

A.I. Nº - 232177.0057/18-0
AUTUADO - WATCH IMAGINE RELÓGIOS E ACESSÓRIOS EIRELI EPP
AUTUANTE - EDILSON MEIRELES DE OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INRERNET 22.07.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0125-02/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Dos valores autuados apenas foi comprovado o recolhimento relativo à ocorrência novembro 2017. Infração parcialmente subsistente. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 26/12/2018, às 15:27 hs, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$124.884,73, em decorrência das seguintes infrações:

01 – 07.21.03 - Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referentes a aquisições de mercadorias fora da Bahia. Valor: R\$90.157,54. Período: Junho a Dezembro 2016, Janeiro, Abril, Maio, Novembro e Dezembro 2017. Enquadramento legal: Art. 12-A, da Lei 7.014/96 C/C art. 321, VII, “b”, do RICMS-BA/2012. Multa: 60%, conforme previsto na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

02 - 07.21.04 - Recolhimento a menos do ICMS referente à antecipação tributária parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referentes a aquisições de mercadorias fora da Bahia. Valor: R\$34.727,19. Período: Fevereiro, Março, Junho, Setembro e Outubro 2017. Enquadramento legal: Art. 12-A, da Lei 7.014/96 C/C art. 321, VII, “b” do RICMS-BA/2012. Multa: 60%, conforme previsto na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresenta defesa às fls. 159-164. Reproduzindo as infrações, diz que em 10/01/2019 foi surpreendido com o recebimento do AI e que a legislação que exige o recolhimento dos valores autuados está eivada de inconstitucionalidades e no item “Do mérito”, alega que quando da criação do Simples Nacional o legislador perseguiu menor carga tributária na forma de recolhimento único de todos os tributos incidentes nas operações, pois antes as microempresas e EPPs recolhiam seus tributos como as demais empresas.

Entretanto, a Bahia não vem respeitando o regime do Simples Nacional ao exigir ICMS sob a forma de diferencial de alíquota, uma vez que as empresas enquadradas no Simples Nacional não se sujeitam à não cumulatividade do ICMS.

Aduz que a autuação ofende o princípio da isonomia, já que as empresas do Simples Nacional receberiam tratamento mais gravoso em relação aos demais contribuintes do ICMS, pois não podem creditar do ICMS recolhido na forma antecipada de apuração do imposto.

Transcrevendo parte do voto do Ministro Luis Barroso no julgamento do RE 970.821, de relatoria do Ministro Edson Fachin, que se acha suspenso por pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes,

afirma cristalizar-se a inconstitucionalidade da legislação sob comento, por ofensa ao princípio da capacidade contributiva das empresas optantes do Simples Nacional.

Seguindo, discorre sobre o princípio da isonomia tributária que entende contrariado pela legislação de enquadramento da autuação.

No ponto “2.3 – Do Valor exigido”, aduz que caso sejam ultrapassados os argumentos de mérito que aponta informa que o AI apresenta inconsistência nos valores apontados como devidos, pois pelo próprio sítio eletrônico da SEFAZ se identifica pagamento do ICMS para a competência novembro 2017 no valor de R\$ 22.561,50, que não foi considerado pelo Agente de Tributos autuante, razão pela qual, no mínimo se há de desconsiderar tal valor na apuração do montante devido, reduzindo a autuação para R\$ 102.323,22, conforme planilha que anexa à Impugnação (fl.166 dos autos).

Concluindo, pede:

- a) Cancelamento do AI, em face das alegações de inconstitucionalidade;
- b) Suspensão da exigência em lide, em face da suspensão do julgamento do RE 970.821, do STF;
- c) Exclusão do valor de R\$22.561,50, referente ao pagamento do imposto relativo à competência 11/2017.

O autuante, em contrapartida, informa nas fls. 172-174 que não lhe cabe discutir a inconstitucionalidade alegada e que concorda com a autuada sobre o recolhimento do mês de novembro 2017. Por consequência, reduziu o valor da Infração 01 para R\$ 75.585,18, ajustando o valor do AI para R\$ 110.312,40.

Às fls. 185-187 o autuado se manifesta dizendo que não obstante acatar parte do alegado na Impugnação, o autuante se equivocou em relação à Impugnação no tocante ao cálculo do novo valor da autuação a respeito do valor recolhido de R\$ 22.561,50, pois retirou da planilha original o valor de R\$ 14.572,36 que entendia devido na ocorr. Novembro 2017 e não R\$22.561,50, o que implicaria num recolhimento a maior em R\$ 7.989,14 para a ocorr. de novembro 2017, valor que deveria ter utilizado como crédito da autuada na planilha de cálculo da autuação, de modo que não concorda com o valor ajustado de R\$110.312,40, pois, conforme apontou na planilha juntada à Impugnação, o novo valor da autuação seria R\$102.323,22.

Concluindo, reitera os argumentos da Impugnação, principalmente o referente ao sobrerestamento do PAF em face do julgamento a ser proferido pelo STF no RE 970.821.

VOTO

Conforme acima relatado, o AI processado exige originalmente o valor de R\$124.884,73 referente a falta de recolhimento e recolhimento a menos de ICMS Antecipação Parcial.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documentos de fls. 157, 182 e 183, bem como o teor das manifestações defensivas, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e § 1º), 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 07-153 e CD de fl. 154); e) as infrações

estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator constata não haver vício a macular o PAF em análise.

A exação fiscal decorre de obrigação tributária liquidada por Autoridade Fiscal competente do Ente tributante, mediante regular procedimento administrativo, cujos elementos determinantes previstos no art. 142 do CTN (ocorrência do fato gerador; determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e multa proposta) constam claramente identificados nos autos.

Ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Vê-se nos autos que, sem contestar o demonstrativo suporte das infrações em que as NFs objeto da autuação estão identificadas (fls. 09-151), a exação fiscal se refere ao ICMS Antecipação Parcial relativo às operações interestaduais de aquisição de mercadorias, cuja obrigação tributária consta tipificada na seguinte legislação tributária da Bahia:

Lei 7.014/96:

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.

RICMS-BA/2012:

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 Distrito Federal:

...

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.

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.

Registre-se que a Impugnação do sujeito passivo se limita a alegar: a) primariamente, a inconstitucionalidade da legislação em que as infrações foram enquadradas por entendê-la afrontar aos princípios da isonomia e capacidade contributiva dos contribuintes optantes do Simples Nacional, razão pela qual pede o sobrerestamento do PAF até o julgamento definitivo pelo STF do RE 970.821; b) subsidiariamente, a exclusão do valor de R\$22.561,50 referente ao pagamento do imposto relativo à competência 11/2017.

Dado à unicidade jurisdicional do Direito brasileiro e em face da instância em que ora se discute esse contencioso administrativo, conforme disposto no artigo 167 do RPAF, a inconstitucionalidade alegada foge à apreciação deste órgão administrativo judicante.

Eis a redação do dispositivo regulamentar citado:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida;

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Consequentemente, tendo em vista não se tratar de matéria definitivamente julgada pelo Poder Judiciário, esse processo administrativo também não pode ser sobreposto como pleiteia o Impugnante.

Quanto ao recolhimento do valor de R\$22.561,50 a título de ICMS – ANTECIPAÇÃO PARCIAL para a competência Novembro 2017 e não considerado originalmente pelo autuante, temos o seguinte: a) o demonstrativo suporte da autuação que identifica e relaciona os documentos fiscais objeto da ocorrência novembro 2017 (fls. 09-151) teve cópia entregue ao autuado, conforme fl. 157; b) as NFs objeto da ocorrência novembro 2017 no valor de R\$14.572,36 que foram excluídas da autuação original constam das fls. 138-150; c) embora recolhido a título de ICMS – ANTECIPAÇÃO PARCIAL, podendo e devendo fazer na oportunidade da Defesa como indica o art. 123 do RPAF abaixo transcrito, o Impugnante não identifica as NFs às quais se refere, de modo a pedir exclusões, caso constem do demonstrativo ainda que relativas a outras competências, uma vez que detém tal informação. Portanto, não identificou nos autos a que ou a quais operações se refere a diferença de R\$ 7.989,14. Por exemplo, se a uma apuração incorreta relativa às NFs listadas na autuação para a ocorrência novembro 2017 ou a outros documentos que constam ou não nos demonstrativos da autuação.

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.

§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.

...

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

Nesse contexto, sem causar prejuízo ao sujeito passivo, entendo ter bem agido o autuante em excluir do valor original apenas o valor correspondente à ocorrência de Novembro 2017 autuada no valor de R\$14.572,36, pois: a) caso a diferença de R\$7.989,14 se refira a indébito relacionado às NFs autuadas, a restituição deve ocorrer via procedimento administrativo nos termos previstos no artigo 74 do RPAF, abaixo reproduzido; b) caso se refira a outras NFs autuadas, mas relacionadas em outras ocorrências autuadas, cabe ao sujeito passivo identificá-las e pedir a exclusão, o que ainda será possível em face de recurso voluntário apreciável na segunda instância deste órgão administrativo judicante; c) caso se refira a outras NFs não relacionadas a esse AI, nada haverá que ser restituído por não haver indébito tributário.

Art. 74. A restituição de tributo estadual, seus acréscimos ou multa, em razão de recolhimento a mais ou indevido, dependerá de petição dirigida à autoridade competente, nos termos do art. 10, através do órgão local, contendo, ainda:

I - indicação do valor da restituição pleiteada;

II - indicação do dispositivo legal em que se funde o requerimento, e prova de nele estar enquadrado;

III - cópia do documento relativo ao recolhimento a mais ou indevido;

IV - outras indicações e informações necessárias ao esclarecimento do pedido.

Voto, pois, pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, em face da exclusão do valor relativo à ocorrência de Novembro 2017, da Infração 01 que passa de R\$90.157,54 para R\$75.585,18.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232177.0057/18-0, lavrado contra **WATCH IMAGINE RELÓGIOS E ACESSÓRIOS EIRELI EPP**, devendo ser intimado o

autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$110.312,37**, acrescido da multa de 60% prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais previstos.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de julho de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR