

A. I. N° - 110429.0050/07-8
AUTUADO - ANTÔNIO JORGE GONÇALVES
AUTUANTE - VENÂNCIO JOÃO DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAS SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 28.07.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0211/02-09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA COMERCIALIZAÇÃO NA CONDIÇÃO DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE. FALTA E RECOLHIMENTO A MENOS. Fato não contestado. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. NA CONDIÇÃO DE MICROEMPRESA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Reduzido o débito por não ter sido considerada a dedução de 50% do imposto nas aquisições efetuadas nas indústrias. Rejeitadas as preliminares de nulidades argüidas e não apreciada a alegação de constitucionalidade da norma tributária. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 13/09/2007, e reclama ICMS no valor de R\$6.766,14, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS – antecipação parcial, no valor de R\$5.737,91, referente às aquisições de mercadorias para comercialização provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de maio, junho, agosto, outubro a dezembro de 2004, junho de 2005, fevereiro, maio e junho de 2007, conforme demonstrativos e documentos às fls. 07 a 48.
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$1.028,23, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias para comercialização provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no Anexo 88, do RICMS/97, nos meses de junho, setembro, outubro de 2004, maio de 2005, e maio de 2006, conforme demonstrativo e cópias de notas fiscais às fls. 49 a 55.

Consta na descrição dos fatos: a) “o contribuinte explorando a atividade comércio varejista de artigos do vestuário deixou de recolher o ICMS Antecipação Parcial nos exercícios de 2004 a 2007 no valor de R\$5.737,91, conforme demonstrativo e cópias das notas fiscais acostadas que passam fazer parte integrante do presente PAF. b) deixou de recolher o ICMS Antecipação Tributária sobre produtos do Anexo 88 (calçados) nos exercícios 2004 a 2006 no valor de R\$ 1.028,23 apurado conforme demonstrativo e cópias das notas fiscais acostadas que também passam a fazer parte integrante do presente PAF.”

O sujeito passivo, através de advogada legalmente constituída, em sua defesa às fls. 60 a 71, arguiu a nulidade do lançamento com base no fundamento de que não foi cumprido o disposto no artigo 26, inciso II, do RPAF/99 e o artigo 196 do CTN, pois o autuante ao iniciar a fiscalização deixou de lavrar o Termo de Início de Fiscalização, fixando o prazo máximo de conclusão em livro próprio, mediante a entrega da primeira via.

No mérito, alega que houve desrespeito ao disposto no artigo 114 do CTN, e no artigo 150, inciso I, da CF/88, tendo em vista que adquire suas mercadorias diretamente a indústrias, e na condição de

microempresa, não foi concedida a redução de 50% do imposto a recolher, conforme está previsto no artigo 352-A, § 4º, do RICMS/97. Citou ainda, como equívoco do autuante, que foi consignado na nota fiscal o número 002264, de 05/04/07, quando o correto é 002267.

Feitas estas considerações, a defendantte teceu comentários sobre a substituição tributária e a cobrança antecipada do imposto, entendendo que se constitui como uma forma deturpada da substituição em afronta a Constituição Federal. Salienta que a substituição tributária é a denominada pelos tributaristas como “substituição para frente”, na qual é atribuída ao fabricante, ou ao distribuidor, a condição de contribuinte substituto dos adquirentes de seus produtos.

Aduz que o autuante modificou o espírito argênico da lei, quando reuniu um só ato, a substituição propriamente dita e a antecipação.

Por conta disso, salienta que tanto a cobrança antecipada mediante substituição tributária, como a que foi feita pelo próprio contribuinte, são desprovidas de amparo legal e jurídico, notadamente que a lei complementar que instituiu essa forma de cobrança é inconstitucional. Citou a jurisprudência do STJ através dos Acórdãos RMS nº 5.348-2 ES e RMS nº 4.291-0-CE.

Prosseguindo, protestou contra a multa aplicada, por entender que esta somente pode ser cobrada mediante lei específica, não tendo o RICMS/Ba legitimidade para instituí-la. Também não concordou com a aplicação dos acréscimos moratórios (juros) com base na Taxa SELIC, por considerar que esta não foi criada por lei.

Por fim, requer que seja anulado o Auto de Infração, e que seja extirpada a multa de 60% e a cobrança dos juros pela Taxa Selic, e no mérito, a revisão do lançamento dos valores dos débitos lançados no demonstrativo, com a aplicação do benefício de 50% sobre o imposto a recolher.

Na informação fiscal às fls. 128 a 130, o autuante rebateu a preliminar de nulidade arguida na defesa, esclarecendo que o procedimento fiscal iniciou-se nos termos do artigo 26, III, do RPAF/99, ou seja, que em 10/07/2007 o autuado foi devidamente intimado para apresentar documentos relativos ao período de monitoramento, cuja execução se daria dentro do interregno de 90 dias após a entrega dos citados documentos, que ocorreu por parte do contribuinte em 13/07/2007. Para comprovar esta informação, o autuante juntou cópia da folha 26 do RUDFTO onde se encontra lavrado o Termo de Monitoramento do contribuinte (fls. 131 a 133).

Quanto a alegação de que não foi considerada a redução de 50% sobre os valores apurados nas aquisições diretamente da indústria, o autuante acatou o pleito do contribuinte, tendo elaborado novo demonstrativo (fls.135 a 136), resultando na diminuição do débito.

Conforme intimação à fl. 137, expedida pela Infaz Santo Antônio de Jesus, o autuado foi cientificado da informação fiscal e do novo demonstrativo a ela anexado, não tendo se manifestado no prazo estipulado.

O processo foi pautada para julgamento, sendo observado na sessão de julgamento do 07/08/2008 que na impugnação o patrono do sujeito passivo alegou que não foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização, enquanto que o autuante afirmou que o procedimento fiscal iniciou-se nos termos do artigo 26, III, do RPAF/99, ou seja, que em 10/07/2007 o autuado foi devidamente intimado para apresentar documentos relativos ao período de monitoramento, tendo juntado cópia da folha 26 do RUDFTO onde se encontra lavrado o Termo de Monitoramento do contribuinte (fls. 131 a 133).

Por conta disso, o processo foi baixado em diligência à INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS, para que o autuante juntasse a intimação para apresentação de documentos que foi expedida em 10/07/2007, com a prova de que houve o respectivo recebimento ou a sua lavratura no Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências (RUDFTO).

Conforme informação à fl. 150 o autuante acostou cópia do resultado do monitoramento de lavra do ATE Jorge Bonfim de Jesus Melo, e cópia do Termo de Arrecadação dos Livros e Documentos Fiscais assinado por ocasião da devolução dos livros e documentos fiscais.

O sujeito passivo foi cientificado do novo elemento acostado à informação fiscal, mediante intimação (fl. 151), expedida pela Infaz Santo Antônio de Jesus, com a reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias, não tendo se manifestado no prazo estipulado.

VOTO

As infrações imputadas ao contribuinte autuado foram apuradas com base nas notas fiscais de aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, e dizem respeito a falta de recolhimento do ICMS – antecipação parcial, e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade sujeito passivo por substituição, relativos às mercadorias relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, cujos débitos foram apurados com base em cópias de notas fiscais apresentadas pelo autuado, tudo conforme planilhas e cópias de notas fiscais e DAE's às fls. 06 a 55.

Analizando a preliminar de nulidade argüida na peça defensiva, observo que, a esta altura processual, não há como a mesma prosperar, pois cumprindo diligência solicitada por esta JJF, o autuante acostou aos autos cópia do Termo de Arrecadação de Livros e/ou Documentos Fiscais (fl. 149), dando notícia que realmente o contribuinte autuado tinha conhecimento de que se encontrava sob ação fiscal.

Quanto aos aspectos constitucionais abordados em relação a cobrança do imposto por substituição tributária/antecipação tributária, destacamos a regra estabelecida pelo art. 167, I do RPAF/99 que retira do órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de Lei, decreto ou ato normativo.

No que tange a argüição de inconstitucionalidade da utilização das taxas SELIC para a atualização do débito, e a consequente inaplicabilidade como juros, observo que a atualização dos débitos tributários pela referida taxa é prevista no art. 102, § 2º, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

Assim, ficam rejeitadas as argüições de nulidade, tendo em vista que o lançamento fiscal está revestido das formalidades legais, não havendo qualquer irregularidade em sua constituição que contrarie as disposições contidas no artigo 18, incisos II e III, do RPAF/BA aprovado pelo Decreto 7.629 de 09/07/1999.

No mérito, a infração 02 não merece maiores considerações, porquanto não foi impugnada.

Quanto a infração 01, considerando que o autuante acolheu integralmente a pleito do contribuinte no sentido de ser deduzido do montante do débito da infração 01, o percentual de 50% previsto no artigo 352-A, § 4º, do RICMS/97, tendo elaborado novo demonstrativo de débito (fls.135/6), fica encerrada a lide, subsistindo parcialmente a exigência fiscal, pois o sujeito passivo foi cientificado do novo demonstrativo de débito (fls.137/8) e não se manifestou no prazo estipulado.

Observo, todavia, que em se tratando de falta de pagamento do imposto por antecipação por contribuinte inscrito na condição de microempresa a penalidade é a prevista no art. 42, I “b” 1 no percentual de 50%.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no total de R\$ 4.146,92, ficando modificado o demonstrativo de débito da infração 01 – 07.15.01 conforme abaixo.

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
31/5/2004	9/6/2004	1.740,29	17	50	295,85	1
30/6/2004	9/7/2004	1.332,82	17	50	226,58	1
31/8/2004	9/9/2004	575,12	17	50	97,77	1

31/10/2004	9/11/2004	743,24	17	50	126,35	1
30/11/2004	9/12/2004	2.681,65	17	50	455,88	1
31/12/2004	9/1/2005	3.629,76	17	50	617,06	1
30/6/2005	9/7/2005	1.679,71	17	50	285,55	1
28/2/2007	9/3/2007	2.232,82	17	50	379,58	1
31/5/2007	9/6/2007	1.668,65	17	50	283,67	1
30/6/2007	9/7/2007	2.061,18	17	50	350,40	1
TOTAL					3.118,69	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110429.0050/07-8**, lavrado contra **ANTÔNIO JORGE GONÇALVES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.146,92**, acrescido das multas de 50%, sobre R\$3.118,69 e 60% sobre R\$1.028,23 previstas no artigo 42, I, alínea “b” e “d”, item “1”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de julho de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA