

A.I. Nº 232887.0006/05-3

AUTUADO CELESTE ARAÚJO SANTOS DE CONCEIÇÃO DO COITÉ
AUTUANTE NATANAEL CORDEIRO COUTINHO
ORIGEM INFAS SERRINHA
INTERNET - 10/04/06

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0104-03/06

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. a) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. A legislação tributária estadual não dispensa do pagamento do imposto as empresas cadastradas no SimBahia. Infração caracterizada. b) MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Em tais operações, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao adquirente (destinatário) efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO FISCAIS - DME. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Previsão legal para aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória. Rejeitadas as preliminares de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 22/12/05 e 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, na defesa apresentada às fls. 294 a 304, inicialmente discorre sobre as infrações e esclarece que apura o ICMS pelo regime simplificado (Simbahia-ME).

Preliminarmente suscita 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”. Diz 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.

Afirma 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, diz que a Lei 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 vedado a utilização do crédito fiscal relativo ao imposto pago a título de antecipação parcial por parte das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Argumenta 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 8.967/03 e o Decreto 8.969/04 e disse que os diplomas legais mencionados, estabelecem prazos de recolhimento que privilegia os contribuintes credenciados em detrimento do pagamento antecipado, pelas empresas não credenciadas, no momento da entrada no território do Estado.

Diz 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, diz 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, diz que decorre das duas infrações anteriores e a multa por descumprimento de obrigação acessória deve ser absorvida pela multa por descumprimento da obrigação principal.

Salienta 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 constitucional, deve propor ação junto ao STF, ficando sobreposto o julgamento dos processos, enquanto perdurar o julgamento da ação.

Por fim, requer que sejam acatadas as preliminares de nulidades e se não acatadas, que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

A autuante, na sua informação fiscal (fls. 313 a 316), inicialmente discorre sobre as infrações e sobre os argumentos defensivos de que não registrou qualquer Termo de Fiscalização no livro RUDFTO, diz que isso não ocorreu pelo fato de que o autuado mesmo tendo sido intimado duas vezes (fl. 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.

Afirma 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.

Cita os artigos do RICMS/BA que regulamentam a substituição tributária, inclusive a possibilidade de parcelamento do débito, instituído pelo Dec. 9.305/03, sem precisar requerer o parcelamento.

Quanto à infração 2, afirma 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, diz que nas DMEs entregues pelo contribuinte à SEFAZ, não constam os valores das mercadorias cujas notas fiscais foram coletadas no CFAMT. Ressalta que o cadastramento do contribuinte no Simbahia depende da formalização de sua opção, desde que preencha os requisitos demandados

Finaliza dizendo que para efetivar o presente lançamento, juntou a este processo as cópias de livros e documentos fiscais e requer, que seja 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.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade da autuação, sob 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, pelo fato de que não foi indicada a margem de valor agregada utilizada no cálculo do imposto.

Quanto a primeira nulidade suscitada, 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. Assim 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.

Quanto ao segundo argumento preliminar de nulidade, verifico 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. Portanto, não há motivo para declaração de nulidade nos termos dos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/BA.

No mérito, o autuado não contestou os valores do imposto apurado nas duas infrações, alegou apenas que o ICMS antecipação parcial prejudica as empresas cadastradas no SimBahia, ao exigir o pagamento do imposto e ao mesmo tempo não permitir a utilização do crédito fiscal relativo ao imposto pago.

Quanto a essa alegação, conforme ressaltou o autuante, 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. Em compensação, 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.

Ressalto 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. Concluo 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.

Quanto 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, ressalto 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.

No tocante à segunda infração, 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.

Quanto a alegação de que a terceira infração decorre das infrações anteriores e a multa deve ser absolvida pela multa por descumprimento da obrigação principal, verifico que a multa aplicada por descumprimento de obrigação acessória, decorreu da declaração incorreta de dados informados nas DMEs 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.

Por tudo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232887.0006/05-3 lavrado contra **CELESTE ARAÚJO SANTOS DE CONCEIÇÃO DO COITÉ**, devendo ser intimado o autuado 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 n.º 7.014/96, além da multa fixa de **R\$280,00** prevista no art. 42, XVIII, “c” da citada Lei e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

OLAVO JOSÉ GOUVEA OLIVA – JULGADOR