

PROCESSO - A. I. N° 232177.3035/16-0
RECORRENTE - ACALI DOMINGOS DOS SANTOS - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2^a JJF n° 0110-02/17
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 01/08/2018

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0140-11/18

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTIBUINTE ENQUADRADO NO REGIME DO SIMPLES NACIONAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a.1)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **a.2)** RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Sobre questões de mérito o defendante manteve-se silente. Itens subsistentes. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. CONTIBUINTE ENQUADRADO NO REGIME DO SIMPLES NACIONAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Sobre questões de mérito o defendante manteve-se silente. Item Subsistente. **b)** RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. 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 constante do documento fiscal de aquisição, deduzido o valor do imposto destacado no próprio documento. Em relação a cada estabelecimento de contribuinte credenciado, para pagamento no prazo previsto no § 7º do art. 125, ou seja, até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, 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. A fruição deste limite, é perdida, com a ocorrência de pagamento a menor do imposto, em relação às notas fiscais devidamente registradas. Razões de defesa não são capazes de elidir a acusação fiscal. Item subsistente. Afastadas as preliminares de nulidade do lançamento. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário impetrado pelo recorrente em relação ao Acórdão JJF nº 0110-02/17, exarado pela 2ª JJF, em julgamento de piso do Auto de Infração nº 232177.3035/16-0, lavrado em 17.11.2016, fls. 11 a 18 e CD/mídia à fl. 19, que julgou Procedente, determinando o pagamento do ICMS no valor de R\$186.569,23.

No Auto de Infração o autuante aponta as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 01 – 07.21.01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de: janeiro, maio, julho, outubro, novembro e dezembro de 2014 e janeiro, maio, setembro, outubro e novembro de 2015 e março e agosto de 2016, conforme demonstrativo à fl. 11 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$18.381,96, com enquadramento no art. 34 inc. III da Lei 7.014/96, c/c art. 289, §1º, inc. III alínea “b” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 02 – 07.21.02: Efetuou o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, 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, nos meses de fevereiro, março, abril, agosto, setembro de 2014, março, abril, junho, julho, agosto e dezembro de 2015 e abril de 2016, conforme demonstrativo à fl. 12 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$46.600,82, com enquadramento no art. 34 inc. III da Lei 7.014/96, c/c art. 289, § 1º, inc. III alínea “b” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 03 – 07.21.03: 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, nos meses de abril, maio, junho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2014 e março, maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2015 e janeiro, fevereiro, março, abril, maio, julho, agosto e setembro de 2016, conforme demonstrativo à fl. 13 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$97.279,73, com enquadramento no art. 12-A da Lei 7.014/96, c/c art. 321, inc. VII, alínea “b” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 04 – 07.21.04: Efetuou o recolhimento a menor 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, nos meses de janeiro, fevereiro, março e julho de 2014, abril de 2015 e junho de 2016, conforme demonstrativo à fl. 14 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$24.306,72, com enquadramento no art. 12-A da Lei 7.014/96, c/c art. 321, inc. VII, alínea “b” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Apresentada a peça defensiva por parte da autuada, foi o processo dado vistas ao autuante e, de posse, das informações e alegações, assim se pronunciou a 2ª JJF:

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Preliminarmente o sujeito passivo argüi os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, destacando que é fundamental, no processo administrativo fiscal, o auto de infração conter a origem e a natureza do crédito tributário, mencionar o dispositivo legal em que se fundamenta e a descrição completa dos fatos que ensejaram a autuação. Isto posto, não vejo como lograr êxito tal argüição. Como bem destacou a d. agente Fiscal, em sede de Informação Fiscal, às fls. 34/36 dos autos, têm-se as descrições das infrações às fls. 01/04, atendendo ao que dispõe o RPAF/BA, aprovado pelo decreto nº 7.629/99, que estabelece normas de procedimento no processo administrativo no âmbito do Estado da Bahia, onde se vê claramente a natureza da infração, o autuado, o enquadramento da autuação e o montante do débito, elementos básicos e fundamentais na constituição do lançamento do crédito tributário.

Nas fls. 11/18, têm-se os demonstrativos constitutivos de todo o Auto de Infração, em tela, com o débito da infração 1 apurado no demonstrativo de fl. 11, o débito da infração 2 apurado no demonstrativo de fl. 12, o débito da infração 3 apurado no demonstrativo de fl. 13 e o débito da infração 4 apurado no demonstrativo de fl. 14. Todos amparados por arquivos eletrônicos analíticos e entregues em mídia "CD", conforme "Recibo de

Arquivos Eletrônicos" assinado pelo preposto/representante legal à fl. 20 dos autos.

Vê-se, ainda, em considerações de preliminares desenvolvidas pelo sujeito passivo, a afirmação de que o CD/mídia recebido consta, cópias de notas, mas não existe um demonstrativo que identifique as supostas notas que não foram recolhidos o ICMS antecipação parcial e substituição tributária, o que consequentemente, à luz do seu entendimento, gera um cerceamento de defesa, e assim a aplicação da nulidade do Auto de Infração.

Tal afirmação não prospera, vez que, em sede de instrução do presente processo, fiz acesso ao CD/mídia, onde pude constatar que todas informações argüidas pelo defensor estão todas no citado CD/mídia, com o adendo de que, o autuante, em sede de Informação Fiscal, desenvolveu a impressão de todas as planilhas analíticas ali contidas, acostadas às fls. 38 a 184 dos autos, onde se vê claramente todas as notas objeto da autuação, bem assim a discriminação dos itens de informações que foram utilizadas - "nº da nota fiscal", "data de emissão", "CFOP", "NCM", "alíquota de origem", "valor da mercadoria", "base de cálculo", "alíquota interna", "ICMS devido", "ICMS pago", "ICMS a Pagar", entre outras informações - na constituição dos créditos ora em análise, inclusive dando ciência ao sujeito passivo, com prazo para manifestar na forma da legislação, o que o fez, sem tampouco trazer quaisquer novos argumentos, que não os já explicitados em sede defesa.

Em sendo assim, afasto as preliminares de nulidades do lançamento aventadas pelo defensor.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ao sujeito passivo o ICMS por antecipação tributária de diversos produtos elencados no regime da substituição tributária, inerente às duas primeiras infrações, nos valores respectivos de R\$18.381,96 e R\$46.600,82, previsto no art. 34 inc. III da Lei 7.014/96, c/c art. 289, §1º, inc. III alínea "b" do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012; como também o ICMS por antecipação parcial, referente à terceira e à quarta infrações, nos valores de R\$97.279,73 e R\$24.306,72, previsto no art. 12-A da Lei 7.014/96, c/c art. 321, inc. VII, alínea "b" do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012; todas decorrente de operações de aquisição interestadual de mercadorias destinadas a comercialização, através de levantamento com base em Notas Fiscais Eletrônicas, com manifestação expressa do defensor de que fica prejudicada a análise do mérito em razão da inexistência do crédito tributário por cerceamento de defesa na forma acima apreciada.

Da análise das peças processuais, em que pese a afirmativa do sujeito passivo de abster-se trazer aos autos questões de mérito, por quantum entender prejudicada dado as suas argüições de nulidade, que, aliás, foram analisadas no inicio deste voto e ultrapassadas, observo o seguinte destaque de sua defesa:

[...] pela empresa ser SIMPLES NACIONAL, quando a mesma efetuou o recolhimento da ANTECIPAÇÃO PARCIAL, aplicou o desconto de 20% previsto no RICMS-BA/2012, arts. 273, 274, 275 [...]"

De fato a legislação do ICMS, mais especificamente o art. 274 do RICMS/2012, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, traz a seguinte redação:

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.(Grifo acrescido)

Com tal, quando o sujeito passivo invoca tal artigo em sede de preliminares de nulidades, está referindo a questão de mérito relativo à Infração 4 que diz respeito a ter efetuado o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de janeiro, fevereiro, março e julho de 2014, abril de 2015 e junho de 2016, conforme demonstrativo à fl. 14 dos autos.

Em sede de informação, o d. Agente Fiscal traz o destaque que somente é aplicado o benefício previsto no art. 274, acima destacado; quando o contribuinte recolhe o ICMS na sua totalidade e no prazo previsto na legislação. Verificando, por sua vez, que os valores recolhidos, pelo sujeito passivo, à época dos fatos geradores estavam menores que os devidos, o autuante levantou o volume de todas as entradas de mercadorias no estabelecimento do defensor, calculou o imposto devido aplicando a alíquota interna da Bahia e diminuiu o crédito destacado nas respectivas notas e apurou o imposto devido por antecipação.

Levantado o valor devido de ICMS antecipação parcial nos meses em que o defensor houvera recolhido algum imposto na forma de antecipação parcial, porém em valor menor ao estabelecido na legislação (art.274), o d. agente Fiscal, corretamente, compensou o imposto pago por antecipação e apurou a diferença imposto devido por antecipação, sem aplicação, entretanto, do benefício da redução de 20% do imposto apurado (art. 274), nem tampouco a aplicação do limite de 4% disposto no artigo 275 citado na defesa.

Desta forma, por quantum o demonstrativo à fl. 14 dos autos, associado ao demonstrativo analítico que faz parte integrante do CD/mídia entregue ao defensor na forma da legislação, bem assim dos demonstrativos listados em sede de informação fiscal às fls. 38/184, também entregue ao sujeito passivo na forma dos termos acostados 186, 187 e 194 dos autos, cujos valores em nenhum momento da defesa se veem qualquer contestação

da apuração do imposto, exceto quanto a frisar que tem direito a fruição da redução de 20% por ser contribuinte inscrito no Simples Nacional; entendo subsistente a infração 4, vez que tal fruição comporta apenas nas operações que o contribuinte recolher o imposto no prazo regulamentar, que não é o caso objeto em análise.

Quanto às infrações 1, 2 e 3 não se vê nos termos da defesa, qualquer consideração de mérito que se possam relacionar as atuações. Aliás, há sim a afirmação na defesa de que fica prejudicada a análise de mérito em razão da inexistência de crédito tributário por quantum as arguições de nulidade, que foram ultrapassadas na forma posta no inicio deste voto.

Portanto, nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Desta forma, considerando o enquadramento da infração está em conformidade com a legislação, para a imputação relatada na descrição dos fatos, entendo subsistente as infrações 1, 2 e 3.

Quanto à pretensão de que as intimações sejam também endereçadas ao contador na Rua Alceu Amoro Lima, 314, Sala 308, Bairro Caminho das Arvores, CEP:41.820-770, Salvador, Bahia, há de se registrar que não existe nenhum óbice em acatar o pedido, no entanto, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência do ato processual ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do RPAF, e, em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127 do CTN.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela.

Inconformado, tempestivamente, o recorrente apresentou Recurso Voluntário, fl. 229, CD/Mídia, fl. 242, onde busca desconstituir o lançamento de cobrança tributária, arguindo em seu favor:

1 – No voto deixou de ser verificado a IMPUTAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS no período fiscalizado, vez que a empresa no período fiscalizado efetuou recolhimentos através dos DAEs de Antecipação parcial e S.T. havendo, portanto, um equívoco do Relator, ao deixar de considerar estes valores que foram omitidos no levantamento fiscal, o que perfaz no valor cobrado;

2 – Importante salientar que a empresa trouxe em sua defesa argumentos defensivos o que ratifica na visão do contribuinte a NULIDADE do A.I., conforme art. 18 do RPAF, por falha na apuração e falta de precisão dos valores cobrados, e por falha do relator ao deixar de verificar todas as considerações da empresa de forma plena, a qual a empresa requer deste EGRÉGIO CONSEF, o envio do seu PAF, para a PROFIS, emitir um parecer de NULIDADE.

Nada mais acrescendo ao processo em seu favor.

VOTO

Analizando a preliminar arguida de nulidade do Auto de Infração, como demonstrado pelo autuante e no Acórdão prolatado pela 2ª JJF, não tem fundamento, tendo em vista que o Auto de Infração atende a todos os requisitos exigidos pelos ditames legais, não ocorrendo cerceamento de defesa ou qualquer outra irregularidade que venha a assim enquadrá-lo.

Na peça recursiva do recorrente, verificamos que a mesma, além dos argumentos referenciados acima, informa estar juntando ao processo:

DOCUMENTOS ANEXOS:

Cópia da Notificação;

Cópia de RG;

Extrato de pagamentos dos DAE's do período fiscalizado;

O “Extrato de pagamentos dos DAE's do período fiscalizado” não se encontra, nem fisicamente, nem na mídia acostada ao processo, relacionado.

O Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar 123, de 14/12/2006, visa fornecer um tratamento diferenciado e simplificado aos contribuintes que se enquadrem nas categorias de Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte, assim estabelecido em seu Artigo 1º:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere: (efeitos: a partir de 15/12/2006)

I – à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias; (efeitos: a partir de 01/07/2007)

II – ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias; (efeitos: a partir de 15/12/2006)

III – ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão. (efeitos: a partir de 15/12/2006)

IV - ao cadastro nacional único de contribuintes a que se refere o inciso IV do parágrafo único do art. 146, in fine, da Constituição Federal.

Obrigatoriamente os Estados, os Municípios e o Distrito Federal absorveram em suas legislações os princípios básicos estatuídos na LC 123/06, estabelecendo as normas a que têm liberdade de legislar no âmbito do ICMS, tendo o Estado da Bahia recepcionado em suas normativas, especialmente de relação à Lei nº 7.014/96 e ao RICMS.

O Estado da Bahia legislou, especialmente de relação às Antecipações Tributárias, Total e por ST, além da Antecipação Parcial, estabelecendo favorecimentos além dos previstos na LC 123/06, tendo determinado no RICMS:

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 Complementar Federal 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.*

Especificamente no que tange à Substituição Tributária e à Antecipação Parcial, assim se pronuncia o RICMS no:

Art. 321. *O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido:*

I - nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária;

.....

VII - nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros estados e Distrito Federal:

a) com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 da Lei Complementar nº 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 prejuízo das reduções previstas nos arts. 273 e 274.

Visando atender ao princípio constitucional do tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte o RICMS Bahia estabelece:

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.*

O disposto no artigo 274, acima transcrito, serviu de base para a argumentação do recorrente, o que, como informado pelo autuante, fl. 30, não lhe beneficia em virtude de o mesmo não haver recolhido os valores referentes às antecipações parciais que lhe cabiam nos prazos regulamentares, condição expressa para obtenção do benefício.

Igualmente, o recorrente não recolheu ou recolheu a menor os valores devidos a título de Antecipação Total e Substituição Tributária, não comprovando o que afirma de haver recolhido os valores reclamados.

Desta forma, diante do que se depreende dos argumentos apresentados pelo recorrente e das informações pelo autuante, temos que, muito embora de posse dos dados fornecidos através os Demonstrativos da Apuração da Substituição Tributária, fls. 11 e 12, e da Antecipação Parcial, fls. 13 e 14, além da relação de recolhimentos efetuados pelo recorrente, fls. 15 a 18, e CD/Mídia,

fl. 19, não foram apresentados documentos que comprovem a quitação dos valores devidos e reclamados através o Auto de Infração, objeto do presente processo.

O recorrente não apresenta razões que venham a elidir a cobrança pleiteada, limitando-se a arguir, tão somente, a preliminar de nulidade, já afastada, como acima descrito, não anexando, muito embora informe em sua peça recursal, os comprovantes dos recolhimentos do ICMS que comprovariam a sua afirmativa.

Diante do que foi analisado, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a decisão da 2^a JJF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 232177.3035/16-0, lavrado contra **ACALI DOMINGOS DOS SANTOS - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$186.569,23**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de junho de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS