

PROCESSO - A. I. Nº 233099.2045/06-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - VAHEL COMERCIAL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3ª JJF nº 0026-03/08
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 24/07/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0201-12/08

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial de ICMS, em valor correspondente à diferença entre alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime de substituição tributária. Refeitos os cálculos, o imposto originariamente apurado ficou reduzido. Infração parcialmente elidida. Decisão recorrida mantida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, considerando que o julgamento levado a efeito pela instância originária configura Decisão totalmente favorável ao sujeito passivo, cujo o montante do débito exonerado pelo julgadores *a quo*, foi superior a R\$50.000,00.

O presente Recurso de Ofício se insurge contra a infração 1, a qual acusa o sujeito passivo de ter efetuado recolhimento a menos do ICMS por antecipação tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias de outros Estados, constatada através de notas fiscais do CFAMT, nos exercícios de 2004 e 2005, totalizando um débito de R\$220.914,49.

A 3ª JJF, ao julgar a impugnação interposta pelo autuado, concluiu pela procedência em parte da infração 1, reduzindo o débito de R\$220.914,49 para 107.658,75, sob os seguintes argumentos:

“A primeira Infração trata de recolhimento efetuado a menos da antecipação parcial do ICMS na aquisição de mercadorias, conforme demonstrativos às fls. 10/11 do PAF.

Em sua impugnação, o autuado alega que constatou equívocos no levantamento fiscal, requerendo, inicialmente, a nulidade ou a revisão do presente lançamento, e que o autuante fez levantamento por estimativa. Entretanto, os demonstrativos elaborados pelo autuante indicam que o levantamento fiscal foi efetuado com base nas Notas Fiscais endereçadas ao dependente, que não indicou os prováveis equívocos por ele constatados, conforme estabelece o art. 123 do RPAF/99, salientando-se que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99).

O autuado também alega que foi informado que não precisaria pagar a antecipação parcial, como contribuinte do SIMBAHIA. Entretanto, não assiste razão ao dependente, haja vista que deve ser efetuado o pagamento da antecipação parcial do ICMS, independente do regime de apuração adotado pelo contribuinte, conforme art. 352-A, do RICMS/97, que estabelece:

Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de

mercadorias para fins de comercialização, 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 IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

O defendente diz que, da análise efetuada nas peças que compõem o presente processo e do cotejo com a legislação quanto ao tratamento tributário dado às mercadorias sujeitas à antecipação, tem a certeza que os argumentos defensivos afastam a exigência fiscal. Cita, também, os arts. 399-A, inciso I, alínea “b” e 371, do RICMS/97.

Considerando que não ocorre a incidência da antecipação parcial em relação às mercadorias enquadradas na Substituição Tributária, por determinação desta JF (fl. 1.150) o autuante refez os cálculos, excluindo do levantamento fiscal as Notas Fiscais correspondentes às citadas mercadorias, conforme demonstrativos de fls.1.154 a 1.177 do PAF.

Como o autuado não comprovou o pagamento da antecipação parcial na primeira repartição fazendária do percurso de entrada no Estado, e não preenchia os requisitos estabelecidos na Portaria 114/2004, em decorrência da falta de seu credenciamento, é devido o imposto exigido no presente lançamento, após a revisão efetuada pelo autuante, ficando alterado o débito originalmente apurado para R\$107.658,75, sendo R\$38.902,06 (2004) e R\$68.756,69 (2005), conforme planilhas de fls. 1154/1155, acatadas neste voto.

O autuado alegou, também, que não houve má fé, dolo, fraude ou simulação, e com esse argumento pode-se entender que estaria pedindo dispensa ou redução da multa exigida em decorrência da falta de pagamento do imposto. Entretanto, não pode ser atendida a pretensão do autuado, haja vista que este órgão julgador não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o § 1º, do art. 169, do RPAF/99. Infração subsistente em parte.”

No tocante a infração 2 “recolhimento a menor de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte foi desenhado de EPP para Normal em função de declarações falsas na DME relacionadas com as entradas de mercadorias tributáveis, constatadas através do CFAMT, relativo aos exercícios de 2004 e 2005”, os Julgadores da 2ª CJF, durante a Sessão de julgamento, por unanimidade, resolveram converter o julgamento em diligência, a ser realizada pela PGE/PROFIS, para se apurar a regularidade da infração 2, tendo formulado os seguintes quesitos:

1. Em face das disposições da Lei nº 7.357/98, que tratava do regime de apuração simplificado do ICMS, qual a autoridade competente para efetuar a exclusão de ofício e determinar a perda do direito à apuração e pagamento do imposto com os benefícios do SimBahia?
2. Poderia o ato de desenhamento do SimBahia ser formalizado através de Auto de Infração?
3. A exclusão do contribuinte do SimBahia, via lançamento “ex-ofício”, resultou em violações e regras e princípios do processo administrativo fiscal?
4. Caso a resposta do item anterior seja pela ilegalidade do procedimento adotado pela fiscalização qual deveria ter sido o rito a ser cumprido pela Inspeção Fiscal para desenhamento o contribuinte do regime simplificado de apuração do ICMS?

A PGE/PROFIS, no tocante ao quesito 1, asseverou que a Autoridade competente para efetuar a exclusão de ofício e/ou determinar a perda do direito ao regime simplificado de apuração do imposto fiscal deveria ser, no mínimo o Inspetor Fazendário, se esse entendesse ser necessário.

Quanto a possibilidade do desenhamento do regime do SimBahia ser formalizado através do auto do infração, afirmou a Procuradoria que tal hipótese só poderia ocorrer se fosse dado um prazo razoável ao contribuinte para, se querendo, apresentar a sua impugnação em relação ao

desenquadramento de ofício, bem como se adaptar ao novo regime de tributação, caso se conforme com a referida exclusão retroativa.

No que se refere a ocorrência de violações as regras e princípios do processo administrativo fiscal, na exclusão do contribuinte do SimBahia, via lançamento de ofício, a PGE respondeu que houve violações aos princípios do contraditório e do devido processo legal, isto porque não foi dado ao contribuinte o direito de se defender do desenquadramento do regime do SimBahia, e segundo porque o desenquadramento foi realizado por autoridade incompetente – Auditor Fiscal.

No tocante ao quarto quesito, formulado na diligência, questionando acerca do rito que deveria ter sido cumprido pela inspetoria fiscal para desenquadrar o contribuinte do regime simplificado de apuração do ICMS, embora não conste de forma expressa este quesito, é possível se inferir a sua resposta no decorrer do Parecer. Segundo a D. Procuradoria, a Autoridade competente para declarar a perda do direito à adoção do tratamento tributário do SimBahia é o Inspetor Fazendário, desde que o mesmo entenda que tal atitude seja necessária, oportuna e conveniente.

Na hipótese do Inspetor Fazendário entender que a empresa deverá ser desenquadrada do SimBahia, deverá determinar a notificação do sujeito passivo, concedendo prazo para que o mesmo possa adotar as providências que entender cabíveis no sentido de, por exemplo, demonstrar a inexistência de motivação para a exclusão de ofício ou promover o ajuste em seus estoques, caso seja, realmente feito o desenquadramento. Após o transcurso do prazo concedido pela repartição fazendária ao contribuinte, havendo, realmente, a exclusão de ofício do SimBahia, o ICMS deve ser calculado por meio de Auto de Infração, a partir dos fatos geradores da infração de natureza grave.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 3ª junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, considerando que o julgamento levado a efeito pela instância originária configura Decisão totalmente favorável ao sujeito passivo, cujo o montante do débito exonerado pelo julgadores *a quo*, foi superior a R\$50.000,00.

A análise das razões proferidas pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, observa-se que a Decisão hostilizada não merece qualquer reparo, uma vez que o Julgador *a quo*, de forma muito clara expôs os motivos que lhe convenceram em votar pela procedência parcial da infração 1, reduzindo a exigência fiscal de R\$220.914,49 para R\$107.658,75.

Compulsando os autos, verifica-se que a redução do débito decorreu de uma revisão fiscal realizada pelo próprio autuante, por determinação da JJF, pelo fato do mesmo, ao ter lavrado o Auto de Infração, exigiu imposto de mercadorias em decorrência da substituição tributária, quando o autuado já havia recolhido o imposto através antecipação tributária.

Como se vê, a 3ª JJF, converteu o processo em diligência à INFAZ de origem para o autuante excluir do levantamento fiscal as Notas Fiscais correspondentes a lâmpadas e reatores, bem como determinou a exclusão da ação fiscal referente às aquisições de mercadorias neste Estado.

Após o cumprimento da diligência, o preposto fiscal apresentou uma nova planilha de débito, com as exclusões requeridas pela JJF, a qual foi acatada pelos julgadores *a quo*.

Analisando a legislação pertinente à matéria sub-analise, verifica-se que a Decisão da Junta de julgamento Fiscal encontra-se correta, uma vez que a legislação tributária deste Estado não prevê a incidência da antecipação parcial em relação às mercadorias enquadradas na substituição tributária, nos termos do art. 353, II, do RICMS, bem como pelas mercadorias adquiridas neste Estado.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado.

Tendo em vista a diligência fiscal, na qual resultou o Parecer de fls. 1218 a 1223, remeta-se o presente PAF à PGE/PROFIS, para analisar a possibilidade de Representação Fiscal, em relação à infração 2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233099.2045/06-3**, lavrado contra **VAHEL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$188.882,64**, acrescido das multas de 50% sobre R\$107.658,75 e 60% sobre R\$81.223,89, previstas no art. 42, incisos I, alínea “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96, e II, alínea “a”, da mesma Lei, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS - RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS