

A.I. - 088313.0003/06-2
AUTUADO - M.C. COM. DE PRODUTOS PARA LABORATÓRIOS DE ANÁLISES
AUTUANTE - NORMA LÚCIA AMARAL DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 17.07.2006

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0240-01.06

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração comprovada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Independentemente da condição em que estiver inscrito o contribuinte, é devida a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária, adquiridas fora do Estado para fins de comercialização. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2006, imputa ao contribuinte o cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1- Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), nos meses de dezembro de 2003, agosto de 2004, janeiro e outubro de 2005, sendo apurada a diferença mediante levantamento efetuado com base nas Notas Fiscais de entrada e saída, de acordo com os Demonstrativos de Débito, fls. 10/12. Total da Infração: R\$1.688,17. Multa imposta: 50%.

2- Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos meses de junho a agosto e outubro a dezembro de 2005. Consta que o contribuinte deixou de fazer a Antecipação Parcial nos meses indicados, conforme Demonstrativo de apuração às fls. 13/15, das Notas Fiscais apresentadas, cujas cópias xerox ou 2^a.vias estão anexadas ao presente processo(fls. 35/189). . Total da Infração: R\$14.810,73. Multa imposta: 60%.

3- Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, no mês de setembro de 2005. Consta que o contribuinte recolheu a menos a Antecipação Parcial referente ao mês de setembro de 2005, conforme Demonstrativo (fl. 14), relativo às Notas Fiscais recebidas de outras unidades da Federação. Total da Infração: R\$1.798,33. Multa imposta: 60%.

O autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls. 193/201), argüindo as seguintes preliminares: Auto lavrado fora do estabelecimento autuado, ineficácia parcial do procedimento fiscal. Afirma que o auto foi lavrado fora do estabelecimento, em clara ofensa ao princípio do contraditório, reportando-se ao Decreto Federal nº 70.235/72, e a doutrina, transcrevendo ensinamento do mestre Bernardo Ribeiro de Moraes, para corroborar o seu entendimento sobre a preliminar de invalidade do auto de infração.Exame de escrita realizada

por não-contador. Afirma não existir nos autos comprovação de ser o autuante Contador habilitado, para poder realizar os exames de escrita em livros e documentos contábeis e fiscais, e caso não seja comprovado por este o Auto de Infração não tem validade ou eficácia jurídica administrativa, por falta de capacidade técnica do agente. Cita a Lei nº. 4.717/65, art.4º. I, CF/88. art.5º, XIII.

Atacando o mérito da autuação, relativamente à infração 01, afirma que do valor exigido de R\$1.688,17, insurge-se contra o valor de R\$1.640,91, admitindo como valor procedente R\$47,26, pelas razões que passa a expor:

- a) No mês de referência 08/2004, a autuante consignou no Auto de Infração como diferença na Receita Bruta do mês (BC) o valor de R\$30.643,00, provocando uma diferença de R\$919,29, em decorrência de apuração do montante da Receita Bruta no mês pela autuante ter sido de R\$84.122,70. Afirma que no mês em referência apurou uma receita bruta de R\$45.742,46, que gerou ICMS no valor de R\$1.120,69, já quitado.
- b) No mês de referência 01/2005, a autuante fixou no Auto de Infração, diferença de Receita Bruta no mês (BC) no valor de R\$16.4547,33, resultando numa diferença de ICMS no valor de R\$493,72, em decorrência de apuração do montante da Receita Bruta no mês pela autuante ter sido de R\$54.695,26. Afirma que no mês em referência apurou uma Receita Bruta de R\$34.067,35, que gerou ICMS no valor de R\$851,69, já quitado.
- c) No mês de referência 10/2005, afirma que não contesta a diferença de ICMS no valor de R\$47,26, discriminada no Auto de Infração.
- d) No mês de referência 12/2005, a autuante fixou no Auto de Infração como diferença na Receita Bruta do mês (BC) o valor de R\$7.596,66, provocando uma diferença de ICMS no valor de R\$227,90, em decorrência de apuração do montante da Receita Bruta no mês pela autuante ter sido de R\$46.422,01. Afirma que no mês em referência apurou uma Receita Bruta de R\$45.854,60, que gerou ICMS no valor de R\$1.348,13, já quitado.

Quanto à infração 02, admite a existência do débito, no entanto, em valor menor do que exigido no Auto de Infração, considerando que a autuante ao efetuar os cálculos computou os valores relativos aos fretes que não constavam nas notas fiscais por terem sido cobrados à parte. Discorda, também, quanto ao percentual de multa de 60% imposta pela autuante com base no artigo 42, II, “d”, pois, entende que no caso a multa aplicável é de 50%, prevista no artigo 42, I, “b”,1, da Lei 7.014/96, que transcreve.

No que concerne à infração 03, também admite a existência do débito, no entanto, em valor menor do que exigido no Auto de Infração, considerando que a autuante ao efetuar os cálculos computou os valores relativos aos fretes que não constavam nas notas fiscais por terem sido cobrados à parte. Discorda, também, quanto ao percentual de multa de 60% imposta pela autuante com base no artigo 42, II, “d”, pois, entende que no caso a multa aplicável é de 50%, prevista no artigo 42, I, “b”,1, da Lei 7.014/96, que transcreve.

Prosseguindo, reporta-se a presunção fiscal e a atividade vinculada, para dizer que do total de R\$18.297,23, levantado pela autuante, apenas o valor de R\$47,26 é devido, tendo aquela se baseado em presunção fiscal, totalmente incompatível com a atividade vinculada e regrada da Administração Tributária, sendo o imposto exigido sem prova concreta da ocorrência do fato gerador. Diz, ainda, que as multas de 50% e 60% são confiscatórias, impedindo o adimplemento da obrigação, pedindo a sua redução total.

Finaliza, requerendo que o Auto de Infração seja julgado parcialmente nulo e que pela parte reconhecida da exigência, seja julgado procedente em parte.

Na informação fiscal apresentada (fls. 223/225), a autuante esclarece que o Auto de Infração foi lavrado na Repartição Fiscal, não tendo sido infringido o artigo 196, Parágrafo único do CTN, considerando que o contribuinte foi devidamente intimado, assim como foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização, (fl. 22) do RUDFTO (fl. 09), cuja cópia foi colada no referido livro. Diz, ainda, que foram assegurados todos os direitos ao contribuinte, conforme artigo 5º, LV, da CF. Acrescenta que o Auditor fiscal tem competência para fiscalizar e autuar, independentemente de ser ou não Contador.

Afirma que os Demonstrativos de Débitos da Empresa de Pequeno Porte – AUDIF 201, (FLS.10/12), foram efetuados com base nas notas fiscais apresentadas pelo contribuinte por ocasião da fiscalização. Esclarece que nos exercícios de 2003 e 2004, (fls. 10/11) a Receita Bruta acumulada, que serve de base de cálculo para apuração do ICMS a pagar está exatamente igual ao informado nas DME's (fls. 32/33), tendo sido o levantamento feito mês a mês. Já em 2005, o contribuinte informou o total da DME a menor em R\$22.055,17, o que explica a diferença apurada no mês de janeiro e outubro, ratificando a exigência no valor de R\$1.688,17.

Reportando-se à infração 02, admite o equívoco ao incluir o frete no cálculo da Antecipação Parcial, refazendo os cálculos reduzindo o ICMS exigido de R\$14.810,73, para R\$13.018,80 (fls.226/228).

Quanto à infração 03, também refaz os cálculos pelos mesmos motivos da infração 02, reduzindo o débito de R\$1.798,33, para R\$1.632,71 (fl. 228).

Ainda quanto à infração 01, diz que o valor exigido de R\$1.688,17, permanece inalterado, passando o débito total após as alterações efetuadas para o total de R\$16.339,68.

Finaliza, mantendo a autuação com as correções realizadas.

Intimado o autuado (fl. 229) para tomar conhecimento da informação fiscal, este se manifesta às fls. 232/239, tecendo diversas considerações sobre a informação fiscal prestada pela autuante e reitera os seus argumentos apresentados na peça defensiva, requerendo a redução do montante exigido de R\$3.645,72, passando o débito originalmente exigido de R\$18.297,23, para R\$14.651,51.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade, argüida pelo autuado, referente à lavratura do Auto de Infração fora do estabelecimento, tendo em vista que nos termos do artigo 39, §1º do RPAF/99, o Auto de Infração deverá ser lavrado no estabelecimento do infrator, na Repartição Fazendária ou no local onde se verificou a infração. Portanto, considerando que o Auto de Infração foi lavrado na Repartição Fazendária, não há que se falar em invalidade da autuação.

Rejeito, também, a arguição de nulidade pelo fato de o autuante não ser Contador habilitado para exercer a atividade, pois, dentre as atividades inerentes ao Auditor Fiscal, independentemente de ser ou não Contador, está a de Fiscalização e Arrecadação dos Tributos Estaduais, conforme §§1º e 2º, do art. 107 do COTEB (Lei nº 3.956/81), conforme transscrito abaixo:

“Art. 107 – Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e a arrecadação dos tributos estaduais.

§ 1º - A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais.

§ 2º - A lavratura dos autos de infração, com exigência de tributos, acréscimos e multas, é privativa dos Auditores Fiscais”.

O mesmo COTEB (Lei nº 3.956/81) estabelece em seu artigo 108, o seguinte:

“Art. 108. Os livros Fiscais e contábeis, bem como os documentos e demonstrativos comprobatórios dos lançamentos, são de exibição obrigatória aos agentes do fisco estadual”.

No que concerne às alegações de que a multa aplicada é punitiva e confiscatória e de constitucionalidade da ação fiscal, registro que nos termos do art. 125 do COTEB (Lei 3.956/81) e do art. 167, I, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de constitucionalidade ou a negativa de aplicação de lei ou ato normativo emanado de autoridade superior. Vale ressaltar que o autuante fundamentou as infrações e indicou as multas com base no RICMS/97 e na Lei nº 7.014/96.

Quanto à alegação de ofensa ao princípio do contraditório, verifico que no corpo do Auto de Infração consta no campo “descrição dos fatos” relatório apontando as irregularidades apuradas na ação fiscal. Também, em cada item da autuação, além da indicação da infração, se observa a descrição individualizada dos fatos apontados para cada infração, fazendo parte do Auto de Infração todos os papéis do levantamento e demonstrativos anexados aos autos. Assim, não vislumbro a existência de nenhuma das hipóteses de nulidade previstas no art. 18 do RPAF/99.

No mérito, analisando as peças que compõem o presente processo, constato que relativamente às infrações 02 e 03 – que cuidam, respectivamente, da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização; e do recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização-, a autuante admite ter incorrido em equívoco, diga-se de passagem, apontado pelo autuado na peça defensiva, ao incluir na exigência fiscal de ambos os itens o valor do frete de Conhecimentos de Transporte no cálculo da Antecipação Parcial, refazendo os cálculos conforme demonstrativos que anexa (fls.226/228), no qual passa a exigência de ICMS da Infração 02 de R\$14.810,73, para R\$13.018,80 e da Infração 03, de R\$1.798,33, para R\$1.632,71.

Verifico, entretanto, que no demonstrativo acima referido existe um equívoco relativamente à Infração 02, decorrente do somatório das parcelas mensais retificadas, pois, o valor total encontrado pela autuante foi de R\$13.018,10, e a soma dos totais das parcelas relativas aos meses de junho, julho, agosto, outubro, novembro e dezembro/2005, totalizam o valor de R\$14.185,29.

Diante disso, a Infração 02 é parcialmente subsistente, passando a exigência originalmente de R\$14.810,73, para R\$14.185,29. Já a Infração 03, também é parcialmente subsistente, passando de R\$1.798,33 para R\$1.632,71.

Vale registrar que assiste razão ao autuado quanto à multa aplicável às duas infrações acima reportadas, pois, a autuante impôs a multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96, quando o correto é a multa de 50%, prevista no artigo 42, inciso I, alínea “b”, item 1, do mesmo Diploma legal, conforme abaixo transcreto:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

I - 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares:

a) quando as respectivas operações ou prestações estiverem escrituradas regularmente nos livros fiscais próprios;

b) tratando-se de pessoas dispensadas da escrituração regular de livros fiscais, exceto nos casos de infrações constatadas no trânsito de mercadorias, relativamente ao pagamento:

1 - do imposto devido por microempresas comerciais varejistas empresas de pequeno porte , microempresas e ambulantes, nas entradas de mercadorias sujeitas a antecipação ou substituição tributária, quando procedentes de fora do Estado;”.

Quanto à Infração 01 - que trata da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA)-, constato que relativamente ao mês de dezembro de 2003 (12/03), o autuado apesar de trazer as relações das notas fiscais totalizando as vendas do referido mês, aponta como total das saídas o valor de R\$45.854,60 e não R\$46.422,01, como identificado pela autuante. No entanto, deixa de apontar em qual mês ou quais meses naquele exercício os valores da receita foram apontados em quantia divergente do demonstrativo apontado pela autuante, haja vista que o total das receitas do período de janeiro a dezembro de 2003, apontado pela autuante correspondem ao mesmo valor informado na DME, ou seja, o valor de R\$579.255,48.

No entanto, verifico que a diferença encontrada pela autuante, decorreu basicamente do equívoco incorrido pelo autuado ao adotar o percentual de 3% e não 3,5%, na apuração do imposto devido no mês de dezembro de 2003, considerando que neste mês a receita bruta ajustada passou para o percentual de 3,5%, por ter ultrapassado a faixa de R\$480.000,00. Assim, mantida a autuação quanto a este período, sendo o ICMS devido no valor de R\$227,90.

No que concerne ao período de agosto de 2004, (08/04), constato que o valor recolhido em junho foi de R\$975,62, indicando que o valor da receita bruta neste mês foi de R\$39.821,54 e não R\$4.420,61, fato confirmado em razão do ICMS recolhido pelo autuado. Assim, a receita bruta do mês de agosto não foi de R\$84.122,70, conforme indicado pela autuante e sim de R\$45.742,46, inexistindo ICMS a recolher nesse exercício. Infração não caracterizada quanto a este período.

Quanto à exigência relativa ao mês de janeiro de 2005 (01/05), o contribuinte comprova que o total das suas vendas em 2005, foi de R\$513.969,87, conforme DME. Já a autuante aponta como total da receita bruta o valor de R\$536.205,04, contudo, sem demonstrar como chegou a tal diferença, aliado ao fato de não ter relacionado as notas fiscais de saídas para comprovar o valor apurado. O mesmo não ocorreu com o autuado, que relacionou nota a nota os valores das vendas diárias, identificando o total da receita auferida naquele mês. Assim, tomando por base o valor indicado pelo autuado, descabe a exigência do imposto no valor de R\$493,72, referente ao mês de janeiro de 2005 (01/05). Infração também não caracterizada quanto a este período.

No que diz respeito ao mês de outubro de 2005 (10/05), o autuado reconhece a irregularidade, ficando mantida a exigência no valor de R\$47,26. Assim, o item 01 da autuação é parcialmente subsistente, passando de R\$1.688,17, para R\$275,16.

Diante do exposto, o débito total do Auto de Infração passa de R\$18.297,23, para R\$16.093,14, conforme demonstrativo de débito abaixo:

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Valor Julgado
02.09.02	10	31/10/2005	09/11/2005	47,26
07.15.01	10	30/06/2005	09/07/2005	2.796,29
07.15.01	10	30/07/2005	09/08/2005	2.970,10
07.15.01	10	31/08/2005	09/09/2005	1.969,39
07.15.01	10	31/10/2005	09/11/2005	3.000,62
07.15.01	10	30/11/2005	09/12/2005	2.162,39
07.15.01	10	31/12/2005	09/01/2006	1.286,48
07.15.02	10	30/09/2005	09/10/2005	1.632,71
02.09.02	10	31/12/2003	09/01/2004	227,90
				16.093,14

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 088313.0003/06-2, lavrado

contra M. C. COMÉRCIO DE PRODUTOS PARA LABORATÓRIOS DE ANÁLISES CLÍNICAS LTDA.,
devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.093,14**,
acrescido da multa de 50%, previstas no artigo 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos
legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de julho de 2006.

CLARICE ANIZIA MÁXIMO MOREIRA- PRESIDENTE

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR