

PROCESSO - A. I. Nº 232343.0005/09-0
RECORRENTE - COMERCIAL SÃO PAULO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0131-03/11
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 03.01.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0104-13/12

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. Razões recursais insuficientes para a reforma do Acórdão. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 3ª JJF, através do Acórdão nº 0131-03/11, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao recorrente o cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, no valor de R\$ 73.470,36, 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 2: Recolhimento do ICMS por antecipação parcial efetuado a menos, no valor de R\$ 75.866,86, 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.

INFRAÇÃO 3: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição, no valor de R\$ 4.492,03, 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.

A Decisão recorrida foi pela procedência do Auto de Infração, diante das seguintes considerações:

Inicialmente, rejeitou a preliminar de nulidade do Auto de Infração por entender 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. Observa 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, o qual consta à fl. 7 dos autos. Afirma que, de acordo com o § 3º do art. 1º da Lei 11.470, de 08/04/09, 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. Assim, a JJF constata 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 à nulidade do presente lançamento.

No mérito, considerando as alegações defensivas, a Junta de Julgamento Fiscal converteu o 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, contudo, apesar de devidamente intimado, o contribuinte não atendeu ao solicitado. Assim, em relação às duas primeiras infrações, nos termos dos artigos 123 e 143 do RPAF, a JJF manteve as exigências fiscais.

A JJF observa, ainda, 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, retifica a multa para 60%, salientando que este tem sido o entendimento no âmbito do CONSEF.

Inerente à infração 3, a JJF observa 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. Contudo, tendo em vista que o defendente não comprovou o recolhimento do imposto apurado no levantamento fiscal, conclui pela procedência desta infração, nos valores originalmente apurados.

Em relação à constitucionalidade da exigência de pagamento do imposto por antecipação, observa 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, aduz a JJF que sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, e que a apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal é de competência da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o § 1º, do art. 169, do RPAF/99.

Não se conformando com a Decisão de 1ª instância, o autuado apresentou, tempestivamente, às fls. 665 a 678, Recurso Voluntário onde, inicialmente, reitera que o Auto de Infração não deve prosperar, uma vez que: a) não traz o dia de início do período de fiscalização, que é elemento essencial ao procedimento administrativo, consoante art. 28, I, do RPAF/99; b) foi lavrado por autoridade incompetente.

No mérito, diz que os valores devidos pela empresa ao fisco estão parcialmente pagos conforme relação de DAE emitido pela SEFAZ, anexo à sua peça recursal, formando um valor devido de R\$ 113.144,64, sem sofrer os descontos nos meses que não constam pagamento, mas concedendo o desconto nos meses que consta os respectivos pagamentos, do que anexa documentos às fls. 679 a 701 dos autos, como prova de suas alegações.

Ressalta que a legislação prevê uma redução de 20% no valor do imposto referente à antecipação parcial para as demais aquisições efetuadas por todas as EPP, independente da faixa de faturamento, cujo dispositivo legal não cita quanto ao pagamento parcial ou total do valor devido.

Também se insurge contra a multa de 80% sob a alegação de que o RICMS prevê para a empresa (EPP) multa de 50%, na fiscalização de estabelecimento.

Em referência a intimação para apresentação dos DAE de pagamento, esclarece que não foi atendida porque os valores apurados como pagos tiveram como prova a relação de pagamento de DAE, por ano e mês de referência, emitida pela SEFAZ e se encontra anexo aos autos. Reafirma a necessidade de revisão da ação fiscal, com a sua total improcedência.

Defende que a admissibilidade de presunção seria possível desde que comprovada a ocorrência de um fato gerador, para substituição da base de cálculo, quando da (i) inexistência da escrituração; (ii) recusa da apresentação da escrituração; (III) imprestabilidade da escrituração.

Repete sua alegação acerca da multa na ordem de 80% a 100% e dos demais acréscimos configurar-se enriquecimento sem causa por parte da SEFAZ, caracterizando-se confisco, vedado pela Constituição Federal. Cita doutrina.

Às fls. 707/708 dos autos, a PGE/PROFIS, através de seu ilustre representante, Dr. José Augusto Martins Junior, conclui pelo não provimento do apelo do autuado, em face das seguintes razões:

No que se refere à preliminar de nulidade pela suposta ausência de definição do dia do início da fiscalização, entende absolutamente acertada a conclusão tracejada pela Decisão de base, com amparo no art. 26, II, do RPAF/BA, que define o marco inicial da fiscalização como o dia da lavratura do Termo de Início da Fiscalização.

Em relação à tese das suposta nulidade do lançamento em razão da sua suposta lavratura por autoridade incompetente, diz que melhor sorte não merece o apelo, pois, com o advento da Lei Estadual nº 11.470/09 foi outorgada normativamente competência aos agentes de tributos do Estado da Bahia para realização de lançamentos de ofício nas situações descritas na legislação em epígrafe, em espécie àquelas decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

No tocante ao mérito, o contribuinte não se desincumbiu em carrear provas de suas alegações defensivas, especificamente o possível pagamento da antecipação parcial objeto do lançamento, não se podendo aceitar, por conta desta lacuna probatória, a redução de 20% esculpida no art. 352-A do RICMS/BA.

Quanto ao argumento de caráter confiscatório da multa, aduz o opinativo da PGE/PROFIS carecer de esteio à tese recursal, uma vez que a penalidade imposta tem previsão expressa na legislação de regência, não cabendo ao CONSEF julgar suposto caráter inconstitucional da penalidade imposta.

Assim, em face do expendido, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, I, “b”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância inerente às três primeiras infrações, as quais foram julgadas subsistentes pela Decisão recorrida.

Sua tese recursal se fundamenta, em síntese, nos seguintes argumentos:

“Da falta do Termo de Início de Fiscalização no Auto de Infração”, do que concluiu que o Auto de Infração não traz em seu conteúdo o dia de início do período de fiscalização, que é elemento essencial ao procedimento administrativo, como prescreve o art. 28 do RPAF/BA;

“Da lavratura do Auto de Infração por autoridade incompetente”, do que sustenta que “...a função de Auditor Fiscal, exige, que o agente público exerça papel privativo de contador inscrito no C.R.C., sendo nula de pleno direito o procedimento efetivado por profissional incompetente.”;

“...que os valores devido pela empresa ao fisco estão parcialmente pagos conforme relação de DAES emitido pela Secretaria da Fazenda em anexo, formando um valor devido de R\$ 113.144,64...”, do que defende ser a exigência ilegítima, sendo necessária a revisão da ação fiscal.

“A Legislação prevê uma redução de 20% no valor do imposto referente à antecipação parcial para as demais aquisições efetuadas por todas as (EPP), independente da faixa de faturamento, o artigo cita que este desconto é concedido, mais não cita quanto ao pagamento parcial ou total do seu valor devido, da mesma forma o valor do crédito tributário calculado e cobrado no Auto de Infração, contém também multa de 80%, e que o RICMS prevê para condição atual da empresa (EPP) multa de 50%, na fiscalização de estabelecimento”;

“Das Multas e dos Demais Acréscimos” afiguram-se na odiosa forma de confisco, vedado em nosso Direito Tributário Constitucional.

No tocante à primeira alegação, conforme salientou a Decisão recorrida, 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 da Fiscalização, o qual se encontra à fl. 7 dos autos, indicando que o início da fiscalização ocorreu em 28/10/2009, tendo o autuado tomado conhecimento, conforme assinatura do seu representante legal aposta no próprio Termo.

Em relação ao segundo argumento recursal, também já consignado na Decisão recorrida e no Parecer da PGE/PROFIS, a competência da autoridade para a lavratura do lançamento de ofício foi outorgada através da Lei nº 11.470/09, que alterou o art. 107, § 3º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), atribuindo competência aos Agentes de Tributos Estaduais para constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Sendo assim, diante de tais considerações, rejeito as preliminares de nulidades do Auto de Infração, cujo lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais.

Também indefiro o “suposto” pedido de diligência, ao consignar, à fl. 673, *“sendo necessária pois a revisão da indigitada ação fiscal...”* (sic), visto que, diante das provas trazidas aos autos, a considero desnecessária para a formação da minha convicção, conforme previsto no art. 147, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também a indefiro em razão de que tal procedimento já havia sido adotado pela instância anterior, consoante documento à fl. 621 dos autos, objetivando intimar o autuado a comprovar todos os recolhimentos efetuados em relação à antecipação parcial e à substituição tributária, porém, tendo sido consignado, à fl. 642, que o contribuinte deixou de atender a intimação, fato este narrado pelo próprio recorrente, à fl. 672, sob a justificativa de que *“...os valores apurados como pagos teve como prova a relação de pagamento de DAES por ano e mês de referência, emitida pela Secretaria da Fazenda e se encontra em anexo...”*, o que não se justifica, haja vista o próprio contribuinte, contraditoriamente, alegar a necessidade da revisão. Assim, nos termos do art. 142 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, *“A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária”*.

Em relação ao inconformismo do recorrente com os percentuais da multa aplicada, devo salientar que tais penalidades são previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96 para as infrações apuradas, não cabendo a este Colegiado analisar sua inconstitucionalidade, sob a alegação de ser confiscatória.

Inerente às razões recursais de mérito, também não logra êxito o apelante, pois, da análise do levantamento fiscal, às fls. 8 a 22 dos autos, verifica-se que todos os pagamentos inerentes à antecipação parcial constantes do extrato (Relação de DAES) de fls. 608 a 612, referentes aos exercícios de 2007 e 2008, objetos das exações fiscais, cujos valores também foram relacionados no Recurso Voluntário (fls. 671/672) foram consignados e considerados pelo autuante. Logo, não há que se questionar sobre os recolhimentos efetuados e considerados no levantamento fiscal.

Porém, o que o recorrente não quer enfrentar é a divergência dos valores de antecipação parcial a recolher, apurados de forma didática e analítica, por documento, no levantamento fiscal (fls. 8 a 12 e 14 a 21) em relação às duas primeiras infrações, cujas quantias divergem do “Valor Devido” constantes do Recurso Voluntário (fls. 671/672), *a exemplo* do mês de agosto/07, que segundo o apelante o valor da antecipação parcial devido é de R\$ 14,82, enquanto no levantamento fiscal é de R\$ 3.938,45.

Por fim, quanto à alegação recursal de que *a legislação prevê uma redução de 20% no valor do imposto referente à antecipação parcial para as demais aquisições efetuadas por todas as (EPP), independente da faixa de faturamento, cujo artigo cita que este desconto é concedido, mais não cita quanto ao pagamento parcial ou total do seu valor devido*, há de se esclarecer que, conforme consignado na Decisão recorrida (fl. 652) tal alegação ficou prejudicada com a recusa do contribuinte apresentar os DAE para a devida análise, conforme diligência realizada. Assim, adoto o opinativo da PGE/PROFIS de que o recorrente não se desincumbiu em carrear provas de suas alegações, não se podendo aceitar, por conta desta lacuna probatória, a redução de 20% esculpida no art. 352-A do RICMS/BA.

Ademais, nos termos do § 5º do at. 352-A do RICMS/BA, a concessão da redução de 20% do valor do imposto apurado só prevalece na hipótese de o contribuinte recolher no prazo regulamentar, o que não restou cabalmente comprovado pelo apelante, sendo que da análise do levantamento fiscal se observa a inadimplência total em diversos meses (infração 1) e parcial em outros (infração 2), o que por si só já o torna inabilitado para a aludida concessão legal da redução do valor do imposto apurado.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª 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 **232343.0005/09-0**, lavrado contra **COMERCIAL SÃO PAULO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente 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, incisos I, “b” e II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

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