

A. I. N° - 233099.2045/06-3
AUTUADO - VAHEL COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - MARCOS VINÍCIUS BORGES DE BARROS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 29/02/2008

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0026-03/08

EMENTA: ICMS. 1. 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 do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime de substituição tributária. Refeitos os cálculos, o imposto originalmente apurado ficou reduzido. Exigência fiscal subsistente em parte. 2. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. DESENQUADRAMENTO DE OFÍCIO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. A legislação prevê a perda do tratamento tributário do SIMBAHIA em decorrência de infração considerada pela legislação de natureza grave, apurando-se o imposto pelo regime normal de apuração. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de revisão fiscal. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 07/12/2006, refere-se à exigência de R\$302.138,38 de ICMS, acrescido das multas de 50% e 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias de outros Estados. Antecipação parcial recolhida a menos constatada através de notas fiscais do CFAMT, nos exercícios de 2004 e 2005. Valor do débito: R\$220.914,49.

Infração 02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte foi desenquadrado de EPP para o regime normal, em função de declarações falsas na DME, relacionadas com as mercadorias tributáveis apuradas através do CFAMT, nos exercícios de 2004 e 2005. Valor do débito: R\$81.223,89.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 1.118 a 1.139), após transcrever o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, e discorrer sobre a descrição dos fatos, alega que constatou equívocos no levantamento fiscal, requerendo, inicialmente, a nulidade ou a revisão do presente Auto de Infração. Aduz que não houve má fé na escrituração fiscal e contábil e o autuante fez levantamento por estimativa. Diz que foi informado que não precisaria pagar a antecipação parcial, como contribuinte do SIMBAHIA, que auferia receita bruta pelas vendas de mercadorias, e caso não sejam acatados esses argumentos, alega que houve excesso de tributação apurada com juros, multa e correção monetária, e o Parecer do Jurista Antônio Ferreira Álvares da Silva é suficiente e esclarecedor sobre a matéria pertinente à correção monetária. O defendente salienta que a jurisprudência da Suprema Corte trata da matéria pertinente à correção monetária, e quanto aos juros, cita o art. 4º, do Decreto nº 22.626/33 (Lei de Usura). Quanto a essa

matéria, cita a jurisprudência. Afirmar que o órgão fiscalizador pretende exigir multa de 50% e 60%, mas o Novo Código Civil e o Código de Processo Civil estatui que as multas moratórias não poderão ser superiores a 2% do valor do débito. O autuado alega que comercializa com mercadorias sujeitas à antecipação, o que implica dizer que nunca deveria ter escolhido a modalidade de recolhimento do ICMS pelo sistema SIMBAHIA. Cita o art. 5º, inciso II, da Lei 7.357/98, e argumenta que analisando as 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 de que os argumentos defensivos afastam a exigência fiscal. Cita, também, os arts. 399-A, inciso I, alínea “b” e 371, do RICMS/97, e assegura que o estabelecimento autuado sempre cumpriu as normas legais, salientando que a matéria em exame já foi apreciada pelo CONSEF, que afasta a responsabilidade do adquirente em relação aos produtos sujeitos ao regime de antecipação tributária, no caso em que a operação esteja amparada por Acordo interestadual. O autuado diz que o imposto foi devidamente pago, foi surpreendido com a multa de 50% e 60%, mas a obrigação deverá ser reduzida a 1%. Invoca em seu favor o princípio da proibição de aplicação de penalidade com efeito confiscatório, uma vez que não agiu com dolo, simulação ou má fé. Prosseguindo, o autuado alega que está seguro da existência de erro no lançamento, diz que o sujeito passivo pode exercer o seu direito de defesa, conforme previsto no RPAF-BA, e que não há dúvida quanto à inexatidão do cálculo do imposto. Afirmar que a inscrição em dívida ativa de crédito da Fazenda que apresenta erros em sua determinação não pode ser admitida, e a administração pública deve orientar-se por vários princípios constitucionais, previstos no art. 37, da Constituição Federal. Comenta sobre os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e assegura que a administração deve corrigir os erros do lançamento para depois inscrever o débito não pago em dívida ativa. Portanto, afirma que de acordo com as disposições constitucionais, a Administração é obrigada a controlar a legalidade de seus atos, para que o lançamento efetuado com erro seja corrigido, independente de prévio protesto. O defendente finaliza, requerendo a improcedência do presente Auto de Infração, protestando por todos os meios de provas admitidas em direito.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 1.142/1.143 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que todos os demonstrativos que comprovam as irregularidades constatadas foram anexados ao PAF, e o contribuinte não apresentou qualquer elemento que modifique o lançamento, apenas tenta postergar o pagamento do imposto devido. Diz que o defendente demonstra desconhecimento do RICMS-BA, ao alegar que foi orientado pela repartição fiscal de que não estaria obrigado a recolher a antecipação parcial, dizendo que teria havido um levantamento por estimativa, mas o levantamento fiscal foi efetuado com base nas notas fiscais requisitadas do sistema CFAMT. Informa, ainda, que o contribuinte reconheceu o débito exigido no presente lançamento, chegando a solicitar uma reunião com a Inspetora Fiscal, para tentar efetuar o parcelamento. Esclarece que a primeira infração se refere ao recolhimento efetuado a menos da antecipação parcial, e a infração 02, trata do desenquadramento do autuado em virtude de ter sido apurada omissão de receitas relativas às notas fiscais de compras omitidas pelo contribuinte de seu movimento comercial, sendo concedido o crédito de 8% sobre estas notas fiscais de entradas, além de considerar os pagamentos efetuados a título de antecipação parcial e como EPP. Finaliza ratificando o presente Auto de Infração.

Considerando que não ocorre a incidência da antecipação parcial em relação às mercadorias enquadradas na Substituição Tributária, listadas no art. 353, II, do RICMS/97, esta JJF, mediante pauta suplementar, deliberou converter o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 1150) para o autuante excluir do levantamento fiscal as Notas Fiscais correspondentes a lâmpadas e reatores, a exemplo das NFs às fls. 110, 177, 233, 266, 281, 282, 381, 460, 461, 487, 527, 550, 560, 565, 626, 645, 647, 648, 707, 708, 778, 780, 781, 805, 905, 910, 943, 946, 947, 958, 989, 997, 1030, 1050, 1062.

Foi solicitado também, para excluir as Notas Fiscais referentes às aquisições neste Estado, a exemplo das NFs às fls. 350, 355, 358, 791, 792, 977 e 1035 do PAF, sendo recomendado o refazimento dos demonstrativos, discriminando nota a nota, nos respectivos meses, facilitando o

entendimento do autuado e conferência dos cálculos, na apuração do imposto efetivamente devido.

Em atendimento, o autuante prestou nova informação fiscal à fl. 1153, esclarecendo que foram refeitos os cálculos, conforme demonstrativos de fls.1154 a 1177 do PAF.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, o defendente apresentou nova manifestação às fls. 1183 a 1187, aduzindo que em nenhum momento teve a real oportunidade do direito de ampla defesa. Diz que desde a primeira intimação pelo autuante, a empresa apresentou justificativas, inclusive em relação ao Processo de nº 103.368-2/2005, em trâmite no Fórum Regional I – Santana, Município de São Paulo, Estado de São Paulo, em que a sócia Anne Caroline Silva, através de liminar, assumiu a administração da empresa. Informa que a mencionada liminar foi confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para afastar do gerenciamento da empresa o sócio Valter Oliveira Silva, deixando claro que nos períodos que antecederam ao dia 12/12/2005 o Sr. Valter sempre gerenciou a empresa. Assim, ao assumir a empresa, a sócia Ana Caroline procedeu a um levantamento de todo setor de contabilidade, e para a sua surpresa, foi informada pelos contadores que o Sr. Valter, dias antes da Liminar, adentrou na empresa e retirou sem a devida autorização, todos os documentos da contabilidade, inclusive livros, documentos, notas fiscais e outros. Não satisfeito com todo o processo litigioso em trâmite no Estado de São Paulo, o Sr. Valter emitiu contra a empresa impugnante, diversos títulos de outra empresa (FAMA). O defendente salienta que os fatos narrados são apenas para demonstrar as dificuldades encontradas para organizar a contabilidade da empresa, principalmente para demonstrar que em nenhum momento está tentando procrastinar o presente PAF. Diz que ainda não teve como averiguar direito as Notas Fiscais relacionadas no levantamento fiscal, e entende que deveria ser concedido um prazo maior para que o defendente pudesse verificar nota a nota, item a item, facilitando a conferência dos cálculos e apuração do imposto efetivamente devido. Pede que seja deferido um prazo razoável para a empresa tirar cópia de todas as notas fiscais acostadas aos autos, para que, em conjunto com a contabilidade, possa conferir e comprovar que alguns itens se enquadram no art. 343, II do RICMS/97, excluindo ainda diversas notas fiscais do Auto de Infração, dando à empresa a oportunidade inculpada no art. 5º, LV da Constituição Federal. Apresenta indagações sobre o real valor do Auto de Infração, e porque não foi demonstrado anteriormente item por item as Notas Fiscais. Requer o acolhimento das alegações defensivas e diz que se coloca à disposição da SEFAZ/BA para quaisquer outros esclarecimentos e solicitações, bem como juntar quaisquer outros documentos que sejam solicitados.

Em nova informação fiscal prestada à fl. 1.190, o autuante ratifica a informação fiscal de fls. 1.142/1.143, e o novo demonstrativo de débito. Quanto ao pedido apresentado pelo defendente para que seja concedido maior prazo e tirar cópias das Notas Fiscais objeto da autuação, diz que tais solicitações não procedem, uma vez que os documentos fiscais estão à disposição do autuado desde 07/12/2006, quando da lavratura e ciência do presente Auto de Infração.

Considerando a alegação do defendente de que não tomou conhecimento da existência das notas fiscais objeto da autuação fiscal e que não consta nos autos comprovação de que o autuado recebeu as cópias das planilhas elaboradas pelo autuante e das Notas Fiscais acostadas ao PAF, esta JJF deliberou converter o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 1.192), para a repartição fiscal intimar o autuado e lhe fornecer cópias de todos os demonstrativos e documentos fiscais que embasaram a lavratura do presente Auto de Infração, inclusive a informação fiscal, mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal. Foi solicitado que, na intimação ao defendente, fosse indicado o prazo de TRINTA dias para o mesmo se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

À fl. 1.195 do PAF, o autuado foi intimado na forma indicada na diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, constando na própria intimação a comprovação assinada pelo

representante do contribuinte, de que recebeu cópias das fls. 01 a 1.192 dos autos. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de nulidade apresentado nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada e acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade de revisão por estranho ao feito, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide. Ademais, o defendente não comprovou a necessidade de realização de diligência, e se trata de fato vinculado à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na posse do autuado, cuja prova poderia ter sido acostada aos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi apresentada pelo defendente qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, e por isso, indefiro o pedido de revisão fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

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 defendente, 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 defendente, 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 JJF (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.

Infração 02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta, na descrição dos fatos, que foi exigido o imposto pelo regime normal, em função de declarações falsas na DME, relacionadas com as mercadorias tributáveis apuradas através do CFAMT, nos exercícios de 2004 e 2005.

Em relação à exigência do imposto pelo regime normal, no presente processo, o defendente não apresentou qualquer documento ou demonstrativo para contrapor o levantamento fiscal, e a infração foi constatada a partir das notas fiscais do CFAMT, sendo fornecidas as respectivas cópias ao defendente.

Saliento que o RICMS/97 prevê a perda do tratamento tributário do SIMBAHIA em decorrência de infração considerada pela legislação de natureza grave, conforme determina o art. 408-L, incisos II, IV e VII (vigentes à época), abaixo reproduzidos:

***Art. 408-L.** Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa:*

***II** - que optar pelo enquadramento no Regime utilizando-se de declarações inexatas ou falsas;*

***IV** - constituída com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários;*

***VII** - que, comprovadamente, prestou declarações inexatas ou falsas, havendo dolo, fraude ou simulação.*

Entendo que devem prevalecer os valores apurados pelo autuante às fls. 8/9, tendo em vista que a exigibilidade do tributo foi efetuada considerando a alíquota normal, de 17%, e sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito foi aplicada a dedução de 8% a título de crédito fiscal presumido, de acordo com o previsto no § 1º, do art. 19, da Lei 7.357/98, alterada pela Lei 8.534/2002. Infração subsistente.

O defendente alega que houve excesso de tributação apurada com juros, multa e correção monetária e que foi surpreendido com as multas de 50% e 60%, devendo ser reduzida a 1%.

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicados corretamente os percentuais, de acordo com o art. 42, incisos I, “b” e II, “a”, da Lei 7.014/96.

Relativamente à taxa SELIC, não obstante as alegações defensivas, a mencionada taxa é prevista no inciso II, do § 2º, do art. 102, da Lei nº 3.965/81 (COTEB), não cabendo a este órgão julgador a declaração de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativos de fls. 1.154/1.155 e quadro abaixo:

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	PROCEDENTE EM PARTE	107.658,75
02	PROCEDENTE	81.223,89
TOTAL	-	188.882,64

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233099.2045/06-3**, lavrado contra **VAHEL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR