

A. I. Nº - 210415.0044/19-4
AUTUADO - BAHIA FORTE DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO EIRELI
AUTUANTE - ELIETE NOVAIS ALMEIDA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/02/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0277-04/20-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL DO IMPOSTO. CONTRIBUINTE ENQUADRADO NO REGIME DO SIMPLES NACIONAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. 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. 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. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/12/2019, constitui crédito tributário no valor de R\$23.533,54, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 - 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, relativo à data de ocorrência de 30/09/2015 na forma dos demonstrativos às fls. 8/32 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 33. Lançado ICMS no valor de R\$3.910,20, com enquadramento no artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 321, inc. VII, alínea “b”, do RICMS/BA publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 2 - 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, relativo às datas de ocorrências de 28/02/2015, 31/03/2015, 31/05/2015, 30/06/2015 e 31/08/2015 na forma dos demonstrativos às fls. 8/32 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 33. Lançado ICMS no valor de R\$19.623,34, com enquadramento no artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 321, inc. VII, alínea “b”, do RICMS/BA publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

O autuado apresenta defesa administrativa às fls. 82 a 85, pelas razões que passo a expor:

Diz ser uma pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 13.690.975/0001-30, IE 111.671.940, com sede na Rua Queira Deus, 1049 - Solar Unhão, Lauro de Freitas - BA, 42700-000, sem endereço de e-mail, vem, por seu administrador, interpor recurso administrativo em face ao Auto de Infração 210415.0044/19-4, pelos motivos de fato e de direito que passa a expor, articuladamente.

I. DOS FATOS

Registra que foi autuada sob o argumento de que ao serem carreadas as Notas Fiscais interestaduais com os DAE's equivalentes cujo código de ICMS antecipação parcial e ICMS antecipação total referentes aos exercícios de 2015, fora constatado que a recorrente teria recolhido a menor e deixado de recolher parte do pagamento de antecipação parcial.

Diz que não concorda com os lançamentos feitos, uma vez que desarrazoados, especialmente por ter se autorregularizado com relação aos valores outrora não declarados.

Ademais, diz que a multa aplicada é em valor exorbitante e se configura em confisco, o que não é permitido.

II. DO DIREITO

II.1 DA AUTOREGULARIZAÇÃO DA EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL E DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Diz que a autorregularização é a possibilidade do Fisco de orientar os contribuintes para que corrijam voluntariamente eventuais inconsistências em suas declarações. Caso sanadas as irregularidades, a empresa fica isenta de penalidades.

Registra que, ao ser identificado que houve erro nas declarações, a empresa recorrente promoveu a sua regularização, declarando ICMS no valor de R\$1.920.080,21.

Destaca que a possibilidade da autorregularização é prevista no artigo 3º, do artigo 34, da Lei Complementar 123/2006. Contudo, diz que, mesmo a empresa tendo regularizada sua situação, lhe foram aplicadas penalidades em valores exorbitantes, tornando impossível o adimplemento.

Diz que um dos princípios fundamentais do direito privado é o da boa-fé objetiva, cuja função é estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas relações obrigacionais. No entanto, a boa-fé não se esgota nesse campo do direito, ecoando por todo o ordenamento jurídico.

Pontua que no Código Civil de 2002, o princípio da boa-fé está expressamente contemplado. O ministro do STJ Paulo de Tarso Sanseverino, presidente da Terceira Turma, explica que a boa-fé objetiva constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe, concretamente, a todo cidadão que, nas suas relações, atue com honestidade, lealdade e probidade.

Finaliza este tópico destacando que sempre agiu com boa-fé e, de fato, quando apurado o erro, promoveu a regularização.

II.2 DOS PRINCÍPIOS DO NÃO CONFISCO E DA RAZOABILIDADE

Após iniciar este tópico destacando o artigo 150, IV, da CF/88, além de alguns destaques de decisões do STF, diz que no Auto de Infração, ora recorrida, consta a apuração de um saldo devedor de R\$23.533,54. Contudo, ao valor está sendo acrescido o valor de R\$9.671,23, mais multa no valor de R\$14.120,10.

Em seguida ressalta que sequer é discriminado o que se trata o valor acrescido, uma vez que não é correção monetária. Diz transparecer que se trata, na verdade, do valor da multa, dividido em duas cobranças, para burlar a limitação imposta pelo Supremo Tribunal Federal.

Ou seja, diz que, somados o acréscimo não justificado com a multa, tem-se o valor de R\$23.791,33, valor superior ao do original apurado.

Desta feita, diz evidenciar que está diante de atos de confisco, o que é proibido pela Constituição Federal. Neste contexto, pede que seja revista a penalidade aplicada para que não se configure em confisco.

II.2 DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Diz que, em teoria, o Estado tem o dever de legislar a fim de regular os diversos setores da economia através do fomento ou desestimular o consumo de determinados bens, visando o desenvolvimento econômico e social das diversas regiões do país.

Pode-se, assim, dizer que existe uma função social da tributação, sendo que os valores são necessários para custear a máquina pública.

Diz que, no entanto, a forma como vem sendo fixadas todas as obrigações acessórias, bem como o fato de o pagamento de impostos ser cumulativo, transparece que a tributação não tem mais a função social e, sim, apenas obter o máximo de proveito econômico possível, máxime pelo alto valor das multas que são aplicadas em caso de ser deixada de ser cumprida uma obrigação acessória.

Após trazer outros trechos relacionados à função social da empresa, finaliza esse tópico da defesa apresentando vários julgados do STF, STJ e Tribunais Administrativos de alguns Estado onde destacam a função social da empresa, sem tampouco destacar qualquer pedido em relação a autuação.

III. DO PEDIDO

Diante do exposto, regularizada a situação, seja a penalidade aplicada cancelada ou, sucessivamente, seja revisto o valor da multa, por se caracterizar em confisco, o que é vedado pela Constituição Federal.

A agente Fiscal Autuante em sua informação fiscal às fls. 95/97, após apresentar a descrição dos fatos da autuação, assim discorre:

Diz que, em seus esclarecimentos preliminares, o autuado, apresentou defesa nas páginas 82 a 85, requerendo pedido de cancelamento e/ou nulidade da penalidade aplicada, ou pedindo que seja revisto o valor da multa por seu caráter confiscatório e norteia a defesa para as três questões principais: direito da autoregularização e princípio da boa-fé; princípio do não confisco e da razoabilidade e função social da empresa.

Observa, então, que todos os argumentos se limitaram às preliminares, não havendo nenhuma menção ao mérito da ação fiscal.

Em seguida registra que o estabelecimento autuado esteve na condição de empresa de pequeno porte e fez opção pelo enquadramento no Simples Nacional, nos períodos de 23/05/2011 a 30/09/2013 e 01/01/2014 a 31/12/2015.

Mais adiante, destaca que o segmento no qual está inserido a empresa, tem por atividade econômica principal, comércio atacadista de máquinas e equipamentos para uso comercial; partes e peças, CNAE 4665600.

Pontua que o procedimento de cálculo do lançamento foi descrito na página 01 do Auto de Infração, com indicação dos relatórios e do Termo de Encerramento, página 10, como descrição complementar, para que o Autuado tivesse pleno entendimento das infrações que lhe foram imputadas, de modo que a descrição dos fatos seguiu orientação prevista no art.39, inciso III do RPAF/99.

Diz, também, que, para o levantamento fiscal foi aplicado o roteiro de verificação da Antecipação Parcial e Substituição Tributária, exercício de 2015, no qual confrontou as NF-e de entrada interestadual (vide CDROOM, página 33), Livro de Entrada (páginas 35 a 56), com o Documento de Arrecadação Estadual (páginas 57 a 77) correspondente.

Consigna que realizou os levantamentos fiscais para apuração da diferença do ICMS antecipação parcial com base no art. 12-A, cuja base de cálculo é o valor destacado na NF-e interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização.

Observa que, na descrição dos fatos informou que “Ao realizarmos os levantamentos fiscais para apuração da Antecipação Tributária Parcial e Total de contribuinte optante pelo SIMPLES NACIONAL, carregamos as notas fiscais interestaduais de entrada com os DAE's equivalentes, cujo código de receita é o 2175 (ICMS Antecipação Parcial), 1145 (ICMS Antecipação Total), referentes aos exercícios de 2015. Assim, constatamos que o contribuinte recolheu a menor e deixou de recolher parte do pagamento (setembro/2015) da antecipação parcial, conforme planilhas

anexas”.

Diz ter transcrito a base legal do art. 12-A da Lei nº 7.014/96, bem assim o art. 23 inc. III, que destaca.

Esclarece, também, que, no período fiscalizado foram lavrados dois Autos de Infração contra a empresa em questão. A informação fiscal atinente ao ICMS Simples Nacional foi prestada no Auto de Infração nº 210415.0043/19-8. Este auto de infração de nº 210415.0044/19-4, já identificado no cabeçalho desta informação fiscal, é referente ao ICMS antecipação parcial e total. Entende, então, que os pontos elencados na defesa não adentram no mérito da ação fiscal.

Registra que no item II da defesa, o impugnante alega que ao identificar erro nas declarações, a empresa procedeu à regularização, declarando ICMS no valor de R\$1.920.080,21 (página 82). Destaca que não foram apontados períodos e receitas referentes ao ICMS declarado acima. Ao pesquisar o INC Fiscal da Sefaz BA constatou que não houve nenhuma arrecadação do ICMS Antecipação Parcial (código 2175), além daquelas anexadas a este auto de infração (páginas 16 e 17).

Entende que o impugnante não contestou as infrações do ICMS antecipação parcial que lhe foram imputadas neste auto de infração.

Quanto à reclamação do autuante de que a multa é confiscatória, esclareço que sua base legal está no artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, os quais transcreve.

Conclui afirmando que as justificativas apresentadas pelo impugnante com fito de suprimir a ação fiscal, sem apresentação de provas materiais, contrárias àquelas já anexadas aos autos, não foram capazes de elidir a ação fiscal, e, portanto, considera devido o ICMS Antecipação Parcial baseado nas infrações 01 e 02, razão pela qual pede que o Auto de Infração seja julgado procedente.

À fl. 99, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ao sujeito passivo o ICMS antecipação parcial, que deixou de recolher ou recolheu a menos, 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, conforme demonstrativos às fls. 08/32 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 33, seja em relação a infração 01, ou seja em relação a infração 02, todas as duas infrações, com enquadramento no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, c/c art. 321, inc. VII, alínea “b” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

A exigência tributária da antecipação parcial do ICMS, com vigência a partir de 1º/03/2004, foi estabelecida no Estado da Bahia por meio da Lei nº 8.967/03, acrescentando o art. 12-A na Lei nº 7.014/96, que a seguir destaco:

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. (Grifos acrescidos).

Da análise das peças processuais, vê-se que o estabelecimento autuado esteve na condição de empresa de pequeno porte e fez opção pelo enquadramento no Simples Nacional, nos períodos de 23/05/2011 a 30/09/2013 e 01/01/2014 a 31/12/2015. O Auto de Infração, em tela, diz respeito ao período de fiscalizado de 01/01/2015 a 31/12/2015, portanto o estabelecimento autuado estava, à época dos fatos geradores do presente lançamento, na condição de empresa optante do Simples Nacional, o que não é negado pelo sujeito passivo.

Neste contexto, cabe aqui fazer uma digressão sobre a exigência do ICMS Antecipação Parcial para os estabelecimentos empresariais optantes do Simples Nacional. Pois bem! O próprio dispositivo de regência do Simples Nacional, mais especificamente o art. 13, VIII, § 1º, XIII, “g”, item 2, da LC 123 de 14/12/2006 é claro em destacar que o recolhimento dos tributos decorrentes de suas atividades no formato diferenciado do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS, nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outras unidades da Federação, sem encerramento da tributação, que é o caso objeto das mercadorias integrantes do demonstrativo de débito de fls. 8/32 dos autos, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, como assim se apresenta a autuação.

Para clareza do exposto, destaco o art. 13, VIII, § 1º; XIII, “g”, item 2, da LC 123/2006 de 14/12/2006, que estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado do Simples Nacional:

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

(...)

VIII - 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:

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

Assim, estando às provas documentais da acusação fiscal apensadas aos autos, as quais foram todas fornecidas ao sujeito passivo, possibilitando o pleno exercício do direito de defesa, o qual se absteve de fazê-lo, exceto quanto a arguição ao direito de autoregularização pelo princípio da boa-fé, bem assim a revisão da penalidade aplicada pelo princípio do não confisco, vejo, portanto, caracterizada as infrações.

Há de se ressaltar que, 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.

É fato que, na forma do que dispõe o art. 12-A da Lei nº 7.014/96, que rege o ICMS no Estado da Bahia, combinado com o art. 13, VIII, § 1º; XIII, “g”, item 2, da LC 123/2006 de 14/12/2006, em que estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado do Simples Nacional, nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida Antecipação Parcial do ICMS, 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. Neste sentido entendo subsistente os itens 01 e 02 do Auto de Infração, em tela.

Sobre o destaque da autoregularização, em relação ao fato de que, após ter identificado que houve erro nas declarações, a empresa Autuada promoveu a sua regularização, declarando ICMS no valor de R\$ 1.920.080,21, destaco que o Autuado nada trouxe aos autos, qualquer anotação, demonstrativo ou planilha, que indicasse que tal regularização tivesse ou tenha alguma repercussão no lançamento sob análise.

Aliás, sobre tal tópico de arguição, a agente Fiscal Atuante, em sede de Informação Fiscal, consignou que, ao pesquisar o INC Fiscal da SEFAZ/BA, constatou que não houve nenhuma

arrecadação do ICMS Antecipação Parcial (código 2175), além daquelas já consideradas no levantamento fiscal.

Por sua vez, em relação à arguição de confisco da multa aplicada, à luz do artigo 150, IV, da CF/88, amparada em decisões do STF, saliento que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99. Cabe destacar, entretanto, que o Auto de Infração obedeceu em sua lavratura ao disposto nos arts. 39, 40, 41 do citado diploma legal, e se encontra apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, sendo que a agente Fiscal Autuante cumpriu o seu dever funcional em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia.

Sobre a multa aplicada, esta tem previsão legal e deve ser mantida, pois em conformidade com o art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96 é a devida para a infração cometida.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210415.0044/19-4**, lavrado contra **BAHIA FORTE DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.533,54**, acrescido de 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, 10 de dezembro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA