

PROCESSO	- A. I. 232887.0006/05-3
RECORRENTE	- CELESTE ARAÚJO SANTOS DE CONCEIÇÃO DO COITÉ (BELEZA MODAS)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0104-03/06
ORIGEM	- INFRAZ SERRINHA
INTERNET	- 14/09/2006

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0295-12/06

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação tributária estadual não dispensa do pagamento do imposto as empresas cadastradas no SimBahia. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a referida Decisão prolatada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JJF 0104/03-06, que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe

O Auto de Infração exige ICMS no valor de R\$24.895,18, acrescido da multa de 50%, além de multa por falta de cumprimento de obrigação acessória no valor de R\$280,00, em razão das seguintes infrações:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS, por antecipação parcial, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado – R\$2.473,71.
2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado – R\$22.421,47.
3. Declarou incorretamente os dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DME (Declaração de Movimento Econômico de Microempresa), relativo a declaração de valores a menos nos exercícios de 2003 e 2004 – R\$280,00.

O autuado inicialmente discorre sobre as infrações e esclarece que apura o ICMS pelo regime simplificado (Simbahia-ME).

Preliminarmente, suscitou a nulidade da autuação, sob o argumento de que o lançamento fiscal não obedeceu à legislação estadual, sem que tivesse sido lavrado o Termo de Ocorrência, circunstanciando os fatos no livro próprio, além de que “*o demonstrativo que acompanha não especifica a margem de lucro aplicada*”. Disse que, no seu entendimento, este procedimento traz prejuízo a sua defesa, ao dificultar provar ao contrário daquilo que está sendo acusado, invertendo, assim, o ônus da prova, nos termos dos art. 333, I, c/c o art. 126, do CPC, e art. 4º, da LIC e 108, I, do CTN.

Afirmou que para ter eficácia jurídica o lançamento de ofício deve obedecer o devido processo legal e que, na presente situação, não tendo sido indicada qual foi a margem de valor agregada utilizada no cálculo do imposto, ficou impedido de exercer o seu direito de defesa.

No mérito, disse que a Lei nº 8.967/03, que instituiu o ICMS antecipação parcial, fere regras técnicas e constitucionais que regulam a apuração do imposto pelas empresas cadastradas no

Simbahia, tendo em vista que é vedada a utilização do crédito fiscal relativo ao imposto pago a título de antecipação parcial por parte das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Argumentou que a Constituição Federal assegura um tratamento fiscal diferenciado às Microempresas, enquanto a mencionada Lei baiana conferiu tratamento tributário diferenciado e prejudicial para os pequenos empresários, ferindo os princípios isonômicos e da capacidade contributiva.

Transcreveu às fls. 299 a 301, a Lei nº 8.967/03 e o Decreto nº 8.969/04 e disse que os diplomas legais mencionados, estabelecem prazos de recolhimento que privilegiam os contribuintes credenciados em detrimento do pagamento antecipado, pelas empresas não credenciadas, no momento da entrada no território do Estado.

Disse que, mesmo admitindo-se a constitucionalidade da antecipação parcial, este mecanismo é incompatível com os princípios constitucionais de liberdade de exercício comercial e da isonomia (art. 170 e 179 da CF), desestabilizando os contribuintes inscritos no SimBahia.

No que se refere ao imposto exigido a título de antecipação tributária, relativo a mercadorias adquiridas em outros Estados, disse que este procedimento altera o regime especial de apuração e pagamento do ICMS, que no seu caso (Microempresa) é pago através da conta de energia elétrica.

Quanto à terceira infração, disse que decorre das duas infrações anteriores e a multa por descumprimento de obrigação acessória deve ser absorvida pela multa por descumprimento da obrigação principal.

Salientou que as pessoas encarregadas de promover o julgamento do Auto de Infração, não podem deixar de apreciar a constitucionalidade e aplicação dos princípios constitucionais, mesmo que sejam passíveis de revisão pelo Poder Judiciário e que a autoridade competente, ao deparar-se com questão que entenda ser inconstitucional, deve propor ação junto ao STF, ficando sobrestado o julgamento dos processos, enquanto perdurar o julgamento da ação.

Por fim, requereu que fossem acatadas as preliminares de nulidades e, se não acatadas, que o Auto de Infração fosse julgado improcedente.

A autuante inicialmente discorreu sobre as infrações e sobre os argumentos defensivos de que não registrou qualquer Termo de Fiscalização no livro RUDFTO, dizendo que isso não ocorreu pelo fato de que o autuado, mesmo tendo sido intimado duas vezes (fls. 8 e 9), não fez a entrega do mencionado livro.

Transcreveu o art. 30 do RPAF/BA, para demonstrar que, quando o Auto de Infração for emitido através de sistema eletrônico de processamento de dados, e que o Auto de Infração e Termo de Encerramento de Fiscalização, constituem um instrumento único que deve ser registrado no livro de ocorrência “se houver”. Não tendo apresentado o livro, foi dado ciência da autuação por meio de entrega de uma via do Auto de Infração, mediante recibo, conforme fl. 3.

Afirmou que não procede a alegação defensiva de que desconhece a MVA aplicada de 35%, relativo a calçados, produtos que comercializa, conforme indicado no cabeçalho de todas planilhas juntadas aos autos e que não cabe a aplicação de qualquer MVA no cálculo da antecipação parcial.

Citou os artigos do RICMS/BA que regulamentam a substituição tributária, inclusive a possibilidade de parcelamento do débito, instituído pelo Decreto nº 9.305/03, sem precisar requerer o parcelamento.

Quanto à infração 2, afirmou que o contribuinte exerce atividades comerciais desde 02/10/02 e não vinha procedendo o recolhimento do ICMS por antecipação com regularidade.

Em relação à infração 3, disse que nas DME's entregues pelo contribuinte à SEFAZ, não constam os valores das mercadorias cujas notas fiscais foram coletadas no CFAMT. Ressaltou que o cadastramento do contribuinte no Simbahia depende da formalização de sua opção, desde que preencha os requisitos demandados

Finalizou dizendo que, para efetivar o presente lançamento, juntou a este processo as cópias de livros e documentos fiscais e requereu que fosse mantido o Auto de Infração na sua íntegra.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 317), tendo o contribuinte se manifestado às fls. 320 a 322, reiterando integralmente o mesmo teor da defesa inicial.

Através do Acórdão JJF Nº 0104/03-06, a 3ª JJF julgou Procedente o Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) a primeira nulidade suscitada, concernente ao argumento de que não foi obedecido o devido processo legal, pela ausência de registro do Termo de Ocorrência no livro próprio e por cerceamento do direito de defesa, uma vez que não foi indicada a margem de valor agregada utilizada no cálculo do imposto, entendeu a primeira instância que a mesma “*não pode ser acolhida, haja vista que apesar de não constar nos autos, ter sido registrado o Termo de Encerramento de Fiscalização nos livros próprios, o contribuinte tomou conhecimento de sua lavratura, no momento da ciência no próprio Auto de Infração, conforme documento acostado à fls. 3*”; logo, prossegue, “*não ficou caracterizado o cerceamento do direito de defesa pretendido pelo autuado, tanto isso é verdade, que o contribuinte se defendeu da acusação que lhe foi imputada*”;
- b) no que concerne à segunda preliminar de nulidade, entendeu que, ao contrário do que foi afirmado pelo autuado, “*os demonstrativos juntados pelo autuante às fls. 70 a 74 indicam com clareza a apuração do ICMS por antecipação, inclusive com a indicação correta da Margem de Valor Agregado (MVA), possibilitando determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito*”, não havendo, pois, “*motivo para declaração de nulidade nos termos dos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/BA*”;
- c) quanto ao mérito da infração 1, entendeu que “*é uma opção do contribuinte cadastrar-se no SimBahia, que tem regime diferenciado para apurar o imposto, mediante pagamento de um valor fixo (ME) ou um percentual sobre o faturamento (EPP), sendo vedada a utilização de qualquer crédito fiscal*”; outrossim, asseverou que “*fica dispensado do pagamento do ICMS diferença de alíquota, pode comprar determinadas mercadorias em indústrias localizadas no Estado, com alíquota reduzidas a 7% e no caso de estar cadastrada como Empresa de Pequeno Porte, deduzir do imposto apurado o incentivo por empregado*”; ademais, ressaltou que “*caso os benefícios estabelecidos no regime do SimBahia, não sejam vantajosos, o contribuinte pode optar pelo regime normal de apuração do imposto, o qual permite a utilização dos créditos fiscais, salvo as restrições previstas na legislação tributária*”, concluindo o entendimento no sentido de que “*o ICMS antecipação parcial foi instituído pela Lei 8.967/03, portanto é legal e estando o contribuinte inscrito como Microempresa, não está dispensado do pagamento do imposto, e correto o procedimento fiscal*”; no tocante ao argumento de que a Lei baiana estabelece tratamento tributário diferenciado prejudicial para os pequenos empresários, ferindo os princípios constitucionais de isonomia e da capacidade contributiva, decidiu que “*nos termos dos artigos 167, I e 168 do RPAF/99, não cabe a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da legislação tributária estadual*”;
- d) de referência à segunda infração, decidiu o *a quo* que “*não pode ser acatada a alegação defensiva de que o imposto exigido a título de antecipação tributária, altera o regime de apuração e pagamento do ICMS do contribuinte inscrito no SimBahia, tendo em vista que o imposto relativo a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária adquirida em outros Estados é previsto o seu pagamento por antecipação na legislação tributária estadual e os contribuintes inscritos no SimBahia não estão dispensados do seu pagamento, sendo legal o lançamento fiscal*”;
- e) quanto a terceira infração, entendeu a primeira instância que “*a multa aplicada por descumprimento de obrigação acessória, decorreu da declaração incorreta de dados informados nas DME's e não há uma correlação direta com a multa da obrigação principal*”

*da primeira (antecipação parcial) e segunda (substituição tributária) infração, motivo pelo qual não acato, devendo ser mantida”.*

Inconformado com a Decisão recorrida, interpõe o autuado Recurso Voluntário, traçando, inicialmente, escorço histórico a respeito do presente PAF, repisando as preliminares suscitadas em sua peça defensiva, aduzindo, ainda, que “*o lançamento fiscal consubstanciado na entrega de um recibo à autuada figura-se, deveras, prejudicial ao contribuinte, de modo que a simples ‘ciência’ sem a transcrição circunstanciada dos fatos diminui a capacidade de defesa do recorrente, além de dificultar a produção de prova sobre os fatos alegados pela própria Administração Pública*”. Assevera que a Lei nº 8.967/03 é inconstitucional, pois prejudica o pequeno empresário, tratando desigualmente os iguais. Reitera, de forma incisiva, o argumento de que os órgãos administrativos devem, sim, enfrentar as alegações de inconstitucionalidade, sob pena de, em se omitindo, estarem também violando a Constituição Federal. Ao final, pugna pela Nulidade do presente Auto de Infração.

Em seu Parecer a ilustre representante da PGE/PROFIS, inicialmente, observa que o recorrente se manifesta tão-somente em relação à infração 1, que trata da antecipação parcial por microempresa, nas aquisições de mercadorias provenientes de outros Estados da Federação. Quanto à alegação de nulidade, entende a nobre Parecerista que “*o processo está em perfeita conformidade com as regras estabelecidas, tendo indicado precisamente as infrações imputadas, estando acompanhado de demonstrativos que indicam com precisão a base de cálculo, o que permitiu ao contribuinte a perfeita compreensão dos fatos a ele imputados, tendo apresentado Defesa na qual demonstra tal compreensão, já que contesta o mérito de todas as infrações na primeira instância*”. Assevera que “*a exigência de antecipação parcial está prevista na lei 8967/03 e regulamentada pelo Decreto nº 8969/04*”, não cabendo ao CONSEF a apreciação da alegação de inconstitucionalidade. Todavia, por amor ao debate, ressalta a representante da PGE/PROFIS que a legislação estadual encontra total suporte na constituição, sendo descabidas tais alegações. Transcreve, nesse sentido, trecho do artigo publicado no Jornal A TARDE, da lavra do Dr. Jamil Cabus Neto, Procurador-Chefe da PGE/PROFIS. No que tange ao argumento defensivo de que inadequada se apresenta a antecipação parcial ao regime simplificado do SimBahia, opina no sentido de que “*a opção pelo regime simplificado não exclui o dever do contribuinte em recolher o ICMS por substituição tributária quando este não é recolhido pelo Remetente, nos termos do quanto dispõe a própria lei instituidora do regime citado (Lei nº 7.357/98)*”, cujo teor do art. 5º, transcreve. Ao final, opina pelo improviso do Recurso Voluntário interposto.

## VOTO

Reparo algum merece o *decisum* de Primeira Instância. Senão, vejamos.

No que concerne à alegação de nulidade por ofensa ao princípio do devido processo legal, entendemos que razão alguma assiste o recorrente, uma vez que, apesar de não constar nos autos, o contribuinte tomou conhecimento acerca do encerramento da fiscalização quando da ciência do presente Auto de Infração (fl. 3), razão pela qual inexistiu qualquer cerceamento do seu direito de defesa, convindo salientar, ainda nesse envolver, que o mesmo compreendeu as infrações e sobre as mesmas se defendeu, inclusive com argumentos de ordem meritória.

Por outro lado, os demonstrativos acostados aos autos pelo autuante refletem, com clareza solar, a apuração do ICMS por antecipação, inclusive com a indicação correta da Margem de Valor Agregado (MVA), determinando-se, com segurança, a natureza da infração, o autuado e o montante do débito, pelo que fica também rejeitada esta preliminar.

No que concerne ao *meritum causae*, melhor sorte não assiste ao recorrente, que se limita, em sua peça recursal, à insurgência quanto à inconstitucionalidade da exigência de antecipação parcial para as microempresas.

Insta salientar que a mencionada exigência está prescrita na Lei nº 8.967/03 e devidamente regulamentada pelo Decreto nº 8.969/04, havendo, portanto, previsão legal para a cobrança do imposto na forma apresentada na presente autuação.

Ocorre que é de corriqueira sabença que não cabe ao CONSEF a apreciação da alegação de constitucionalidade, falecendo a este julgador, portanto, competência para apreciar a argumentação recursal e proferir Decisão valorativa nesse sentido.

*Pari passu*, de referência à alegação de inadequação da antecipação parcial ao regime simplificado do SimBahia, cura observar que a opção pelo regime simplificado não exclui o dever, por parte do recorrente, de recolher o ICMS por substituição tributária quando o mesmo não é recolhido pelo Remetente, nos termos do art. 5º, da Lei nº 7357/98.

Destarte, em face de tudo quanto acima exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, a fim de manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 232887.0006/05-3 lavrado contra **CELESTE ARAÚJO SANTOS DE CONCEIÇÃO DO COITÉ (BELEZA MODAS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.895,18**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b” item 1, da Lei nº 7.014/96, além da multa fixa de **R\$280,00** prevista no art. 42, XVIII, “c” da citada lei, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS