

PROCESSO - A. I. Nº 298618.0035/07-5
RECORRENTE - PALMA E SANTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0125-02/08
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 31/03/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0046-11/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. É devido 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, quando adquiridas fora do Estado para comercialização. Não acolhidas as arguições de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão em referência que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 10/11/2007, para exigir ICMS, no valor de R\$83.290,42, imputando como infração a falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

A 2ª JJF considerando as razões defensivas de fls. 201/207 e as informações fiscais de fls. 388/390, julgou o lançamento fiscal procedente, sob os seguintes fundamentos:

De início, rejeitou, com lastro na Lei nº 7.014/96, a arguição de que a multa imposta seria confiscatória, acrescentando que, à luz do disposto no art. 167, I, do RPAF/99, carece o órgão julgador de competência material para decidir a esse respeito.

Afastou a preliminar de nulidade afirmando que o autuante emitiu Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos que, à luz do art. 28, II, do RPAF/99, dispensa o Termo de Início de Fiscalização.

Inacolheu, também, a segunda preliminar, de que o lançamento foi lavrado por preposto incompetente, e assim decidiu, argumentando que foi lavrado por auditor fiscal deste Estado, nos termos da legislação vigente – art. 925, do RICMS/97 c/c art. 107 §§ 1º e 2º do Código Tributário do Estado da Bahia e do art. 42 do RPAF/BA observando que há, inclusive, correta e clara identificação do autuante.

Refutou, com base no art. 147, II, “b”, do RPAF/BA, o pedido de revisão através de perícia, considerando que a matéria posta em julgamento não demanda conhecimentos técnicos específicos e que, ao reverso do afirmado pela defesa, a autuação e suas circunstâncias fático-jurídicas estão clara e detalhadamente expostas, conforme planilha de fls. 12, 13 e 14, que se correlaciona com as notas fiscais, nas quais contém número, data de emissão, valor da base de cálculo, alíquota e o tributo a recolher, aclarando que o próprio contribuinte se valeu dos papéis de trabalho para elaboração de sua defesa, que não sofreu prejuízo algum.

Adentrando no mérito, disse que a antecipação parcial tem sua previsão no art. 12-A da Lei nº 7.014/97, ali transcrito.

Observou que o recorrido aplicou a alíquota de 17% para todas as mercadorias, apesar de serem variáveis, citando pólvora, cuja alíquota é de 25% e armas, de 38%, a teor do art. 51, II, “j”, IV, do RICMS/97, mas, que, na maioria das notas fiscais, foi aplicada alíquota inferior àquela aplicável, de 25% e 38% e não apenas de 17%, como apurou do exame da planilha de fl. 223.

Finalizou, afirmando que o lançamento guarda conformidade com os requisitos legais, decidindo pela sua procedência.

Irresignado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário de fls. 429/449, ratificando as razões declinadas na sua peça impugnatória. Nessa senda, disse que os vícios formais são cristalinos, o que não foi devidamente apurado e nem enfrentado pela primeira instância julgadora. Invocou, como preliminar, a nulidade em virtude do auto infracional ter sido lavrado por autoridade incompetente, e que o Termo de Início da Ação Fiscal não foi lavrado, e que, por isso, a autuação apresenta inconsistências e vícios a fulminá-la de nulidade, e que seu direito de defesa foi maculado com o indeferimento do pedido de perícia. Arguiu que o tributo foi exigido a maior, como se pode averiguar do exame dos seus livros e documentos fiscais e que a multa foi confiscatória.

A d. PGE/PROFIS, em 30/5/09, manifestou-se às fls. 456/459, através de sua ilustre procuradora Dra. Ângeli Maria Guimarães Feitosa, opinando que na Decisão recorrida foi exaustivamente evidenciada a competência do auditor fiscal, e que o Termo de Intimação para apresentação dos documentos fiscais substitui o Termo de Início de ação fiscal, como disposto no RPAF.

No tocante ao inconformismo acerca da multa e seus acréscimos legais, aduziu que falece ao CONSEF competência para deliberar sobre questões relativas à arguição de inconstitucionalidade.

Mencionou que na súplica recursal não foram trazidos argumentos e elementos de prova novos capazes de conduzir à reforma da Decisão guerreada.

Por fim, asseverou que a análise feita pelos prepostos autuantes demonstrou que o recorrido aplicou, indistintamente, a mesma alíquota de 17% para todas as mercadorias, conquanto para a maioria delas devesse aplicar alíquotas maiores, como consta das planilhas anexadas nos autos. E, arrematando, disse que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo. Com estas considerações, opinou pelo conhecimento e não deferimento do Recurso Voluntário.

Às fls. 462/465, peticionou a Sra. Bárbara Conceição Palma Santos, à guisa de exceção de pré-executividade, na qual argui, em síntese, que os tribunais pátrios decidem remansosamente que, quando o título não se reveste de liquidez, certeza e exigibilidade deve ser declarado, e que tal exceção pode ser arguida independentemente de embargos do devedor, ali transcrevendo a ementa do julgado RSTJ 40/447.

Argumentou que a autuação tem como autuado a pessoa jurídica da qual deixou de ser sócia desde 09/10/2002, e que o lançamento foi lavrado em 10/11/2007, relativo ao período de 01/03/04 a 31/12/04, e que a sua inclusão no polo passivo pelo simples fato de ter sido ex-sócia da empresa devedora, da qual se retirou em data anterior ao período apurado, além de nunca ter exercido a administração, vem lhe trazendo constrangimentos, e que a figura do responsável tributário nos termos do art. 134 e 135 do CTN, inaplica-se ao simples quotista.

Alegou que a extensão da responsabilidade tributária do sócio não se atribui como regra ao sócio, mas como exceção, e ainda quando houver ato com excesso de mandato ou violação da lei ou do contrato.

E que o não pagamento do tributo não se constitui em si motivo bastante para alterar a regra do desse entendimento. Observou que não consta do PAF prova alguma ou mesmo indício de que tenha a requerente agido indevidamente, e mesmo que o tivesse, os fatos geradores apurados no Auto de Infração, sua responsabilidade teria sido cessada há mais de 06 anos, mesmo porque não foi administradora ou gerente da sociedade autuada, não havendo amparo legal para mantê-la no polo passivo, requerendo, assim, a declaração de sua ilegitimidade passiva.

A d. PGE/PROFIS, em 22/02/10, voltou a se manifestar às fls. 470 verso, por despacho da sua ilustre procuradora, Dra. Sylvia Maria Amoêdo Cavalcanti, que encaminhou o PAF à Secretaria do CONSEF para tramitação e julgamento do Recurso Voluntário, mencionando que o Parecer encontra-se residente às fls. 456/459, e que, após o julgamento, se mantida a procedência da autuação, no momento do controle da legalidade, será analisada a petição de fls. 462/468, e providenciadas as medidas que entender cabíveis.

VOTO

De logo, quanto às preliminares arguidas pelo recorrente, após compulsar os autos e cotejar a documentação existente com os fundamentos de defesa, constato que a Decisão de piso merece ser mantida, isto porque, à lume do que dispõe o art. 26, III, do RPAF, o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos – o qual foi devidamente assinado pelo contribuinte – tem o efeito legal de cientificá-lo e não, exclusivamente, o Termo de Início de Fiscalização, como equivocadamente entendeu. Sendo assim, resta claro que foi regularmente cientificado, e tanto o foi que produziu, sem restrição, a sua defesa, tendo lhe sido assegurado o exercício à ampla defesa e ao contraditório. O PAF, portanto, guarda conformidade com o devido processo legal, inclusive porque também, como verifico, foi lavrado o lançamento por auditor fiscal, que está claramente ali identificado, e que tem como atividade funcional precípua, justamente a constituição do crédito tributário. Não há, destarte, os alegados vícios a inquinar o auto infracional. Rejeito, nestes termos, ambas as preliminares de nulidade.

No mérito, do exame dos autos extraio que, de fato, os cálculos feitos pelo recorrido lançados nas planilhas de fls 220/223 não abrangeram a integralidade das notas fiscais de entrada de mercadorias no período fiscalizado. Ademais disso, o contribuinte aplicou indistintamente a alíquota de 17% para todas as operações, a despeito de, para respectivas mercadorias, haver alíquotas superiores, de 25% - caso da pólvora -, e de 38% - caso das armas-, daí a pertinência de diferença de imposto a ser recolhido, já que, do modo como procedeu o sujeito passivo, gerou débito de ICMS, constatado pelo fisco baiano.

No que tange à multa, há norma legal que ampara a imputação, qual seja, o art. 915, I, “b”, do RICMS, cuja multa aplicável é de 50%. Se entende o contribuinte que esse percentual se revela inconstitucional, o CONSEF não é competente para decidir acerca de arguição de inconstitucionalidade, como pontuado pela douda PGE/PROFIS.

No que pertine à revisão da presente ação fiscal, e realização de perícia contábil, comungo da posição da instância de piso, vez que a matéria trazida à apreciação e julgamento, efetivamente, não demandou conhecimentos técnicos específicos para formação do convencimento dos julgadores, que pôde ser formado ante a clareza dos documentos dos autos, mormente as planilhas de fls. 12, 13 e 14, além das cópias de notas fiscais acostadas que viabilizaram o cotejo.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida, devendo o requerimento sob o título de “exceção de pré-executividade”, de sua exclusão no polo passivo deste PAF ser dirigido, se assim ainda pretender, ser dirigido diretamente à d. PGE/PROFIS mediante sob o ensejo do controle da legalidade.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298618.0035/07-5**, lavrado contra **PALMA E SANTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$83.290,42**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de março de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS