

A. I. Nº - 232343.0005/09-0
AUTUADO - COMERCIAL SÃO PAULO LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ SAVÉRIO TORREGROSSA
ORIGEM - INFAC JEQUIÉ
INTERNET - 21/06/2011

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0131-03/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. 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. Retificada a multa indicada no lançamento. **2.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Não foi comprovado pelo deficiente o pagamento do imposto por antecipação. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/12/2009, refere-se à exigência de R\$153.829,25 de ICMS, acrescido da multa de 50%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de julho e outubro de 2007; março a julho, setembro e novembro de 2008. Valor do débito: R\$73.470,36.

Infração 02: Recolhimento do ICMS por antecipação parcial efetuado a menos, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de agosto, setembro, novembro e dezembro de 2007; janeiro, fevereiro, agosto e outubro de 2008. Valor do débito: R\$75.866,86.

Infração 03: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de agosto, setembro, novembro e dezembro de 2007; janeiro e setembro de 2008. Valor do débito: R\$4.492,03.

O autuado apresentou impugnação (fls. 576 a 588), alegando que o presente Auto de Infração não merece prosperar por estar eivado de vícios e irregularidades. Diz que o Auto de Infração não traz em seu conteúdo o dia do início da fiscalização, que constitui elemento essencial ao procedimento administrativo, conforme estabelece o RPAF/BA. Comenta sobre os princípios da

legalidade e da eficiência. Fala sobre as tarefas de auditoria ou perícia contábil, assegurando que a lei reservou as mencionadas tarefas aos profissionais de contabilidade de nível superior, legalmente inscritos no Conselho Regional de Contabilidade – CRC. Entende que o agente de fiscalização que não seja inscrito no CRC não pode realizar auditorias ou perícias contábeis. Assim, o defendant alega que o Auto de Infração padece de nulidade, porque foi lavrado por servidor incompetente, e neste sentido cita posicionamento do STF no RE 79149. O defendant informa que atua no comércio varejista de artigos de papelaria, há mais ou menos sete anos, e durante esse período sempre cumpriu com suas obrigações tributárias. Diz que existe erro na apuração do crédito tributário, haja vista que apresentou todas as notas fiscais ao fisco para a devida apuração. Os valores devidos pela empresa estão parcialmente pagos, tornando evidente que a base de cálculo referente às notas fiscais não é aquela apurada pelo autuante e sim os valores que indicou nas fls. 582/583 dos autos. Alega que a legislação prevê uma redução de 20% no valor do imposto referente à antecipação parcial para as aquisições efetuadas pelas empresas de pequeno porte, independente da faixa de faturamento. O defendant também alega que a existência de escrita regular impede a aplicação dos recursos do arbitramento e da presunção, na fase inicial da investigação, e a admissibilidade de presunção seria possível desde que comprovada a ocorrência de um fato gerador para substituição da base de cálculo, quando da inexistência de escrituração, recusa da apresentação da escrita ou imprestabilidade da escrituração. Diz que este é o entendimento que vem sendo adotado pelos julgadores. Em seguida, o defendant contesta a multa aplicada e demais acréscimos, apresentando o entendimento de que a multa por inadimplemento no Brasil passou para o máximo de 2%. Afirma que a aplicação de multa como a pretendida no presente lançamento afigura-se forma de confisco, vedado em nosso Direito Tributário. Cita ensinamentos de Sacha Calmon e Orlando Pilla Filho e salienta que também foram consignados no Auto de Infração, correção monetária e acréscimo moratório, além da multa, e este fato configura “*bis in idem*”, que é totalmente repudiado em nosso Direito Positivo. O defendant conclui dizendo que restou clara a existência de vícios insanáveis no presente Auto de Infração; que a pretensão fiscal é contrária à lei, por ser realizado por agente incompetente e inabilitado e, no mérito, não ocorreram as infrações apontadas. Por isso, assinala que, se forem sanados os equívocos apontados, chega-se à conclusão de que não houve infração à legislação tributária, merecendo ser anulado o lançamento e arquivado o Auto de Infração. Independente de julgamento procedente, improcedente ou parcialmente procedente, requer a ilegitimidade da multa, fixando-a em percentual equivalente a 2%.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 615 a 618 dos autos. Rebate as alegações defensivas argumentando que a apressada análise do defendant o impediu de constatar que o Termo de Início de Fiscalização foi regularmente lavrado, inclusive tendo sido devidamente assinado pelo representante do contribuinte, conforme evidenciado pelo documento apensado à folha 07 do PAF. Desse modo, não merece prosperar o argumento do contribuinte. Quanto às alegações que dizem respeito à matéria constitucional e legal diz que está fora de sua competência e do CONSEF, por isso, não será objeto de qualquer análise. O autuante afirma que está legalmente autorizado a levar a termo o trabalho de fiscalização desenvolvido, bem como, aplicou as multas amparado em dispositivos legais plenamente vigentes. Diz que o defendant, ao confessar ter deixado de recolher aos cofres públicos o valor de R\$ 108.590,19 fica evidente que é o contribuinte quem está a promover enriquecimento ilícito em relação ao ICMS não recolhido.

Quanto às infrações imputadas, argumenta que os fatos estão minuciosamente descritos nos demonstrativos elaborados com base nos documentos apensados ao Auto de Infração. Informa que nos mencionados demonstrativos teve o cuidado de lançar todos os pagamentos efetuados pelo contribuinte além de considerar todas as disposições legais pertinentes, em especial o direito à utilização do crédito fiscal, aplicação da MVA (item 03, do Auto de Infração) e direito à redução

de 20% do ICMS na antecipação parcial. Portanto, em relação às alegações do contribuinte, contidas nos itens 01 e 02 do presente Auto de Infração, o autuante entende que não têm procedência e amparo legal, uma vez que os pagamentos efetuados pelo contribuinte foram devidamente considerados nos demonstrativos elaborados, conforme se pode constatar nas folhas 08, 10, 11, 12, 15, 16, 19 e 21 do PAF, cujo cálculo do imposto reflete o que estabelece o art. 352-A do RICMS/BA, que transcreveu. Diz que o demonstrativo apresentado pelo contribuinte não permite uma análise em profundidade dos reais valores de ICMS devidos, tendo em vista que o defensor lançou globalmente os valores apurados nos itens 01, 02 e 03 do Auto de Infração, não considerando as peculiaridades de cada uma das modalidades de tributação. Visando trazer esclarecimentos para o deslinde da questão, informa que: 1) o contribuinte pretende se apropriar da redução de 20% do ICMS da Antecipação Parcial, benefício não autorizado pelos dispositivos regulamentares citados, tendo em vista que o autuado recolheu fora do prazo regulamentar; 2) na apuração dos valores de ICMS apropriou-se indevidamente de créditos fiscais não lançados nos documentos fiscais de origem, contrariando o disposto no caput do artigo 352-A. Portanto, afirma que os fatos citados anteriormente são os motivos determinantes para a diferença entre os valores apurados pelo fisco e os informados pelo contribuinte. Assim, entende que devem ser mantidos os valores originalmente apurados. Apesar da diferença de valores, ao confessar ter deixado de recolher aos cofres públicos a importância de R\$ 108.590,19, diz que o defensor corrobora o trabalho de fiscalização, confirmado o acerto da imposição contida no presente Auto de Infração. Conclui afirmando que os elementos trazidos à apreciação pela defesa não conseguiram elidir a pretensão do fisco, e pede a procedência do presente Auto de Infração.

À fl. 621 esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem para que o autuante:

1. Intimasse o autuado a comprovar todos os recolhimentos efetuados em relação à antecipação parcial e à substituição tributária, apresentando os documentos fiscais originais, relativos a todas as alegações defensivas.
2. Elaborasse novos demonstrativos, separando as infrações 01 e 02, concedendo a redução de 20% nos meses em que o autuado recolheu a antecipação parcial no prazo regulamentar.
3. Computasse no levantamento fiscal (infrações 01, 02, 03) todos os valores recolhidos pelo autuado, antes da ação fiscal.
4. Elaborasse novo demonstrativo do débito remanescente.

Após as providências acima, que a repartição fiscal entregasse ao autuado de cópia de todos os elementos que fossem anexados aos autos pelo autuante, com a indicação do prazo de dez dias para o defensor se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos.

Em atendimento, o autuante prestou informação fiscal às fls. 642/643 dos autos, dizendo que o autuado não atendeu à intimação datada de 11/03/2011, solicitando a apresentação dos DAEs comprobatórios dos recolhimentos relativos à antecipação parcial e à substituição tributária. Diz que elaborou novos demonstrativos, separando as infrações 01, 02 e 03. Quanto à infração 02, informa que deixou de conceder o desconto porque o valor calculado pelo contribuinte foi excluído da base de cálculo da antecipação parcial. Diz que o valor apurado no presente lançamento não goza do benefício da redução porque os valores foram levantados pelo Fisco, tendo sido constatado que o contribuinte não pagou o imposto no prazo regulamentar. Transcreve o art. 352-A do RICMS/BA. Também informa que em relação aos valores recolhidos pelo autuado antes da ação fiscal, somente foi possível quanto à infração 02, encontrando-se os respectivos valores registrados nas colunas ICMS recolhido no Demonstrativo da Antecipação Parcial recolhida a menos (fls. 632 a 639 do PAF). Deixou de elaborar novo demonstrativo de débito porque não houve alteração dos valores apurados originalmente. Pede a procedência total do presente Auto de Infração.

À fl. 644 do PAF, o autuado foi intimado da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos pelo autuante, constando Aviso de Recebimento à fl. 645, comprovando a entrega da mencionada informação fiscal e respectivos demonstrativos. Decorrido o prazo concedido, o deficiente não se manifestou.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada 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 às irregularidades apuradas; não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O deficiente alegou que o Auto de Infração não traz em seu conteúdo o dia do início da fiscalização, que constitui elemento essencial ao procedimento administrativo, conforme estabelece o RPAF/BA.

Observo que de acordo com o art. 26, inciso II, do RPAF/BA, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da lavratura do Termo de Início de Fiscalização. No caso em exame, consta à fl. 07 dos autos o mencionado Termo, indicando que o início da fiscalização ocorreu no dia 28/10/2009, estando comprovado que o autuado tomou conhecimento, conforme assinatura do seu representante legal no próprio Termo à fl. 07 do PAF.

O autuado também alegou que as tarefas de auditoria ou perícia contábil são reservadas aos profissionais de contabilidade de nível superior, legalmente inscritos no Conselho Regional de Contabilidade – CRC. Entende que o agente de fiscalização que não seja inscrito no CRC não pode realizar auditorias ou perícias contábeis. Por isso, alega que o Auto de Infração padece de nulidade, porque foi lavrado por servidor incompetente.

Não é acatada a alegação defensiva, tendo em vista que de acordo com o § 3º do art. 1º da Lei 11.470, de 08/04/2009, compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de estabelecimentos microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional. Como se trata de empresa de pequeno porte, e se encontra neste PAF o cargo exercido pelo autuante, a sua completa identificação, inclusive o número de seu cadastro funcional, tendo sido lavrado o Auto de Infração quando exercida a função fiscalizadora. Ademais, inexiste qualquer determinação legal para que o autuante, apenas com habilitação profissional no CRC possa efetuar o lançamento de ofício.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, a primeira infração trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de julho e outubro de 2007; março a julho, setembro e novembro de 2008.

Infração 02: Recolhimento do ICMS por antecipação parcial efetuado a menos, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de agosto, setembro, novembro e dezembro de 2007; janeiro, fevereiro, agosto e outubro de 2008.

Foi elaborado o demonstrativo às fls. 08 a 12 e de 14 a 21 dos autos, constando o número de cada nota fiscal objeto do levantamento fiscal, identificação do emitente, produto, alíquotas, crédito destacado no documento fiscal, a base de cálculo, o ICMS devido e o ICMS recolhido.

Considerando que constava no cabeçalho do mencionado demonstrativo: “LEVANTAMENTO FISCAL DE ANTECIPAÇÃO E/OU SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NAS ENTRADAS”, embora não houvesse aplicação de MVA, foi solicitado por esta Junta de Julgamento Fiscal que fossem feitos os demonstrativos, separando as infrações.

Os demonstrativos foram feitos, conforme fls. 625 a 639 dos autos. Considerando o tipo de mercadoria relacionada, constato que, efetivamente, foi efetuada apuração do ICMS referente à antecipação parcial, tendo sido apurado que houve falta de recolhimento e pagamento a menos do imposto, o que resultou nas infrações 01 e 02, e os recolhimentos efetuados foram computados de acordo com a Relação de DAEs constante do Sistema Informações do Contribuinte – INC desta SEFAZ, fls. 608 a 613 do PAF.

Observo que as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A da Lei 7.014/96, sendo 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.

O autuado alega que os valores devidos pela empresa estão parcialmente pagos, tornando evidente que a base de cálculo referente às notas fiscais não é aquela apurada pelo autuante e sim os valores que indicou nas fls. 582/583 dos autos. Diz que a legislação prevê uma redução de 20% no valor do imposto referente à antecipação parcial para as aquisições efetuadas pelas empresas de pequeno porte, independente da faixa de faturamento.

Por sua vez, o autuante informa que a redução de 20% do ICMS da Antecipação Parcial, pretendida pelo autuado, é um benefício que não alcança o defendant, tendo em vista que o recolhimento foi efetuado fora do prazo regulamentar.

Quanto à redução de 20% do ICMS da Antecipação Parcial, alegada pelo autuado, os parágrafos 4º, 5º e 8º do art. 352-A do RICMS/BA estabelecem:

Art; 352-A.

§ 4º No caso de antecipação parcial decorrente de aquisições oriundas de estabelecimentos industriais, de produtos por eles fabricados, realizadas por contribuinte inscrito na condição de microempresa, fica concedida uma redução de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto, na hipótese de o contribuinte efetuar o recolhimento no prazo regulamentar.

§ 5º Nas aquisições efetuadas por contribuintes enquadrados na condição de ME e EPP, independentemente da receita bruta, fica concedida uma redução de 20% (vinte por cento) do valor do imposto apurado, na hipótese de o contribuinte recolher no prazo regulamentar, não cumulativa com a redução prevista no § 4º.

§ 8º Os contribuintes enquadrados na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, optantes pelo Simples Nacional, deverão calcular a antecipação parcial decorrente de aquisições interestaduais nos termos da alínea “b” do inciso VII do art. 386, sem prejuízo das reduções previstas nos §§ 2º, 4º, 5º e 6º deste artigo.

Considerando as alegações defensivas, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência para que o autuante intimasse o contribuinte a comprovar todos os recolhimentos efetuados em relação à antecipação parcial e à substituição tributária, e que fosse concedida a redução de 20% nos meses em que o autuado recolheu a antecipação parcial no prazo regulamentar. O contribuinte foi intimado, conforme fl. 624 do PAF, mas não atendeu ao solicitado. Neste caso, deveria o defendant apresentar as provas solicitadas, nos termos do art. 123 do RPAF/99, e não cabe a este órgão julgador buscar outras provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento. Mantidas as exigências fiscais nestes dois itens do Auto de Infração.

Observo que em relação à multa indicada no presente lançamento, foi consignado o percentual de 50%, com base no art. 42, inciso I, alínea “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96. Entretanto, apesar de não haver multa específica para a falta de recolhimento da antecipação parcial, até 27/11/2007, a alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96 previa a multa de 60% para todo e qualquer caso em que se configurasse infração diversa das expressamente previstas nos demais tópicos do art. 42 que importasse descumprimento de obrigação tributária principal, não havendo dolo. A partir de 28/11/2007, a multa correta é de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da referida Lei. Assim, de acordo com os mencionados dispositivos da Lei nº 7.014/96, deve ser retificada a multa para 60%, salientando-se que este tem sido o entendimento no âmbito do CONSEF.

Infração 03: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de agosto, setembro, novembro e dezembro de 2007; janeiro e setembro de 2008. Demonstrativos às fls. 13 e 22; 640/641 do PAF.

Observo que se trata de aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, e os prazos para recolhimento do imposto são os previstos no art. 125, II, e § 7º, do RICMS/BA, ou seja, na entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada, a depender, se o contribuinte está ou não credenciado.

Tendo em vista que o defendant não comprovou o recolhimento do imposto apurado no levantamento fiscal, conluso pela procedência desta infração, nos valores apurados nos demonstrativos às fls. fls. 13 e 22; 640/641 do PAF.

Em relação à constitucionalidade da exigência de pagamento do imposto por antecipação, observo que não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

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, e esta Junta de Julgamento Fiscal 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.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232343.0005/09-0, lavrado contra

COMERCIAL SÃO PAULO LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$153.829,25**, acrescido das multas de 50% sobre R\$4.492,03 e 60% sobre R\$149.337,22, previstas no art. 42, inciso I, alínea “b”, item 1, e inciso II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de junho de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR