto nas saídas das mercadorias.

Com efeito, se deflui dos dispositivos legais que regulam a apuração do imposto devido através do Simples Nacional, que o imposto exigido através da antecipação parcial, se constitui em uma parte do imposto devido que será acrescido do pagamento posterior quando da apuração mensal. Assim, não há como imputar ao contribuinte do Simples Nacional, quando deixa de recolher o imposto por antecipação parcial, o descumprimento de uma obrigação acessória e sim apenas e exclusivamente o descumprimento de uma obrigação principal.

Diante do exposto, cabe não apenas a exigência do imposto devido por antecipação parcial não recolhido aos cofres públicos, como também a exigência da multa aplicada.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com o valor devido remanescente de R\$38.723,50.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **217438.0001/16-1**, lavrado contra **BACELLAR ALIMENTOS LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$38.723,50**, 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, 27 de junho de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA