

A. I. N° - 114654.0002/12-7  
AUTUADO - MAXSANDÁLIAS COMÉRCIO LTDA.  
AUTUANTE - CRISTINA ALMEIDA VEIGA  
ORIGEM - INFRAZ VAREJO  
INTERNET - 23.11.2012

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0266-02-12**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração caracterizada, cuja defesa não adentrou no mérito, limitando-se a arguições de nulidades, as quais não foram acolhidas por não encontrarem amparo no RPAF/99. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2012, reclama a falta alta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, no valor de R\$13.084,08, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de julho e outubro de 2007, fevereiro, março, maio, julho, outubro a dezembro de 2008, e outubro de 2009, conforme demonstrativos, cópias de notas fiscais e DAEs e levantamentos às fls. 06 a 155.

O sujeito passivo por intermédio de advogado legalmente constituído, em sua defesa às fls.163 a 166, impugnou o lançamento com base nos seguintes fatos e fundamentos.

Inicialmente, requer que doravante sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais do autuado na ação administrativa que ora se instaura, tudo conforme poderes especificados no instrumento de procuração.

Em seguida, invocou o artigo 18, inciso I, do RPAF, para arguir a nulidade da autuação, com base na preliminar de que o auto de infração foi lavrado por Agente de Tributos Estaduais, sendo invadida a competência exclusiva dos Auditores Fiscais. Frisa que 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 anexados às fls. 168 a 185, emitidos pela Advocacia Geral da União e pela Procuradoria Geral da República.

Ainda em preliminar, aduz a existência de vício decorrente da inexistência do “termo de início da fiscalização”, com prazo válido, instrumento que, ao menos, não foi submetido ao subscritor da presente defesa. Transcreveu decisão do CONSEF através do Acórdão CJF nº 0157-11/09.

Como última preliminar, aduz insegurança na determinação e apuração da infração e valores, bem como por cerceamento do direito de defesa, por entender que a acusação é vazia e genérica (recolhimento a menor por antecipação ou substituição), sem qualquer esclarecimento acerca da natureza das operações ou demonstrações analíticas pertinentes, que não lhe foram apresentadas.

Salienta que as cobranças se encontram concentradas nos meses de julho de 2007, e outubro e novembro de 2008, como se aquisições interestaduais tivessem sido feitas, porém, diz que não foi

feita nem apresentada demonstração analítica, indicando as operações, notas, valores e origens. Transcreveu decisão do CONSEF através do Acórdão CJF nº 0349-12/11.

Ressalta que, se o lançamento atendesse ao disposto no art. 46, do RPAF, as importâncias relativas a fatos ocorridos até 13/07/12, data da intimação da autuada, estariam alcançadas pela decadência, decorridos 5 anos dos fatos geradores. Observa que esse entendimento encontra amparo no STF, que firmou a Súmula Vinculante 8, definido que: “*São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário*”.

Além disso, diz que recente decisão do STJ, fls.186 a 190, também suporta a decadência ora suscitada, excluindo-se as parcelas relativas aos meses de 2007, até os fatos geradores ocorridos no dia 13/07/2007, caso a nulidade de todo o PAF, por cerceamento do direito de defesa, seja superada.

Concluindo, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e, revisão para alcançar a verdade material, e pede a nulidade, ou, dependendo do resultado da revisão, pela a improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, fls.195 a 197, e quanto às preliminares de nulidade suscitadas na defesa, chama a atenção de que os argumentos apresentados pelo autuado não têm qualquer fundamento e consistência jurídicas, demonstrando claramente, o caráter de natureza protelatória.

Sustenta que não há qualquer nulidade na cobrança do ICMS, cuja infração diz que se refere recolhimento a menor do ICMS antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional as aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Rebateu a alegação de ilegitimidade de ofício da autoridade administrativa para constituir o crédito reclamado nos exercícios de 2007, 2008 e 2009 em virtude da Lei 11.470/09, dizendo que é a referida lei que respalda o seu procedimento fiscal.

Quanto à alegação de inexistência de termo de fiscalização, sustenta que o autuado equivocou-se quanto ao disposto no artigo 26 do RPAF, que considera iniciado o procedimento fiscal nos seguintes momentos: 1 - *Apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;* 2 - *Lavratura ou Termo de inicio de Fiscalização;* e 3 - *Intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização.*

Sobre as alegações de decadência, insegurança e demonstração analítica na determinação e apuração da infração e valores, aduz que estas também não procedem, porque a autuação fiscal foi respaldada em demonstrativos de apuração de ICMS Antecipação Tributária Total de folhas 06 a 15, nos quais foram relacionadas as Notas Fiscais de aquisições, por parte do autuado, de mercadorias provenientes de fora do Estado da Bahia, em que a mesma efetuou recolhimentos a menor do referido ICMS. Frisa que os referidos demonstrativos foram entregues ao autuado conforme na declaração constante à folha 157 dos autos.

Ao final, dizendo que o método de fiscalização e as infrações autuadas estão respaldadas na legislação tributária baiana, inclusive, todos os requisitos previstos no RPAF/BA, pugna pela procedência do Auto de Infração.

## VOTO

Preliminarmente, quanto ao pedido para intimação do sujeito passivo no endereço indicado na peça impugnatória, à fl. 1.166 dos autos, inexiste óbice a seu atendimento, desde que respeitado o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

Analizando 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.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 insegurança na determinação e apuração da infração e valores, verifico que o débito foi apurado com base nas planilhas intitulada de Cálculo do ICMS devido por Antecipação Tributária Total constantes às fls. 06 a 15, nas quais, encontram-se devidamente discriminados todos os documentos fiscais, data de emissão, valor da operação, crédito da nota fiscal, MVA, imposto devido e ao final de cada período foi deduzido o valor recolhido resultando nos valores que foram lançados no demonstrativo de débito. Ressalto que tais demonstrativos estão claros e permitem-se identificar com clareza os números apurados. Assim, fica rejeitada esta preliminar, pois, o autuado não ficou impedido de exercer com plenitude o seu direito de defesa, pois recebeu uma cópia dos demonstrativos, conforme comprova a Declaração à fl. 157, devidamente assinada pelo preposto do autuado.

Analizando a preliminar de decadência dos fatos geradores ocorridos até 03/07/2007, observo que não assiste razão ao defensor, uma vez que, segundo o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

Já o parágrafo único do mesmo artigo reza que "o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento".

Ou seja, o entendimento no âmbito do CONSEF é de que a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o fisco tem 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.

No presente caso, para o crédito tributário vencido nos citados períodos, considerando-se que o lançamento ocorreu em 29/06/2012, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/07, findando-se em 31/12/12.

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.

No que pertine aos aspectos constitucionais abordados, destacamos a regra estabelecida pelo art. 167, I do RPAF/99 que retira do órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de Lei, decreto ou ato normativo.

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 enquadarem 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 ou substituição tributária, recolhido a menor 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 meses especificados no demonstrativo de débito à 01, referente aos exercícios de 2007 e 2008.

Considerando que o sujeito passivo limitou sua defesa nas argüições de nulidades, que foram ultrapassadas por encontrar amparo na legislação tributária, no mérito mantendo o lançamento por restar comprovado o cometimento da infração que foi imputada ao autuado.

Nesta circunstância, considerando que os valores que estão sendo exigidos foram recolhidos a menor, foi acertado o procedimento fiscal, subsistindo a exigência fiscal.

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

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **114654.0002/12-7**, lavrado contra **MAXSANDÁLIAS COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.084,08**, acrescido da multa de 50%, prevista no artigo 42, I, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR