

**A. I. Nº** - 210371.0004/12-7  
**AUTUADO** - DAIDONE MOURA COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA  
**AUTUANTE** - BARTOLOMEU BRAGA ROSA  
**ORIGEM** - INFRAZ VAREJO  
**INTERNET** - 23.10.2012

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0236-02/12

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. EMPRESA NA CONDIÇÃO DE OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. A antecipação parcial é prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, incidindo sobre as aquisições de mercadorias para comercialização, independentemente do regime de apuração. Não foi negada a obrigação tributária, porém, os argumentos defensivos de que não foi considerada a redução prevista na legislação prevista só se aplicaria se o imposto em tal situação fosse pago nos prazos regulamentares. Infração não elidida. Rejeitadas as preliminares de nulidade e não acolhido o pedido para redução da multa pelo descumprimento da obrigação principal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2012, reclama o valor de R\$206.513,59, sob acusação do cometimento da seguinte infração: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresa e Empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Período de apuração: exercícios de 2008, 2009 e 2010. Tudo conforme demonstrativo e cópias de notas fiscais às fls. 17 a 1.949.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresenta defesa tempestiva (fls.1.953 a 1.964), onde arguiu a nulidade do Auto de Infração, com base nas seguintes preliminares:

### a) **Incompetência da autoridade fiscal que efetuou o lançamento do crédito tributário.**

Comenta que o exercício da atividade fiscalizadora e o conseqüente lançamento de crédito tributário a partir de processo de fiscalização, nos termos do artigo 42, do RPAF é reservada a Auditores Fiscais e Agentes de Tributos Estaduais, e que no inciso II, do citado dispositivo, foi permitido que os ATEs constituam créditos decorrente de fiscalização de pessoas jurídicas optantes pelo Simples Nacional, com fulcro no artigo 107, § 3º da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), alterado pela Lei nº 11.470/09.

Considerou inconstitucional a permissão ao ATE, cargo de nível médio, para desempenhar funções acima destacadas, posto que, não foram observados os trâmites previstos no artigo 37, inciso II, do CF/88, bem como, o posicionamento sumulado do STF, consolidado na Súmula 685.

Para sustentar sua tese de inconstitucionalidade da norma em questão, diz que em 2009 foi interposta a ADI/4233, visando obter posicionamento da Corte Suprema sobre a Lei nº 11.470/99,

tendo transcrito parte do parecer favorável da Advocacia Geral da União. Além disso, transcreveu o posicionamento do Parecer nº 255144, exarado pela Procuradoria Geral da República.

**b) Falta da lavratura do Termo de Início de Fiscalização.**

Aduz que houve ofensa ao artigo 5º, inciso XIV da CF/88, por entender que não foi obedecido o devido processo legal, em razão da ausência da lavratura do Termo de Início de Fiscalização, com conseqüente inobservância do previsto no artigo 28, inciso I, do RPAF/99. Comenta o artigo 142, do CTN, e cita lições de renomados tributaristas, e ainda a jurisprudência do CONSEF representada pelo Acórdão JJF nº 198/00, que julgou lançamento nulo por inobservância do devido processo legal.

**c) Nulidade dos cálculos apresentados**

Invoca o princípio da eventualidade no caso de não serem acolhidas as preliminares anteriores, e transcreve o artigo 352-A, parágrafos 5º, 6º e 8º, do RICMS/97, para alegar que nas planilhas constantes às fls.17 à 69, não foram observadas tais disposições, pois não foi observado o limite de 4% da receita, nem as reduções do imposto e demais peculiaridades inerentes ao caso. Assim, entendendo que ocorreu imprecisão e falta de coerência na determinação da base de cálculo, pede a aplicação do disposto no artigo 18, inciso IV, alínea “b”, do RPAF/99.

No mérito, comenta sobre o princípio da moralidade e sobre multas pecuniárias com caráter confiscatório, transcrevendo o artigo 150, inciso IX, da CF/88, e lição de professor de direito tributário, para pugnar pela não aplicação de qualquer multa no presente caso.

Por fim, requer a nulidade da autuação, ou caso contrário, requer a redução da multa para percentual não superior a 20%, em atenção aos princípios constitucionais da razoabilidade e do não-confisco. Requer ainda a produção de todos os meios de provas em direito admitidas, em especial a juntada posterior de documentos.

O autuante, fls.1.975 a 1.978, formulou sua informação fiscal, nos seguintes termos.

Quanto a alegação de incompetência da autoridade fiscal que efetuou o lançamento do crédito tributário, considerou tal preliminar descabida, dizendo que o tema já está pacificado no âmbito do Conselho de Fazenda Estadual, em virtude de a competência ter sido atribuída no artigo 1º e seus parágrafos, da Lei Estadual 11.470 de 08 de abril de 2009.

Também não concordou com o argumento de que o cargo de Agente de Tributos é de nível médio, tendo transcrito o artigo 8º, inciso I, da Lei Estadual nº 8.210 de 22 de março de 2002, que alterou a investidura para profissionais de nível superior.

Sustenta que não se aplica ao presente caso, a ADI de nº 4233 citada na defesa, pois sequer foi julgada pelo STF.

No diz respeito a alegação de ausência do Termo de Início de Fiscalização, diz que também não merece acolhida, tendo em vista o disposto no artigo 26, inciso III, do RPAF/99 (Publicado no Diário Oficial de 10 e 11/07/1999).

No caso, esclarece que consta à fls.10 a intimação datada de 13/04/12, dando início ao seu procedimento fiscal, não ocorrendo, assim, afronta ao devido processo legal, em especial ao artigo 142 do CTN.

Com relação ao pedido de nulidade dos cálculos apresentados, o preposto fiscal sustenta que os mesmos estão em consonância com o disposto no artigo 352-A do RICMS/BA, sendo acostadas aos autos às notas fiscais interestaduais tributáveis conforme planilhas anexas, tudo de conformidade com as informações contidas nas planilhas correspondentes aos exercícios 2008, 2009 e 2010, conferidas pela contabilidade, e assinada conforme Declaração à fl.16. Quanto ao limite de 4% argüido na defesa, diz que o mesmo foi observado, porém o contribuinte por não ter pago o imposto no prazo regulamentar, não tem direito ao benefício invocado. Nesse sentido, transcreveu

transcreveu a jurisprudência do CONSEF através do Acórdão JJF nº 0324-02/11.

No mérito, diz não assistir razão a alegação do autuado de boa fé na sua conduta, pois em outras ocasiões a conduta repetiu-se, tendo em vista autuações anteriores na mesma infração, e na época não defendida pelo autuado, o que pode ser constatado no sistema INC – Crédito Tributário/SIGAT em nome do mesmo, não ter ocorrido.

Conclui dizendo que o princípio da razoabilidade invocado pelo patrono do autuado não pode acobertar infrações tributárias, bem como não pode ser acatada a redução da multa para 20%, por ir de encontro a lei que trata da matéria, e pela procedência de seu procedimento fiscal.

#### VOTO

Preliminarmente, analisando a primeira argüição de nulidade do procedimento fiscal, por entender o defendente que o preposto fiscal, na condição de Agente de Tributos Estaduais não tem competência para constituir crédito tributário, observo que não lhe assiste razão, uma vez que desde 01/07/2009, o §§ 1º, 2º e 3º do artigo 107 da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), passaram a vigorar com nova redação através do artigo 1º da Lei nº 11.470/09, in verbis:

*“§ 1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.*

*§ 2º Compete aos Auditores Fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.*

*§ 3º Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a 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.”*

Portanto, considerando que o autuado encontra-se na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas por Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, o autuante tem competência para fiscalizá-lo.

Quanto a preliminar relativa a alegação de falta de lavratura do Termo de Início de Fiscalização ou a sua ciência, observo que o autuado foi intimado a apresentar livros e documentos fiscais, conforme Termo de Intimação à fl.10, 04, devidamente assinado por preposto do autuado, sendo, portanto, cumprido o disposto no artigo 26 do RPAF/99.

Desta forma, tendo em vista que de acordo com o dispositivo regulamentar citado, também se considera iniciado o procedimento fiscal no momento da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto fiscal, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização, fica também rejeitada esta preliminar de nulidade, pois o sujeito passivo foi devidamente intimado conforme comprova o documento acima aludido.

Quanto a preliminar de nulidade de que não foram observadas as disposições contidas no artigo 352-A, parágrafos 5º, 6º e 8º, do RICMS/97, residindo tal argüição na alegação da existência de erros nos cálculos consignados no levantamento fiscal, não há que se falar em nulidade do lançamento, mas sim sobre a sua procedência ou improcedência, questão que será tratada por ocasião do exame do mérito.

Quanto à jurisprudência citada na impugnação, a mesma não se aplica ao presente caso, por se tratar de situação diversa da que cuida este processo.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, ficando rejeitadas as preliminares acima comentadas, por não se enquadrarem em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, pelo que consta na inicial, o fulcro da autuação neste item, diz respeito a exigência de ICMS por antecipação parcial, não recolhido nos prazos regulamentares, na condição de empresa optante do Regime do 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, nos exercícios de 2008 a 2010.

A autuação está fundamentada no artigo 352-A, que foi inserido no RICMS/BA por intermédio da Lei Estadual nº 8.967/03, vigente a partir de 01/03/2004, acrescentando o art. 12-A à Lei nº 7.014/96, que tem a seguinte redação:

*“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.*

Da leitura do dispositivo legal acima transcrito, verifica-se que é devido o pagamento do imposto a título de antecipação parcial independente do regime de apuração. Aliás, o que se verifica nos autos é que o autuado, em momento algum, discordou de sua obrigação tributária, limitando-se a alegar a existência de erros nos cálculos, e por isso entendeu que ocorreu imprecisão e falta de coerência na determinação da base de cálculo.

Pelo que se vê, o fundamento do sujeito passivo, em sua peça impugnatória, é de que o lançamento é nulo no mérito, uma vez que falta coerência e imprecisão na determinação da base de cálculo, pois não foi considerado o limite de 4% da receita nem as reduções do imposto, previsto no artigo 352-A, parágrafos 5º, 6º e 8º, do RICMS/97, *in verbis*:

*Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.*

....

*§ 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 §§ 4º, 5º e 6º deste artigo.*

Na análise do dispositivo regulamentar transcrito, verifico que o caso em comento não se enquadra no mesmo, tendo em vista que a redução e o limite pretendido pelo sujeito passivo, só se aplicam na hipótese de o contribuinte recolher o ICMS antecipação parcial nos prazos regulamentares.

Nesta circunstância, considerando que os valores que estão sendo exigidos não foram recolhidos no prazo previsto na legislação tributária analisada, considero acertado o procedimento fiscal, subsistindo a exigência fiscal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210371.0004/12-7**, lavrado contra **DAIDONE MOURA COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$206.513,59**, acrescido das multas de 50%, sobre R\$1.579,18 e de 60%, sobre R\$54.934,41, previstas no artigo 42, I, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de outubro de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR