

A. I. N° - 206958.0009/07-4
AUTUADO - A A F COMÉRCIO DE ROUPAS E ACESSÓRIOS LTDA.
AUTUANTE - LUCAS XAVIER PESSOA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 19/12/2008

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0381-03/08

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO 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 da substituição tributária. Infrações parcialmente procedentes. 2. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto Infração foi lavrado em 19/09/2007 e exige ICMS no valor total de R\$13.920,70, acrescido da multa de 50%, em razão de três infrações.

Infração 01. Recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação parcial, na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração de ICMS – SIMBAHIA, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Exercícios de 2004, 2005 e 2006. Demonstrativos às fls. 09 a 11. ICMS no valor de R\$3.600,50.

Infração 02. Falta de recolhimento do imposto, na condição de microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA, no mês de março/2004. ICMS no valor de R\$100,00.

Infração 03. Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração de ICMS – SIMBAHIA, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Exercício de 2004- meses de abril, maio e outubro; Exercício de 2005- mês de dezembro; Exercício de 2006- meses de janeiro a junho, e de agosto a dezembro. Demonstrativos às fls. 06 a 08. ICMS no valor de R\$10.220,20.

O autuado, por intermédio de advogado com procuração à fl. 53, apresenta impugnação ao lançamento de ofício às fls. 49 a 52, descrevendo o enunciado da infração 01, e aduzindo que a exigência fiscal seria descabida e inconstitucional. Argüi que a legislação que criou a antecipação parcial para os pequenos e médios empresários da Bahia colide com o artigo 179 da Constituição da República, que reproduz. Que o Estado da Bahia agiu de forma inversa ao previsto naquele artigo, aumentando os tributos devidos pelos pequeno e micro empresários, ao invés de eliminá-los, ou reduzi-los. Que se exige que estes contribuintes paguem a antecipação parcial na entrada da mercadoria no posto fiscal de fronteira, sem direito a crédito fiscal a deduzir do imposto pago nas saídas. Que é um critério sem compromisso coma justiça fiscal,

impondo aos pequeno e micro empresários carga tributária mais elevada do que a imposta àqueles que recolhem o imposto pelo regime normal de apuração. Que o Estado da Bahia não industrializa, nem possui distribuidores capazes de atender à demanda de consumo do Estado, pelo que não se estaria estimulando o desenvolvimento do Estado, ao desestimular a aquisição de mercadorias fora do Estado. Que, por esta linha de raciocínio, ele, autuado, não tem como pagar o ICMS exigido na autuação, se já o pagou quando vendeu as mercadorias que deram origem ao fato gerador, porque então ocorreria “bis in idem”.

O contribuinte copia o teor das imputações 02 e 03 diz, em relação a ambas, que “deixou de recolher a exação apontada pelo auditor neste item em razão de dificuldades financeiras, aliadas as extorsivas taxas da penalidade aplicada decorrente da mora. Ademais, como dito no item número 01 acima, a exação aqui exigida bate de frente com o comando gravado no artigo 179, da Constituição Federal.”

Conclui requerendo que seja julgado improcedente o Auto de Infração, “pelo confronto direto com a Constituição Federal e o CTN.”

O autuante presta informação fiscal à fl. 56, aduzindo que a manifestação do autuado não apresenta oposição às infrações tipificadas, nem às bases de cálculo do ICMS devido, ou mesmo questões ligadas aos documentos que corroboram os demonstrativos anexados ao Auto de Infração, o que revela aceitação tácita de toda a exigência. Que o contribuinte também, em dois momentos, admitiu não ter recolhido a exação em razão de dificuldades financeiras, não sendo esta uma alegação a ser considerada do ponto de vista legal, inclusive porque a empresa teve lucros relevantes nos exercícios fiscalizados, conforme se depreende do demonstrativo acostado à informação fiscal (fl. 57). Conclui mantendo integralmente a autuação.

Diante da necessidade de garantir o direito de ampla defesa do sujeito passivo, e tendo em vista que não fôra juntado aos autos o recibo do autuado comprovando que o mesmo recebera cópia dos demonstrativos de fls. 06 a 11, e das notas fiscais de fls. 15 a 47, recolhidas no Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito - CFAMT, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu, à fl. 60, por converter o processo em diligência à INFAZ de origem para que os demonstrativos e as notas fiscais mencionados fossem entregues ao contribuinte, reabrindo-lhe o prazo de defesa.

Conforme documentos de fls. 61 e 62, a INFAZ de origem intimou o contribuinte para tomar conhecimento dos documentos indicados na Diligência de fl. 60, mas concedendo o prazo de 30 dias a partir do recebimento da intimação, e não do recebimento dos documentos acostados ao processo.

Considerando o não atendimento integral da Diligência de fl. 60, esta 3ª JF deliberou, à fl. 67, por novo encaminhamento à INFAZ de origem, com a determinação da entrega dos documentos mencionados, e nova reabertura do prazo de defesa.

A Diligência foi integralmente cumprida, conforme recibo do contribuinte às fls. 69 e 70, assinado em 17/09/2008, por mandatário com procuração à fl. 68. O contribuinte manteve-se silente, e a INFAZ de origem reenviou o processo para julgamento.

VOTO

No mérito, o Auto de Infração em lide trata das imputações descritas no Relatório que antecede este voto.

Em relação à inconstitucionalidade do instituto da antecipação parcial previsto no artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, dispositivo com efeitos a partir de 01/03/2004, esclareço que, nos termos dos incisos I e III do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade, e a negativa de aplicação de ato normativo.

Assinalo que, embora o contribuinte alegue que estando enquadrado no SIMBAHIA, sua forma de apuração de imposto é simplificada, o artigo 5º da Lei nº 7.357/98 (Lei do SIMBAHIA), em vigor até 30/06/2007, portanto abrangendo o período fiscalizado, determina:

art. 5º O tratamento simplificado de apuração do imposto de que cuida esta Lei não se aplica ao pagamento de ICMS nas operações:

II - sujeitas a antecipação, ou substituição tributária;

Nestes termos, na hipótese normativa de pagamento do ICMS de forma antecipada, consoante disposto no artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, a forma simplificada prevista no SIMBAHIA não desonera o contribuinte do recolhimento de ICMS reclamado que é objeto desta autuação.

Observo que a alegação de incapacidade financeira do contribuinte não o exime de cumprir as obrigações tributárias principal e acessória. Assim não tendo, o autuado, comprovado o pagamento do imposto não recolhido nos prazos regulamentares, objeto da infração 02, persiste a existência de débito tributário no valor lançado de ofício de R\$100,00 a ser recolhido aos cofres públicos. Infração 02 procedente.

Assinalo que, apesar de o contribuinte não ter contestado, de forma específica, os dados numéricos lançados de ofício nas três imputações, em relação às infrações 01 e 03 - que tratam, respectivamente, de recolhimento a menos e de falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação parcial - compulsando os autos, verifico que no demonstrativo de fl. 11 (Infração 01) e de fls. 06 a 08 (Infração 03), estão incluídas notas fiscais emitidas em operações com produtos de ótica e com calçados, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, nos termos do artigo 8º, inciso II, combinado com o descrito nos itens 35 e 41 do Anexo I, todos da Lei nº 7.014/96.

O artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, em seu inciso III, exclui as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária da exigência fiscal de ICMS por antecipação parcial. Por conseguinte, os valores de ICMS lançados de ofício, atinentes às operações com aqueles produtos, devem ser excluídos do levantamento fiscal, restando a exigir o débito tributário originado com as demais aquisições, que de fato se enquadram no instituto da antecipação parcial, descrita como foco destas imputações, cujo recolhimento tempestivo não foi comprovado pelo sujeito passivo, nas três vezes em que lhe foi aberto o prazo de defesa, das quais duas por determinação desta 3ª Junta de Julgamento Fiscal.

Nestes termos, no levantamento fiscal referente à Infração 01, à fl. 11, da exigência fiscal relativa ao exercício de 2006 deve ser excluído o montante de R\$2.767,82, referente às Notas Fiscais nºs 167782 e 167914 (calçados) e nºs 43608, 45359, 46140 e 42496 (produtos de ótica). Tendo o Fisco detectado, e lançado, na presente ação fiscal, o débito de ICMS por antecipação parcial no valor de R\$2.261,97 para este exercício, conforme os documentos fiscais (a exemplo da Nota Fiscal nº 45359, à fl. 22) e levantamento constantes deste processo, está elidida a imputação em relação ao exercício de 2006, ficando parcialmente procedente esta imputação no montante de R\$1.338,53, mantidos os valores lançados para 2004 e 2005, conforme tabela a seguir:

| INFRAÇÃO 01 | DATA OCORRÊNCIA | ICMS |
|-------------|-------------------|----------|
| | 31/12/2004 | 1.044,98 |
| | 31/12/2005 | 293,55 |
| | TOTAL INFRAÇÃO 01 | 1.338,53 |

Pelo mesmo motivo, do levantamento fiscal referente à Infração 03 deve ser excluído o montante de R\$4.124,34, referente às Notas Fiscais nºs 160806, 152102, 156596, 158698, 146453, 145533, 146447 e 106857 (calçados) e nº 43608 (produtos de ótica), às fls. 15 a 41, ficando parcialmente procedente esta imputação, no montante de R\$6.095,86, conforme tabela a seguir:

| | | |
|-------------|-------------------|----------|
| INFRAÇÃO 03 | 30/04/2004 | 50,00 |
| | 31/05/2004 | 283,39 |
| | 30/09/2005 | 391,39 |
| | 31/03/2006 | 1.537,39 |
| | 31/08/2006 | 380,94 |
| | 30/09/2006 | 2.713,67 |
| | 31/10/2006 | 49,50 |
| | 30/11/2006 | 581,04 |
| | 31/12/2006 | 108,54 |
| | TOTAL INFRAÇÃO 03 | 6.095,86 |

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$7.534,39.

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 **206958.0009/07-4**, lavrado contra **A A F COMÉRCIO DE ROUPAS E ACESSÓRIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$7.534,39**, acrescido da multa de 50% prevista no artigo 42, inciso I, “b”, itens 1 e 3, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA