

A. I. N° - 210415.0036/11-6
AUTUADO - MARIANA PERFUMARIA LTDA.
AUTUANTE - ELIETE NOVAIS ALMEIDA
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 22.12.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0324-02/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. EMPRESA NA CONDIÇÃO DE OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É legal a exigência do ICMS por antecipação parcial quando restar comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização. Infração parcialmente elidida diante da correção da aplicação do tratamento tributário previsto nos §5º, 6º e 8º do art. 352-A do RICMS/BA. Re-enquadramento da multa para o art. 42, inc. II, letras “f” e “d”, em consonância com a jurisprudência reiterada das Câmaras de Julgamento do CONSEF. Não acolhidas as argüições de nulidade. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 05/07/2011, exige ICMS em função da falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no valor de R\$22.303,26, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei nº 7.014/96. O período autuado corresponde março, junho, julho, agosto e setembro de 2009.

O impugnante, às fls. 111 a 115 dos autos, através de seu representante legal, apresenta defesa argüindo, liminarmente, sob pena de nulidade, que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da Autuada na ação administrativa que ora se instaura.

Em preliminar suscita a nulidade da autuação, com base no disposto no art. 18, inciso I, do RPAF, uma vez que, no caso em tela o auto foi lavrado por respeitável Agente de Tributos Estaduais, sendo invadida a competência exclusiva dos Auditores Fiscais. A despeito da Lei nº 11.470/09, os Agentes de Tributos Estaduais, especialmente aqueles cuja investidura no cargo se deu antes do advento da Lei nº 8.210/02, não possuem competência para efetuar lançamentos de ofício, consoante consta dos pareceres anexos, emitidos pela Advocacia Geral da União e pela Procuradoria Geral da República. Assim, deve ser decretada a nulidade da autuação.

Aduz caber nulidade uma vez que não existe o “termo de início da fiscalização”, com prazo válido, instrumento que, ao menos, não foi submetido ao subscritor da presente defesa, conforme o CONSEF vem se posicionado, a exemplo do Acórdão CJF N° 0157-11/09:

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSErvÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO JURIDICAMENTE EFICAZ (CTN, art. 196; COTEB, art. 127, § 1º, II; RPAF, art. 28, I). O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito formal, que determinam como deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito. É

nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação e dificultando o exercício do direito de defesa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão não unânime.

Em última preliminar, pede a nulidade do lançamento, sob argumento de que os cálculos apresentados nas planilhas analíticas fornecidas à Autuada são inseguros, não existindo qualquer indício de informação de que a digna ATE levou a efeito as normas estabelecidas pelo art. 352-A, §§ 5º, 6º e 8º, do RICMS/BA.

“Art. 352-A -.....

§ 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.

§ 6º Ao final de cada período de apuração, o valor total do imposto a recolher nos termos dos §§ 4º e 5º deste artigo, em relação a cada estabelecimento de contribuinte credenciado para pagamento no prazo previsto no § 7º do art. 125, fica limitado a 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais, de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive as transferências, o que for maior.

§ 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.”

Alinha que nas planilhas analíticas apresentadas com a autuação, não se pode dizer que as normas regulamentares foram atendidas, especialmente no que tange ao limite de 4%, previsto no § 6º. Não consta do AI qualquer informação que leve à conclusão que foi realizada a apuração das receitas mais as transferências ou das entradas internas e interestaduais, a fim de se aplicar, sobre a parte maior, o limite fixado na norma.

Entende que o “ATE, simplesmente, tratou as operações de forma apartada do contexto global da Autuada, cobrando imposto, nota a nota, sem considerar, nos seus cálculos, os descontos e limites regulamentares. Assim agindo, impõe insegurança na determinação da infração e na apuração dos valores, sendo aplicável, como remédio jurídico, a nulidade da autuação.”

No mérito, aduz que apurou e recolheu a antecipação parcial, tendo adotado, no mês de julho de 2009, o desconto de 20% sobre o valor a pagar, consoante § 5º, acima transcrito. Nos meses de agosto e setembro de 2009, o imposto foi recolhido com base nas receitas, de acordo com o § 6º, acima, por ser esse meio o de maior expressão, com aplicação do limite de 4%. Nos meses de março e junho os pagamentos foram realizados com base das receitas.

Assegura que, na medida em que a autuação não revela as bases comparativas, não se pode afirmar que os pagamentos realizados, informados e “deduzidos” em cada mês pela própria Autuante, não se pode admitir que teve lugar qualquer pagamento a menos. Anotando que em anexo, segue documentos relativos à apuração e pagamentos feitos, regularmente, pela Autuada.

Ante o exposto, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e revisão fiscal para definição dos valores e recolher, descontos e, notadamente, limites fixados na norma, a Autuada pede a nulidade do AI, ou que, aplicada a norma do art. 155, § único do RPAF, seja declarada a improcedência do Auto de Infração.

A autuante, às fls. 123 a 126 dos autos, apresenta a informação fiscal, aduzindo que recebeu competência da Lei nº 11470, de 08/04/2009, para constituir o crédito tributário decorrente da fiscalização de mercadorias em estabelecimentos de microempresa e empresa de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional. Também o art. 107, §§ 1º, 2º e 3º da Lei nº 3956, de 11

de dezembro de 1981, que instituiu o Código Tributário do Estado da Bahia, assim dita: § 1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos agentes de Tributos Estaduais.

Afirma que o estabelecimento autuado encontra-se classificado na condição de empresa de pequeno porte, optante do Simples Nacional, desde 01/07/2007, conforme prova em anexo (fl. 125 e 126-verso).

Informa que o Termo de Início de Fiscalização encontra-se anexo à fls. 04, onde está registrada a data de 30/05/2011, data em que a autuada foi intimada a apresentar os livros e documentos fiscais, ato que deu início ao procedimento fiscal, conforme prevê o inciso III do art. 26 do RPAF/BA. Aduz que se for feita uma contagem sequencial da data do início de fiscalização registrada no Termo de Início de Fiscalização até a data da lavratura e registro, encontraremos 43 dias. Assim, pode concluir que o procedimento fiscal foi realizado conforme previsão legal.

Explica que, quando executou o levantamento fiscal de todo o exercício de 2009, apurou as divergências, nos meses de março, junho, agosto e setembro. Verificou que o desconto de 4%, baseado nas receitas mais transferências, foi recolhido a menor. Então optou pelo desconto de 20%, visto que o recolhimento foi efetuado no prazo regulamentar. Consigna que, tendo o autuado alegado que o recolhimento foi baseado no desconto dos 4%, concorda em alterar o ICMS calculado nos meses de março e junho, pois legalmente desconto não pode ser cumulativo (art. 352-A, § 5º.)

Afirma que, para maior clareza desta Junta de Julgamento Fiscal, demonstra, através do quadro resumo, a apuração da antecipação parcial devida, no exercício de 2009.

| MESES | ICMS CALCULADO (A) | ICMS RECOLHIDO (B) | DESCONTO LEGAL (C) | ICMS DEVIDO (D) |
|-----------|--------------------|---------------------|------------------------|-----------------|
| JANEIRO | 1.557,99 | 1.557,99 | 20% | 0,00 |
| FEVEREIRO | 1.705,31 | 1705,31 | 20% | 0,00 |
| MARÇO | 10.728,75 | 3X766,18=2.298,55 | 4%x161.401,70=6.456,06 | 8.430,20 |
| ABRIL | 9.168,35 | 3X2.231,38=6694,15 | 4%x167.353,80=6.694,15 | 0,00 |
| MAIO | 7.655,69 | 3X2.551,88=7.655,64 | 20% | 0,00 |
| JUNHO | 14.175,91 | 3X1486,66=4.459,98 | 4%x172.770,30=6910,81 | 9.715,93 |
| JULHO | 5093,91 | 3X1686,37=5059,10 | 20% | 34,81 |
| AGOSTO | 16.613,69 | 3X2.109,14=6.327,42 | 4%x153.445,70=6.137,82 | 0,00 |
| SETEMBRO | 10.056,95 | 3X1.968,59=5.905,77 | 4%x143.158,70=5.726,35 | 0,00 |
| OUTUBRO | 8.902,51 | 3X2.008,43=6025,29 | 4%x150.632,00=6025,28 | 0,00 |
| NOVEMBRO | 14.032,50 | 3X1940,01=5820,03 | 4%x145.501,00=5820,04 | 0,00 |
| DEZEMBRO | 28.554,31 | 3X9518,96=28.556,88 | 20% | 0,00 |

Entende ter demonstrado que permanecem as divergências do *quatum* tributário, nos meses de março, junho e julho, no valor total de R\$ 18.180,94. Quanto aos meses de agosto e setembro, concordamos que nada mais resta como ICMS devido.

Esclarece que foi apurado conjuntamente o imposto do adicional do fundo de pobreza, percentual de 2%, conforme levantamento em anexo, e que não foram identificadas diferenças a recolher do mesmo.

Destaca que consta em anexo levantamentos fiscais, declaração anual do simples nacional do exercício de 2009, capazes de dirimir o mérito alegado, qual seja, o *quatum debeatum* apurado (baseado nos descontos legais de 20% e 4% das receitas mais transferências).

Diante de exposto, pede que o auto de infração, aqui discutido, seja julgado PARCIALMENTE PROCEDENTE, pois conforme foi demonstrado, através de provas anexas, continua sendo devido o crédito tributário.

O autuado, às fls. 150 a 152, dos autos, em nova manifestação, ratifica integralmente os termos da defesa, pede mais uma vez que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da Autuada na ação administrativa que ora se instaura.

Mantém a preliminar de nulidade, pela “incompetência” da Autuante, na forma da defesa, assim como pela ausência do “termo de início da fiscalização”, posto que até o momento não exibido ao subscritor da presente peça.

Sustenta ainda o último pedido de nulidade do lançamento, aduzindo que os cálculos apresentados nas planilhas analíticas fornecidas à Autuada são inseguros, não existindo qualquer indício de informação de que a digna ATE levou a efeito as normas estabelecidas pelo art. 352-A, §§ 5º, 6º e 8º, do RICMS.

Entende que, como ampara nas novas planilhas analítica apresentadas, não se pode dizer que as normas regulamentares foram atendidas, especialmente no que tange ao limite de 4%, previsto no § 6º. Pelo contrário, nos meses cujos débitos foram mantidos (segundo fls. 125), quais sejam: março, junho e julho, observada a limitação acima (de 4%), os valores devidos seriam de R\$4.157,51, R\$2.450,83 e R\$794,31.

No mérito, afirma que deve ser acrescentado que as importâncias ora indicadas como “devidas” pela Autuante, nos meses de março e junho, são superiores aos valores do AI, o que não encontra base legal.

Ante o exposto, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e revisão fiscal para definição dos valores e recolher, descontos e, notadamente, limites fixados na norma, a Autuada pede a nulidade do AI, ou que, aplicada a norma do art. 155, § único do RPAF, seja declarada a improcedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente lançamento de ofício traz a exigência do ICMS em função da falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no valor de R\$ 22.303,26, observando que a multa aplicada foi de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei nº 7.014/96, cabendo destaque que as ocorrências dos fatos geradores foram março, junho, julho, agosto e setembro de 2009.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, liminarmente, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, visto inclusive haver previsão legal para que o ATE tenha competência para efetuar o presente lançamento de ofício, tendo em vista o previsto na Lei nº 11470, de 08/04/2009, que autoriza o mesmo a constituir o crédito tributário decorrente da fiscalização de mercadorias em estabelecimentos de microempresa e empresa de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional. Também o art. 107, §§§ 1º, 2º e 3º da Lei nº 3956, de 11 de dezembro de 1981, que instituiu o Código Tributário do Estado da Bahia, assim dita: § 1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais; a base de cálculo foi devidamente demonstrada, inclusive como foram efetuados os cálculos, conforme planilhas às fls. 06 a 09 dos autos, com destaque as correções efetuadas pelo autuante em sua informação fiscal, cabendo na análise do mérito decidir a sua pertinencia.

Quanto a arguição de nulidade por falta do Termo de Início de Fiscalização, o mesmo encontra-se anexo à fls. 04 dos autos, onde está registrada a data de 30/05/2011, data em que a autuada foi intimada a apresentar os livros e documentos fiscais, ato que deu início ao procedimento fiscal,

conforme prevê o inciso III do art. 26 do RPAF/Ba, não se aplicando, assim, a decisão prolatada no acórdão desse CONSEF, trazido pelo autuado. No Termo de Início de Fiscalização até a data da lavratura e registro, encontraremos 43 dias. Assim, não cabem as arguições de nulidades retro mencionadas.

O exame pontual das arguições de nulidade, bem como a análise dos autos, permite a conclusão de que foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais, não cabendo violação aos principais que regem o direito administrativo ou mesmo aos específicos do processo administrativo fiscal.

Quanto aos questionamentos relativos ao elemento quantitativo do fato gerador, especificamente no tange aos cálculos efetuados pelo autuante, tendo em vista o tratamento tributário positivado nos §§4º, 5º, 6º e 8º do art. 352-A, verifico que, com exceção no disposto normativo, não se pode extrair as conclusões alinhadas pelo autuante, no que se refere à aplicação simultânea dos §§ 5º e 6º do aludido artigo, pois o §5º determina que, nas *aquisições efetuadas por contribuintes enquadrados na condição de ME e EPP, independentemente da receita bruta, seja aplicada uma redução de 20% (vinte por cento) do valor do imposto apurado, na hipótese de o contribuinte recolher no prazo regulamentar*, não cumulativamente com a redução prevista no § 4º.

Já o §6º, do mesmo artigo, alinha que ao final de cada período de apuração, o valor total do imposto a recolher nos termos dos §§ 4º e 5º deste artigo, em relação a cada estabelecimento de contribuinte credenciado para pagamento no prazo previsto no § 7º do art. 125, fica limitado a 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais, de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive as transferências, o que for maior, ou seja, no presente caso, - uma vez que não ocorram operações previstas no §4º, do mesmo artigo -, o contribuinte terá um desconto de 20% do imposto devido por antecipação parcial, cabendo um limite para tal pagamento de 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais, de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive as transferências o que for maior.

Do corpo normativo, acima alinhado, cabe concluir que, com amparo nas planilhas apresentadas pelo autuante, às fls. 06 a 09, 128 a 134, bem como à fl. 125 dos autos, que, com exceção do mês de julho de 2009, alberga razão aos cálculos apresentados pelo impugnante, pois conforme demonstra o próprio autuante a aplicação do §5º do art. 352-A, resulta na improcedência das ocorrências constantes dos meses julho e setembro de 2009, contudo, em relação aos meses de março, junho e julho de 2009, cabe a exigência conforme segue:

Março de 2009, o imposto devido foi calculado (com base no art. 352-A, §6º) em R\$6.456,06, que deduzido do imposto pago no valor de R\$ 2.299,55, restou o valor a ser exigido de R\$4.157,51;

Junho de 2009, o imposto devido foi calculado (com base no art. 352-A, §6º) em R\$6.910,81, que deduzido do imposto pago no valor de R\$4.459,98, restou o valor a ser exigido de R\$2.450,83;

Julho de 2009, o imposto apurado pelo próprio autuado foi de R\$ 794,31, contudo resta manter os valores lançados pelo autuante, inclusive após a informação fiscal, vez que são menores do que os efetivamente reconhecidos pelo impugnante, não cabendo, no presente lançamento, a exigência de tal diferença.

Assim, para o mês de **julho** de 2009, deve ser mantido o valor originalmente exigido de R\$34,81, apurado conforme consta à fl. 131 dos autos, com observância ao disposto no art. 352-A, §5 do RICIMS/BA.

Impõe-se necessário, contudo, o re-enquadramento da multa para o art. 42, inc. II, letra "d" da Lei nº 7.014/96 (nas datas de ocorrência posteriores a 28/11/2007), em consonância com a jurisprudência reiterada das Câmaras e Juntas de Julgamento do CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF nº 0060-11/09 e JJF Nº 0011-04/11.

Tal correção para a alínea "d", do inciso II do art. 42, dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, tem efeitos a partir de 28/11/07, uma vez que a multa referente às datas de ocorrências posteriores a 28/11/2007 devem ser enquadrada neste dispositivo, no percentual de 60%.

É legal a exigência do ICMS por antecipação parcial quando restar comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização, conforme ocorre no presente caso.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo de débito acima alinhado, cabendo a exigência tributária no valor de R\$6.643,15, que, destarte, é menor do que o valor reconhecido pelo autuado em sua última manifestação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **210415.0036/11-6**, lavrado contra **MARIANA PERFUMARIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.643,15**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2011

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - -JULGADOR