

A. I. Nº - 210930.0020/11-3
AUTUADO - LUIZ ALBERTO DE JESUS
AUTUANTE - EXPEDITO CAMPODONIO ELOY
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 15. 05. 2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0093-01/12

EMENTA: ICMS. 1. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (SIMPLES NACIONAL). **a)** NULIDADE DE PROCEDIMENTO. CONFRONTO DAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS COM O LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA. FALTA DE SEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO E DO VALOR DEVIDO. A metodologia empregada no roteiro de auditoria fiscal não condiz com a descrição dos fatos. Uma parte da exigência fiscal está baseada no cotejo entre notas fiscais de saídas e os valores lançados pelo fiscalizado no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional. Outra parte da exigência fiscal está fundamentada em relatórios do SINTEGRA referentes a notas fiscais de entradas, em relação às quais não há qualquer prova da efetivação das operações, além dos referidos relatórios. Houve cerceamento do direito de defesa e falta de segurança na determinação da infração e do montante devido, o que acarreta a nulidade desse item do lançamento, a teor do disposto no art. 18, II, IV, “a”, do RPAF/99. Infração nula. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária, e destinadas a comercialização, é devido a antecipação parcial pelo adquirente na entrada da mercadoria em seu estabelecimento. Afastadas as arguições de nulidade. Infração caracterizada. Retificado o enquadramento da multa indicada para a prevista à época da ocorrência dos fatos (art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96). **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO, ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É devido o imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. Afastadas as arguições de nulidade. Infração subsistente. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/11/11, exige ICMS, no valor de R\$ 58.784,49, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 1 – “Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entrada, confrontado com a escrituração do Livro Registro de Entradas.” Trata-se de fatos ocorridos nos meses de outubro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009, maio a dezembro de 2010 e abril a junho de 2011. Foi lançado imposto no valor de R\$ 51.157,22, mais multa de 150%.

Infração 2 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2008, janeiro a junho, setembro e dezembro de 2009 e janeiro a março e maio de 2010. Foi lançado imposto no valor de R\$ 7.151,38, mais multa de 50%.

Infração 3 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa não 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 outubro de 2008 e abril de 2009. Foi lançado imposto no valor de R\$ 475,89, acrescido da multa de 50%.

O autuado apresenta defesa (fls. 212 a 230) e, após descrever as infrações e tecer considerações sobre o seu ramo de atividade, suscita a nulidade do Auto de Infração, pois considera que houve afronta a princípios constitucionais. Afirma que a aplicação de multas em percentuais de até 150% fere de morte os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Discorre sobre esses princípios, cita doutrina e jurisprudência, faz alusão ao disposto no art. 150, IV, da Constituição Federal e diserte sobre as limitações ao poder de tributar. Explica que o efeito do confisco se caracteriza, sobretudo, pelo fato de o contribuinte, em razão da exigência fiscal, ter que se privar de bens ou utilidades de que se vinha utilizando.

Sustenta que as disposições contidas na LC 123/06 ainda carecem de regulamentação, deixando, assim, uma série de dúvidas para os contribuintes e para a fiscalização. Diz que regramentos acerca da exclusão de ofício do regime, das penalidades a serem aplicadas e da forma de apuração do imposto ainda não estão definidas de forma clara na LC 123/06. Afirma que os dispositivos citados pelo autuante na Infração 1 (artigos 18, 26 e 35, da LC 123/06) não se amoldam à irregularidade por ele descrita. Diz que as regras para a exclusão do Simples Nacional estão definidas no artigo 28 da LC 123/06 e, no entanto, não foram observadas pelo autuante. Conclui que a inobservância de pontos relevantes da LC 123/06 para a exigência de imposto e a inexistência de normas impositivas ferem o princípio da estrita legalidade.

Afirma que o autuante não lhe entregou cópia das notas fiscais e dos demonstrativos analíticos referentes à Infração 1. Ressalta que esse fato cerceou o seu direito de defesa, impedindo a conferência dos valores exigidos. Assevera que esse item do lançamento deve ser declarado nulo, por ficar caracterizado o cerceamento de defesa.

Assevera que a descrição dos fatos no Auto de Infração é confusa, não ficando claro se a empresa fiscalizada é ou não optante pelo Regime do Simples Nacional, pois na Infração 2 o autuado é descrito como optante pelo citado regime, ao passo que na Infração 3 o preposto fiscal informa que o sujeito passivo não é optante pelo Regime do Simples Nacional. Diz que esse fato cerceou o seu direito de defesa, tendo em vista a falta de definição do regime tributário adotado à época dos fatos geradores. Transcreve o disposto nos artigos 39 e 18, ambos do RPAF/99 e, em seguida, assevera que o Auto de Infração é nulo, pois carece de segurança e certeza, devendo ser anulado nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Adentrando no mérito, afirma que as notas fiscais listadas no demonstrativo de fls. 11 a 33 se referem ao período de 09/2008 a 09/2010 e, no entanto, a autuação foi do mês 10/2008 a 06/2011, o que

diz deixar clara a inconsistência do levantamento. Menciona que a última nota fiscal relacionada nesse demonstrativo é a de nº 139, datada de 27/09/2010, contudo a fiscalização foi estendida até 30/06/2011, sem que se saiba quais as notas fiscais que integram este período.

Realça que, nas diversas notas fiscais indicadas no demonstrativo do autuante, estão presentes mercadorias com fase de tributação encerrada, isentas e outras, que deveriam ter sido excluídas do levantamento fiscal.

Menciona que o autuante não considerou os créditos fiscais, deixando, assim, de observar o princípio constitucional da não cumulatividade. Reproduz dispositivos do art. 155 da Constituição Federal e, em seguida, discorre sobre o princípio da não cumulatividade, citando farta doutrina. Assevera que o ICMS está adstrito ao princípio constitucional da não-cumulatividade, não podendo o legislador infraconstitucional ou o administrador público pretender dar novos contornos a esse princípio, aumentando ou diminuindo sua eficácia. Frisa que qualquer norma que venha de encontro a esse princípio deve ser declarada inconstitucional. Destaca que tem o direito-dever de compensar o crédito gerado pelo imposto incidente na operação anterior, recolhendo aos cofres públicos apenas a diferença.

Referindo-se à Infração 2, afirma que não foram consideradas as reduções previstas nos §§ 4º e 5º do art. 352-A do RICMS-BA, que para os fatos geradores ocorridos em 30/09/2008 não foram lançados os valores relativos à base de cálculo e que foram incluída na apuração da antecipação parcial mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Ainda quanto à Infração 2, diz que o autuante, em relação à multa decorrente da falta de recolhimento do imposto devido por antecipação parcial, citou o art. 42, I, “b”, “1”, bem como o art. 42, II, “d”, ambos da Lei 7014/96. Frisa que esse fato impossibilitou a sua defesa, tendo em vista que não restou claro qual o dispositivo legal que deixou de ser observado.

Afirma que, na hipótese de prosperar este lançamento de ofício, o valor exigido no Auto de Infração deverá ser reduzido mediante diligência a ser realizada por órgão competente.

Salienta que é facultado ao julgador, diante do fato concreto, reduzir multa excessiva indicada pelo autuante. Transcreve jurisprudência e doutrina. Reitera que as multas são confiscatórias e, dessa forma, requer que sejam corrigidas.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo ou, no mérito, procedente em parte. Solicita que as multas sejam canceladas. Requer a realização de diligência e protesta por todos os meios de prova em direito admitidos.

O autuante presta a informação fiscal (fls. 239 a 249) e, após fazer uma síntese da autuação e da defesa, afirma que a ação fiscal decorreu de indicação da Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa (INFIP). Diz que a empresa autuada é uma espécie de *laranja* do grupo Pinto, que envolve muitas empresas de diferentes ramos de atividade. Discorre sobre esse citado grupo empresarial e, em seguida, reproduz notícias publicadas pela Assessoria de Comunicação Social do Ministério Público do Estado da Bahia e pelo jornal A Tarde sobre a “Operação Carcará”.

Admite o equívoco no enquadramento das Infrações 2 e 3, porém diz que está patente, no Auto de Infração e no Demonstrativo de Débito (fls. 1 a 6), que tanto para a Infração 2 quanto para a Infração 3 a multa é a mesma, ou seja, 50%. Ressalta que, no entanto, para duas ocorrências da Infração 2 a multa é de 60%. Diz que, assim, o valor devido não sofre qualquer alteração.

Afirma que a documentação utilizada para a lavratura do Auto de Infração foi oriunda INFIP e lhe foi entregue pelo Inspetor da INFAP Feira de Santana, a quem foi devolvida após a ação fiscal.

Sustenta que, na apuração dos valores exigidos nas Infrações 2 e 3, os créditos fiscais correspondentes foram concedidos, conforme fls. 34 e 68. Aduz que, em relação à Infração 1, o autuado não faz jus a crédito fiscal, pois, a teor do disposto no art. 23 da LC 123/07, as microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não terão direito a créditos fiscais relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional.

Menciona que, conforme consta na Ordem de Serviço nº 510847/2011 (fl. 8), o período fiscalizado foi de 07/02/2008 a 30/06/2011. Explica que, como o trabalho foi realizado tendo como base o material apreendido na operação Carcará, a qual se deu em 2010, porém foram utilizados os aplicativos do INC, SINTEGRA, NF-e, Compra Legal e CFAMT, os quais estão disponíveis no CD anexado à fl. 249-A.

Informa que as receitas decorrentes de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária foram separadas das receitas atinentes a mercadorias tributadas normalmente, sendo que as primeiras não foram tributadas pela sistemática prevista pela LC nº 123/2006, visto que já tiveram sua fase de tributação encerrada. Aduz que conforme previsto no Anexo I, Seção II, Tabela 1, da Resolução nº 5 do CGSN (Comitê Gestor do Simples Nacional), a receita relativa a operações sujeitas à substituição tributária deverá ser segregada, ou seja, não haverá recolhimento do ICMS através do Simples Nacional. Ressalta que estas informações têm que ser prestadas quando da confecção do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS), porém todos os PGDAS do autuado encontram-se “zerados”.

Acrescenta que o defendente não recolheu qualquer quantia a título de ICMS – SIMPLES NACIONAL, sendo os pequenos valores recolhidos referentes, na sua maioria, a ICMS devido por antecipação parcial por contribuinte descredenciado.

Assevera que, na apuração da Infração 2, foi concedida a redução de 50%, para as aquisições junto às indústrias (CFOP 6101 - Venda de produção do estabelecimento).

Reconhece que, para os fatos ocorridos em 30/09/2008, lançou o valor da base de cálculo como sendo “zero”, porém frisa que o imposto devido foi corretamente calculado, conforme o demonstrativo de fls. 34 e 35, do qual o autuado recebeu cópia (fl. 253).

Ressalta que as multas indicadas na Infração 2, nos percentuais de 50% e 60%, estão corretamente tipificadas e não possuem o alegado caráter de confisco. Salienta que a multa indicada na Infração 1 está correta e encontra respaldo nos artigos 35, da LC 123/06, 44, I, §1º, da Lei Federal 9.340/96, com redação dada pela Lei 11.488/07. Ao finalizar a informação fiscal, o autuante mantém a ação fiscal.

VOTO

Preliminarmente, o autuado suscita a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que houve afronta aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

Afasto essa preliminar de nulidade, pois as exigências fiscais, incluindo as multas indicadas na autuação, estão baseadas na legislação tributária aplicável ao caso, não cabendo a este órgão julgador administrativo questionar aspectos da constitucionalidade dessa legislação, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

O autuado também sustenta que os dispositivos citados pelo autuante na Infração 1 não se amoldam aos fatos descritos. Questiona a aplicação dos artigos 18, 26 e 35 da LC 123/06. Afirma que não foi observado o princípio da estrita legalidade.

Não acolho essa preliminar, pois a indicação dos dispositivos legais está correta. Ademais, um eventual equívoco na indicação de dispositivos legais tidos como infringidos não é motivo para a nulidade do lançamento, caso a descrição dos fatos permita o entendimento da infração que está sendo imposta ao contribuinte.

O autuado também argui a nulidade da Infração 1, por cerceamento de defesa, argumentando que não lhe foi entregue cópia dos documentos fiscais que amparam a exigência fiscal.

Em relação a essa preliminar de nulidade em parte assiste razão ao autuado. Digo em parte, porque se essa fosse a única falha processual, poderia ser o processo ser convertido em diligência para que fossem acostadas ao processo e entregue ao autuado cópia das notas fiscais em questão, inclusive com a reabertura do prazo de defesa. Todavia, vislumbro nos autos um vício formal que não pode ser sanado mediante diligência, conforme passo a me pronunciar.

Conforme consta na descrição da Infração 1, o autuado foi acusado de *Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entrada, confrontado com a escrituração do Livro Registro de Entradas*.

Ao se examinar os demonstrativos que embasam a Infração 1, relativamente ao exercício de 2008 (fls. 71 a 105), constata-se que o fato apurado pelo autuante foi a divergência entre o valor das notas fiscais de saídas emitidas pelo autuado (fls. 11 a 33) e o valor consignado no PGDAS. Nesse exercício, não houve qualquer confronto entre as notas fiscais de entradas e o livro Registro de Entradas, como consta na autuação. Além disso, essa divergência apurada decorreu de um levantamento fiscal, não havendo, assim, como se falar em presunção, como foi consignado no Auto de Infração.

O exame dos demonstrativos atinentes ao exercício de 2010 (fls. 159 a 179) atesta que o autuante confrontou tanto as notas fiscais de saídas emitidas pelo autuado (fls. 11 a 33) como as notas fiscais de entradas relacionadas no SINTEGRA. Nesse exercício, a multiplicidade da metodologia empregada pelo autuante, aliada a ausência das notas fiscais relacionadas no SINTEGRA, acarretam o cerceamento do direito de defesa do autuado, bem como impossibilita a determinação da infração apurada e dos valores lançados. Entendo que, da forma como foram realizados os levantamentos, mais uma vez não há o que se falar em presunção.

Em relação aos exercícios de 2009 e 2011 (fls. 106/158 e 180/204), o autuante tomou como base as notas fiscais de entradas, porém não as confrontou com o livro Registro de Entradas, como consta na autuação. Também se observa que, em relação a essas notas fiscais de entradas, há apenas os relatórios do SINTEGRA, não tendo sido trazidas aos autos cópias desses documentos fiscais e nenhum comprovante das operações realizadas, tais como, canhotos de recebimentos, conhecimentos de transporte rodoviário de carga, comprovantes bancários dos pagamentos e nem mesmo declarações dos emitentes das notas fiscais. Em relação a esses dois citados exercícios, o descompasso entre a acusação e o fato descrito, assim, como a ausência de provas das operações constantes nos relatórios do SINTEGRA trazem insegurança na determinação da infração e dos valores devidos.

Pelo exposto, a Infração 1 é nula por cerceamento de defesa e por insegurança na determinação da infração e do montante devido, a teor do disposto no art. 18, II, IV, “a”, do RPAF/99.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, represento à autoridade competente para que providencie o refazimento da ação fiscal, quanto à Infração 1, a salvo de falhas.

Ainda em preliminar, o autuado suscita a nulidade das Infrações 2 e 3, sob o argumento de que as acusações são confusas, pois na Infração 2 consta que o fiscalizado está enquadrado no regime do Simples Nacional, ao passo que na Infração 3 foi consignado que o contribuinte não estava enquadrado no referido regime.

Afasto essa preliminar, uma vez que essa falha processual não trouxe prejuízo ao autuado e nem ao Estado da Bahia. O autuado sabe que, no período em questão, estava enquadrado no regime do Simples Nacional. Por sua vez, o imposto devido ao Estado nessas duas infrações foi corretamente apurado. Considerando que não houve prejuízo para as partes, não há razão para a decretação da nulidade arguida.

Com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, não acolho o pedido de diligência, pois os elementos já existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

Adentrando no mérito, ultrapasso os argumentos defensivos quanto à Infração 1, tendo em vista a nulidade desse item do lançamento.

Quanto à Infração 2 – falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação parcial – ressalto que os créditos fiscais destacados nos documentos fiscais foram considerados pelo autuante, como se pode observar no demonstrativo de fl. 34. Do mesmo modo, não se sustenta o argumento defensivo atinente à redução do imposto prevista no §4º do art. 352-A, já que essa redução consta nesse mesmo

demonstrativo. A redução prevista no §5º do citado artigo não é cabível, pois o imposto não foi pago no prazo regulamentar, conforme exige a legislação. Saliento que o autuado recebeu cópia desse citado demonstrativo, conforme recibos às fls. 34 e 353.

Com relação à omissão da base de cálculo relativamente ao mês de ocorrência de 30/09/2008, trata-se de um mero erro material, uma vez que o imposto foi corretamente apurado nos demonstrativos de fls. 34 e 68. Saliento que no rodapé desses demonstrativos consta declaração do autuado afirmando que conhecia as notas fiscais e as operações nelas consignadas. Assim, retifico o valor da base de cálculo da Infração 2, mês de ocorrência de 30/09/2008 para R\$ 325,77, conforme consta no demonstrativo de fl. 34, do qual o autuado recebeu cópia.

O autuado afirma que nessa infração foram incluídas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Esse argumento defensivo não merece acolhimento, pois o exame das notas fiscais acostadas ao processo (fls. 35 a 67), considerando a legislação vigente à época das operações, comprova a inoccorrência desse fato. Observo que o autuado, em sua defesa, não chegou a indicar qual a mercadoria que no seu entendimento estava enquadrada no regime de substituição tributária.

Ressalto que as multas sugeridas para a infração em comento, de 50% e 60%, carecem de retificação, pois, com o advento da Lei nº 10.847, de 27/11/07, efeitos a partir de 28/11/07, a multa a ser aplicada na hipótese de falta de pagamento do ICMS devido por antecipação parcial é a prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60%. Dessa forma, ficam retificadas as multas indicadas na Infração 2.

No que tange à Infração 3, o autuado não a impugnou no seu mérito. Uma vez que as questões preliminares foram afastadas, a infração em comento subsiste integralmente. Ressalto que, também nessa infração, no mês de ocorrência de 31/10/2008 o autuante deixou de consignar o valor da base de cálculo. Assim, retifico o valor da base de cálculo da Infração 3, mês de ocorrência de 31/10/08 para R\$ 2.482,42.

O pedido de redução ou dispensa de multa não pode ser atendido, pois se trata de multa por descumprimento de obrigação tributária principal, matéria da competência da Câmara Superior do CONSEF, mediante pedido específico e obedecidos os requisitos do artigo 169 do RPAF/99.

Em face ao acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para julgar a Infração 1 nula e as Infrações 2 e 3 procedentes.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **210930.0020/11-3**, lavrado contra **LUIZ ALBERTO DE JESUS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.627,27**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 7.151,38 e de 50% sobre R\$ 475,89, previstas no art. 42, II, “d”, e I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala de Sessões do CONSEF, 02 de maio de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIM – JULGADOR