

A. I. N° - 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 multas 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 consequente 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 transscrito parte do parecer favorável da Advocacia Geral da União. Além disso, transcreveu o posicionamento do Parecer nº 255144, exarado pela Procuradoria Geral da Republica.

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 consequente 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 transscrito 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 inicio 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 defendant 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, os §§ 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 2^a 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