

**PROCESSO** - A. I. N° 210742.0012/17-0  
**RECORRENTE** - KENIO MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA. - EPP  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0013-04/19  
**ORIGEM** - INFAS PAULO AFONSO (NORDESTE)  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 19.11.2020

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0228-12/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Regime de tributação monofásica excludente do Simples Nacional. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Incidência do ICMS por antecipação parcial independe do regime de apuração adotado pelo estabelecimento adquirente, como no caso Simples Nacional. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Razões recursais insuficientes à reforma da Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, com base no art. 169, I, “b” do RAPF/BA, contra a Decisão da 4ª JJF, proferida através do Acórdão nº 0013-04/19, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir o débito de R\$45.615,40, inerente às seguintes acusações:

*Infração 01 - Efetuou o recolhimento a menos de R\$35.912,83 do ICMS por antecipação tributária, na condição de empresa optante do Regime Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de junho e agosto de 2012; julho e dezembro de 2013 e março a novembro de 2014.*

*Infração 02 - Efetuou recolhimento a menos de R\$9.702,57 do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de janeiro a março, maio e julho a outubro de 2012; fevereiro a abril, junho, setembro, outubro e dezembro de 2013 e setembro de 2014.*

A Decisão recorrida rejeitou a preliminar de nulidade arguida e acolheu a prejudicial de mérito suscitada pelo autuado, em relação aos fatos geradores anteriores a 26/09/2012, vez que o Auto de Infração foi lavrado em 27/09/2017, marco inicial para a contagem do prazo decadencial, devendo, desta maneira, serem excluídos do lançamento os valores de R\$1.994,05, referente aos meses de junho e agosto de 2012 da infração 01, e R\$3.801,62 referente aos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, julho e agosto/2012 da infração 02. No mérito, a Decisão da JJF decorreu das seguintes considerações:

**VOTO**

[...]

No mérito, o Auto de Infração acusa o Autuado, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional, ter recolhido a menos o ICMS por antecipação tributária nas aquisições de mercadorias provenientes de outros estados (infração 01) e ICMS antecipação parcial (infração 02).

O sujeito passivo alega que o ICMS lançado neste Auto de Infração, já fora objeto de exigência através do Auto de Infração nº 210742.0006/17, explicando que no exercício de 2014 o presente Auto de Infração exige ICMS antecipadamente sobre vendas futuras de mercadorias e naquele outro a exigência recaiu sobre as mesmas mercadorias.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal, assevera que o Auto de Infração citado pela empresa refere-se ao ICMS devido pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, de que tratam a Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006, enquanto o presente auto foi cobrado de acordo com o Inciso VII, do Art. 321 do RICMS.

De fato observo que o Auto de Infração nº 210742.0006/17 anexado pela defesa às fls. 134 a 135, trata de uma única infração relativa a recolhimento a menor declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada. Período: exercício de 2014.

[...]

Assim, inexiste a alegada duplicidade já que as exigências deste Auto de Infração estão excluídas do cálculo do imposto devido pelas empresas optantes pelo Simples Nacional que deve ser efetuada sobre a receita bruta auferida no mês, sendo excluídas, em relação ao ICMS, as operações elencadas no inciso XII,I do §1º, do art. 13 da Lei Complementar nº 123, acima transcrita,

Portanto, o contribuinte tem o dever jurídico de efetuar a antecipação tributária total ou parcial, independente do regime de apuração do imposto, nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, ficando rejeitada a alegação de ocorrência bis in idem.

O defensor alega ainda que não foram consideradas pela fiscalização as seguintes situações:

- a) Os recolhimentos havidos através de GNRE – Guia de Recolhimento de Tributos Estaduais, vinculados à respectiva nota fiscal;
- b) Os recolhimentos de antecipação parcial, constantes dos DAE'S – Documento de Arrecadação Estadual;
- c) Os valores retidos, com destaque em documentos fiscais, cumprindo disposição de Convênios e/ou Protocolos;
- d) Os materiais adquiridos para uso/consumo e ativo fixo, não sujeitos, portanto, ao recolhimento do ICMS por antecipação.

O autuante, nas suas intervenções, não acatou os argumentos defensivos esclarecendo que:

- a) Em relação aos recolhimentos havidos através de GNRE, vinculados à respectiva Nota Fiscal: todas as mercadorias objeto de substituição tributária na origem (CFOP 6401 a 6404), não foram objeto da exigência e além do que não foi apresentada nenhuma Nota Fiscal nesta condição.
- b) Sobre os recolhimentos da Antecipação Parcial constantes dos DAEs citados (fls. 137 a 152). Os valores questionados foram considerados na auditoria ou as notas fiscais não foram objeto de exigência;
- c) Valores retidos, com destaque nos documentos fiscais, em razão da existência de Convênios e Protocolos (fls. 153 a 198): Apenas as Nota Fiscais 212.764 (fls. 189) e 215.649 (fls. 163) apresentam destaque referente à Substituição Tributária, porém, as mercadorias referentes a tal substituição não foram consideradas no levantamento (CFOP 6401). Nas demais notas não houve qualquer retenção.
- d) Materiais adquiridos para uso/consumo: A defesa não apontou os itens que se encontravam naquela condição;

Por fim, elabora demonstrativo detalhando em cada nota fiscal os produtos objeto da acusação, de acordo com as argumentações defensivas, fls. 209 a 217

Concordo com as conclusões do autuante, pois como esclarecido nas preliminares de nulidades, em atendimento a diligência requerida por esta Junta de Julgamento Fiscal o sujeito passivo foi cientificado sobre as informações prestadas pelo autuante, oportunidade em que lhe foram entregues os novos demonstrativo, e reaberto o prazo de defesa, porém, o mesmo manteve-se silente, o que me leva a concluir que houve a sua anuência.

Por tudo que foi exposto, acolho o pedido de afastamento da exigência fiscal relativa a fatos geradores ocorridos no período anterior a 26/09/2012, operando-se a decadência, e não acolho os demais argumentos defensivos por falta de amparo legal, ficando reduzido o valor da infração 1 de R\$35.912,83, para R\$33.918,78 e na infração 2, de R\$9.702,57, para R\$5.900,95, conforme demonstrativo abaixo:

[...]

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$39.819,73.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4ª JJF, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, às fls. 285 a 287 do PAF, onde diz que, em que pese a 4ª JJF ter acatado a decadência relativa ao

exercício de 2012, o autuado não foi regularmente intimado na pessoa de seus advogados, mas sim através de terceiros, para se manifestar sobre a informação fiscal, o que lhe impediu de exercer o contraditório pleno e poder demonstrar que o contribuinte possui e apresentará:

- a) Os recolhimentos havidos através de GNRE – Guia de Recolhimento de Tributos Estaduais, vinculados às respectivas notas fiscais, constantes do demonstrativo do autuante;
- b) Os recolhimentos de antecipação parcial, constantes dos DAE, das notas fiscais ínsitas no demonstrativo do autuante;
- c) As notas fiscais relativas a mercadorias com ICMS retido, nos termos dos acordos interestaduais;
- d) As notas fiscais relativas a materiais adquiridos para uso/consumo e ativo fixo, não sujeitos, portanto, ao recolhimento do ICMS por antecipação, seja total ou parcial;
- e) As notas fiscais relativas a mercadorias com base de cálculo reduzida.

Assim, segundo o recorrente, não subsiste a exigência do pagamento de ICMS sobre antecipação parcial ou total, porque contrariam as decisões do CONSEF (Acórdãos: CJF nº 0017-11/15; JJF nº 0040-05/15; CJF nº 0106-12/16), as quais transcreve as ementas.

Por fim, requer a nulidade total e/ou a improcedência do Auto de Infração.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, em 12/04/2019, conforme previsto no art. 169 I “b” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância que julgou procedente em parte o presente Auto de Infração, no valor de R\$39.819,73, pelo qual acusava o sujeito passivo, empresa optante pelo Regime Simples Nacional, de ter recolhido a menor o ICMS no valor de R\$45.615,40, sendo: R\$35.912,83 em relação à antecipação tributária (infração 1) e R\$9.702,57 relativo à antecipação parcial (infração 2).

Na peça recursal, o recorrente, através de seu advogado legalmente constituído, consoante procuraçāo subscrita pela sócia gerente, Sr.<sup>a</sup> Daniela Bezerra Souza Lima, conforme documentos às fls. 128 e 132 dos autos, inicialmente aduz que o autuado não foi regularmente intimado na pessoa de seus advogados, mas sim através de terceiros, para se manifestar sobre a informação fiscal, o que lhe impediu de exercer o contraditório pleno e poder demonstrar que o contribuinte teria a apresentar.

Da análise de tal alegação, verifica-se que a JJF, cautelosamente – entendendo que na Informação Fiscal foram apresentadas novas planilhas com inclusão de documentos fiscais que não foram objeto da exigência inicial - deliberou a conversão dos autos em diligência à Inspetoria de origem, para que “... o autuante confeccione novos demonstrativos, nos mesmos moldes do elaborado na Informação Fiscal, indicando apenas as notas fiscais objeto do lançamento inicial, fls. 7 a 12, e apresente novo demonstrativo de débito, se for o caso” e, após, a repartição fiscal intimasse o autuado para entrega dos documentos indicados, concedendo-lhe o prazo de 60 dias, contados da ciência da intimação, para se manifestar, querendo.

Em seguida, após o preposto fiscal cumprir a diligência - ressalvando naquela oportunidade que ‘... não foram anexadas novas notas fiscais na Informação Fiscal, mas aglutinadas de acordo com as apresentadas na defesa. As notas constantes na planilha da Informação (fls. 209 a 201) constam na planilha detalhada, constante no CD, anexo, no arquivo “AT\_DET” ....’ –, anexando demonstrativo às fls. 226 a 260 dos autos, observa-se que o sujeito passivo foi devidamente intimado para tomar ciência da diligência, com entrega dos novos demonstrativos, para querendo no prazo de sessenta dias se manifestar, conforme documento subscrito pela sócia gerente, Sr.<sup>a</sup> Daniela Bezerra Souza Lima, às fls. 261 dos autos, datado de 07/08/2018, o qual não se manifestou, tendo o PAF retornado da INFRAZ de origem para julgamento em 22/10/2018.

Portanto, a partir de tais constatações, verifica-se que a intimação foi subscrita pela pessoa da sócia gerente da empresa, Sr.<sup>a</sup> Daniela Bezerra Souza Lima (fl. 128), logo, resultando em plena e

eficaz, em consequência, torna-se descabida a alegação recursal de que “... a autuada não foi regularmente intimada na pessoa de seus advogados, mas sim através de terceiros (grifei), para se manifestar sobre a informação fiscal, o que lhe impediu de exercer o contraditório pleno e poder demonstrar que a autuada possui e apresentará.”. Assim, diante de tal constatação, rejeito o pedido recursal para que se decrete a nulidade do Auto de Infração.

Quanto às alegações de mérito arroladas na peça recursal, tratam-se, as quatro primeiras, das mesmas citadas em sua peça de defesa, as quais já foram analiticamente rechaçadas quando da Informação Fiscal, (fls. 206 a 208), assim como também foram matéria de diligência fiscal, em cuja oportunidade foi apresentado novo layout do demonstrativo, de modo a acrescentar ao original os seguintes dados: unidade de origem, produto, NCM e MVA, do que foi intimado o sujeito passivo a se manifestar, reabrindo-lhe o prazo de defesa de 60 dias, (fl. 261), tendo, contudo, permanecido silente, o que levou a Decisão da JJF em acolher diante das seguintes considerações aduzidas ao autuante:

- a) *Em relação aos recolhimentos havidos através de GNRE, vinculados à respectiva Nota Fiscal: todas as mercadorias objeto de substituição tributária na origem (CFOP 6401 a 6404), não foram objeto da exigência e além do que não foi apresentada nenhuma Nota Fiscal nesta condição.*
- b) *Sobre os recolhimentos da Antecipação Parcial constantes dos DAEs citados (fls. 137 a 152). Os valores questionados foram considerados na auditoria ou as notas fiscais não foram objeto de exigência;*
- c) *Valores retidos, com destaque nos documentos fiscais, em razão da existência de Convênios e Protocolos (fls. 153 a 198): Apenas as Nota Fiscais 212.764 (fls. 189) e 215.649 (fls. 163) apresentam destaque referente à Substituição Tributária, porém, as mercadorias referentes a tal substituição não foram consideradas no levantamento (CFOP 6401). Nas demais notas não houve qualquer retenção.*
- d) *Materiais adquiridos para uso/consumo: A defesa não apontou os itens que se encontravam naquela condição;*

Quanto à única alegação recursal extra à peça de defesa, inerente às notas fiscais relativas a mercadorias com base de cálculo reduzida, o apelante nada comprova para fundamentá-la, e muito menos aponta a que notas fiscais se refere, de modo a se verificar a pertinência de sua alegação. Em consequência, se caracteriza ineficaz.

Portanto, a peça recursal não contém qualquer conteúdo novo a se avaliar ou de análise objetiva, razão de considerá-la insuficiente para modificar a Decisão recorrida, eis que o lançamento de ofício se baseia em dados concretos consignados nas notas fiscais, apenas aos autos, sendo as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária devida em razão do regime de tributação monofásica ser excludente ao Simples Nacional, como prevê o art. 13, §1º, XIII, “a” da Lei Complementar nº 123/06, como também devida a exigência do ICMS por antecipação parcial, decorrente das aquisições de mercadorias em outras Unidades da Federação, destinadas à sua atividade de comércio varejista, independentemente do regime de apuração adotado pelo estabelecimento adquirente, como no caso Simples Nacional, conforme preceitua o art. 12-A da Lei nº 7.014/96.

Por fim, quanto à alegação de que não subsiste a exigência do pagamento de ICMS sobre antecipação parcial ou total, porque contrariam as decisões do CONSEF, do que cita os Acórdãos: CJF nº 0017-11/15; JJF nº 0040-05/15 e CJF nº 0106-12/16, em que pese não se confirmar o quanto alegado, eis que a primeira trata de multa pela não antecipação parcial, fato diverso, e as demais foram julgadas em razão das provas materiais trazidas ao processo. Contudo, independentemente dos seus resultados, as mesmas nada vinculariam nesta decisão, e em consequência, este veredito não poderia contrariá-las.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida, visto que as decisões trazidas como paradigmas não se prestam ao fato concreto.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por

unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário interposto e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 210742.0012/17-0, lavrado contra KENIO MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA. - EPP, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$39.819,73, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de setembro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS