

A. I. Nº - 232255.0028/12-0
AUTUADO - MAKAIÁ COMÉRCIO DE ARTIGOS ESPORTIVOS LTDA.
AUTUANTE - EDLENA CASTRO FAHEL DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 30/04/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0029-05/13

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. CONTRIBUINTE OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL: **a)** IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. **b)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Não restou provada a nulidade, ilegalidade ou erro nos cálculos da autuação. Infrações caracterizadas. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA; **a)** PAGAMENTO A MENOS. **b)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Não restou provada a nulidade, ilegalidade ou erro nos cálculos da autuação. Infrações caracterizadas. Não acolhido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 24/09/2012, exige ICMS no valor histórico de R\$124.196,11 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1– Efetuou o recolhimento a menos do ICMS, antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime 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. O ICMS com valor de R\$9.983,10. Multa de 50%.

INFRAÇÃO 2 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS, antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime 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. O ICMS com valor de R\$60.400,56. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa de optante do Regime 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. O ICMS com valor de R\$318,12. Multa de 50%.

INFRAÇÃO 4 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime 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. O ICMS com valor de R\$53.494,33. Multa de 60%.

A defesa argumenta inicialmente, às fls. 540 a 559, que o fiscal não entregou ao autuado os arquivos magnéticos dos demonstrativos que carrega a exigência fiscal em comento, conforme determina o § 3º, art. 8º, do RPAF.

Entende que tal obrigação legal visa, justamente, o pleno exercício ao direito de defesa do contribuinte, bem como o exame profundo pela fiscalização das razões trazidas pelo autuado, a falta de observância do ditame ali previsto inibe o exercício pleno de direito de defesa do

contribuinte, importando, assim, na nulidade da infração nos termos do RPAF, em sua art. 18, II, II, III e V, “a” e “b”.

Faz considerações, inclusive doutrinárias sobre o seu direito de ampla defesa e do contraditório.

Consigna que das infrações acima mencionadas e dos fatos descritos pela nobre fiscal autuante no Termo de Encerramento e nos demonstrativos elaborados, pode-se perceber que o Fisco imputa ao contribuinte as infrações abaixo descritas, ignoradas pelo autuado, mas não prova sua materialidade, pois não colaciona aos autos documentos e livros fiscais necessários para constatação das infrações, quais sejam:

Infração	Documentos Necessários para Provar a Infração	Documentos Ausentes
Recolhimento a menor de ICMS – Antecipação Tributária Parcial no exercício de 2008	- Notas Fiscais de Entradas provenientes de outra unidade da federação;	- Notas Fiscais de Entradas provenientes de outra unidade da federação;
Não recolhimento de ICMS – Antecipação Tributária Parcial no exercício de 2008 a 2010	- Notas Fiscais de Entradas provenientes de outra unidade da federação;	- Notas Fiscais de Entradas provenientes de outra unidade da federação;
Recolhimento a menor de ICMS – Antecipação Tributária Total no exercício de 2008.	- Notas Fiscais de Entradas provenientes de outra unidade da federação relacionadas no demonstrativo da atuante, tipificada nos anexos 88 e 89;	- Notas Fiscais de Entradas provenientes de outra unidade da federação relacionadas no demonstrativo da atuante, tipificada nos anexos 88 e 89;
Não recolhimento de ICMS – Antecipação Tributária Total no exercício de 2008 a 2010	- Notas Fiscais de Entradas provenientes de outra unidade da federação relacionadas no demonstrativo da atuante, tipificada nos anexos 88 e 89;	- Notas Fiscais de Entradas provenientes de outra unidade da federação relacionadas no demonstrativo da atuante, tipificada nos anexos 88 e 89;

Assegura que se deve rechaçar qualquer "imperatividade" às suposições dos atos administrativos imputados, em especial as infrações destacadas, devendo ser declaradas nulas em razão de não conter elementos suficientes para determinar a infração, assim reza o RPAF, no art. 18º, inciso IV, alínea “a”:

Destaca também, o ilustre voto do Relator José Bezerra Lima Irmão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF (Conselho da Fazenda Estadual), conforme exposto:

2º. JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0033-02/07

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. a) Fato demonstrado nos autos. Erros do lançamento. Refeitos os cálculos, reduzindo-se o valor do imposto a ser lançado. b) "ANTECIPAÇÃO PARCIAL". FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Embora a descrição do fato, no Auto de Infração, desse a entender que se trataria da antecipação dita "total" (substituição tributária por antecipação), está claro, nos papéis de trabalho, que se trata da chamada "antecipação parcial". Refeitos os cálculos, reduzindo-se o valor do imposto a ser lançado. Corrigido o percentual da multa. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTAS. a) MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. b) MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. Fatos parcialmente demonstrados nos autos. Refeitos os cálculos, reduzindo-se os valores das multas. 3. INFORMAÇÕES ECONÔMICOFISCAIS. DME. OMISSÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. MULTA. Fato parcialmente demonstrado nos autos. Refeitos os cálculos, reduzindo-se o valor da multa. 4. LIVROS FISCAIS. CAIXA. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Imputação não questionada pelo sujeito passivo. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

“Noto que, na diligência, o fiscal sugeriu a eliminação das Notas Fiscais não acostadas aos autos (fls. 1110 e 1116) e o acréscimo de mais uma infração - 7ª infração (fl. 1118). Evidentemente, as Notas Fiscais de que o autuante não dispunha e não foram acostadas aos autos terão mesmo de ficar de fora, para uma possível ação fiscal posterior. Quanto à "7ª infração" (fl. 1118), trata-se de um fato novo: omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas não registradas. Neste processo, é inadmissível o acréscimo de valores que não foram objeto do lançamento originário. Caso as entradas objeto deste novo item não se encontrem entre aquelas que foram objeto deste Auto de Infração, poderá o fato ser autuado mediante nova ação fiscal. Se, porém, o contribuinte sanar alguma irregularidade porventura existente, antes do início de nova ação fiscal, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.”

Na esteira desse entendimento, dispõe Ilustríssimo Professor Paulo de Barros Carvalho:

“...se o sujeito passivo contestar a fundamentação do ato lavrado pelo fisco, o ônus de exhibir a improcedência da impugnação volta a ser, novamente, da Fazenda, cabendo-lhe provar o descabimento jurídico da oposição, para fazer remanescer a exigência.”

Assim, afirma que o suporte fático da imputação do Auto de Infração em apreço deve ser transparente e cristalino, corroborado com todos os meios de prova admitidos em direito, para que o ato possa prevalecer, trazendo os efeitos pretendidos, a fim de constituir o vínculo obrigacional entre o particular ao Fisco, no que tange a cobrança do tributo.

Assinala que o instituto da substituição tributária, previsto para o ICMS, na Lei Complementar de nº 87/96 contempla três espécies distintas e bem definidas de substituição, operações ou prestações antecedentes, concomitantes e subsequentes, cada uma apresentando peculiaridades bastante singulares, conforme podemos depreender da inteligência do seu art. 6º: *“Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que o contribuinte assumirá a condição de substituto tributário. Desta maneira, acredita que cada Estado define como será e qual a taxa que será cobrada o ICMS, em legislação própria a ser definida por lei específica”*.

Entende ainda, que a Lei Complementar nº 128/2008 alterou a LC nº 123/2006 que instituiu o estatuto nacional da microempresa e da empresa de pequeno porte, sendo também verdadeiro que a alteração legislativa em comento autorizou os Estados e o Distrito Federal a instituírem a cobrança do ICMS-ST em face das empresas inscritas no Simples Nacional, o que é objeto de inúmeras críticas acerca do acerto dessa medida, e até mesmo de teses respeitadas da total inconstitucionalidade da alteração, posto que dilacera as vísceras do ideal primário do Estatuto.

Salienta que a questão em relevo é a de que, ainda que a tal alteração legislativa (LC nº 128/2008) esteja incomodamente produzindo efeitos jurídicos em nosso pátrio ordenamento, esta lei, por si só, não teria aplicação imediata, dependendo, pois, de introdução por via formal de lei ordinária em cada ente federativo.

Ocorre que a arrecadação do ICMS por Substituição Tributária, segundo o contribuinte, da forma como está veiculada nas Resoluções Estaduais, acabou por aumentar o ICMS devido pelas já combalidas micro e pequenas empresas, o que afronta o princípio basilar do direito tributário, o princípio da legalidade estrita ou da legalidade tributária expressa e sabiamente inserido em nossa Carta Maior.

Efetivamente, afirma que a cobrança apresenta um sem número de ilegalidades e inconstitucionalidades, e todos estes problemas e vícios têm sido reconhecidos pelos tribunais, especialmente os Desembargadores do Tribunal de Justiça da Bahia, e, mais importante, referendados pelo Ministério Público da Bahia, que tem apresentado pareceres favoráveis aos contribuintes.

Argui valer a transcrição dos termos de um acórdão julgado pelo Tribunal de Justiça, através de seus Desembargadores, em um dos processos que patrocinou contra a cobrança, palavras que descrevem com exatidão as irregularidades que a antecipação parcial traz consigo, e que impedem que se mantenha sendo cobrada dos contribuintes:

“Da inteligência da supracitada norma, depreende-se que a norma teria acrescido a todos os regimes de apuração de imposto a obrigação de recolhimento antecipado do ICMS, em casos de aquisição de mercadoria em outros Estados para comercialização na Bahia. Vê-se, claramente, a pretensa ofensa ao art. 150, V, da CF-88, posto que violaria a livre circulação de mercadorias, ofensa aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência (art. 1º, IV; 22, VIII; 170, IV e IX; 159, IV e 179 da CF-88)”.

Pontua que, na mesma linha foi o Representante do Ministério Público, condenando a cobrança e decretando a impossibilidade de manter-se a sua exigência: *“Os Estados Federados, ao legislarem em matéria tributária, devem obedecer aos ditames contidos na Lei Maior e na legislação federal pertinente. Destarte, não podem ampliar hipóteses taxativas ou mesmo contrariá-las. O Estado da Bahia, quando editou lei que instituiu caso de antecipação de cobrança de ICMS (ou de cobrança de diferencial entre alíquotas interestadual e interna) fora dos lindes determinados na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 87/96, terminou por infringir legislação hierarquicamente superior. Editou, portanto, lei inconstitucional”*.

Argumenta, que em 20 de outubro de 2010, os Desembargadores da 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao julgarem o mérito do Mandado de Segurança de nº 0027072-11.2010.8.19.0000, decidiram por unanimidade, confirmar a liminar anteriormente deferida pelo Desembargador Relator Cleber Ghelfenstein, para o fim de afastar o recolhimento do ICMS-ST do Rio de Janeiro na forma estabelecida pela Resolução SEFAZ/RJ nº 201/2009, das microempresas e empresas de pequeno porte inscritas no Simples Nacional. Transcreve o seu teor.

Entende que os desembargadores buscaram fundamentos em decisões reiteradas que já reconheceram a aplicabilidade do princípio da legalidade em casos semelhantes. Reproduz tais decisões, (Resp. 511.197-DF, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 04/11/2003); AGRAVO DE INSTRUMENTO – JDS. DES. MYRIAM MEDEIROS – Julgamento: 08/07/08 – 1ª CAMARA CIVEL TJRJ; (2008.002.06587 – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DES. LINDOLPHO MORAIS MARINHO – Julgamento: 24/03/08 – 16ª CAMARA CIVEL TJRJ; RECURSO ESPECIAL 2009/0102311-2 - Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125) Órgão Julgador T2 – 2ª TURMA. Data do Julgamento 15/04/10; Ministro GILMAR MENDES Presidente (SS 4134/PA – PARÁ. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. Relator(a): Min.Presidente. Julgamento: 24/03/10. Decisão Proferida pelo(a) Min. GILMAR MENDES. Publicação: 06/04/10).

Com tais fundamentos, assegura que os desembargadores confirmaram a liminar anteriormente deferida para o fim de afastar o recolhimento do tributo na forma estabelecida pela Resolução SEFAZ/RJ nº 201/2009.

Argui que a decisão dos Desembargadores fluminenses, bem como de inúmeros julgados, a exemplo dos acima transcritos, são importantíssimo, pois comprovam milhares de contribuintes optantes pelo Simples Nacional que têm observado a dilapidação de suas receitas, graças à malfadada sistemática da substituição tributária do ICMS incidente sobre as mercadorias comercializadas.

Pede que seja, em face da nulidade das notificações pelos motivos acima desfilados, declarada a NULIDADE do Auto de Infração objeto, destinando-a ao arquivo administrativo suportando, posteriormente, o notificante, os custos havidos pela notificada na produção da presente defesa escrita, ou ainda, se assim não entendido, pede que seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores auferidos pelo Sr. Fiscal aos meses relacionados, comprovando as alegações de erro na apuração aqui alocadas, e ainda, seja adentrado no mérito da presente defesa, constatando-se a incidência de multas e juros superiores aos previstos legalmente, procedendo-se aos recálculos do real valor devido, expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos ilícitos, intimando-se a aqui notificada de todo o andamento do processo administrativo para. Regular exercício da ampla defesa.

O autuante apresenta a informação fiscal, às fls. 574 a 578, afirmando que em sua defesa, a autuada solicitou a nulidade do Auto de Infração alegando cerceamento do direito de defesa, afirmando que a autuante não anexou aos autos as provas necessárias das quatro infrações cometidas e não entregou os arquivos magnéticos para a autuada, conforme afirmações às fls. 544 a 546 e 541 a 542, respectivamente. Consigna ainda que a empresa em sua defesa a ilegalidade da cobrança do ICMS devido por Substituição Tributária referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado pelas empresas optantes do Simples Nacional, anexando aos autos alguns pareceres. Aduz que o estabelecimento autuado alegou, também, que as multas e juros aplicados no Auto de Infração foram calculados errados, tendo sido superiores aos previstos legalmente, solicitando os recálculos do real valor devido.

Assegura o autuante que o estabelecimento autuado foi regularmente intimado a apresentar as notas fiscais de entradas de mercadorias interestaduais, relativas ao período fiscalizado de 01/01/2008 a 31/12/2010, conforme cópias das Intimações Fiscais às fls. 09 a 11.

Aduz que as notas fiscais mencionadas acima foram entregues pela autuada e arrecadadas por esta autuante, conforme Termos de Arrecadação de Livros e Documentos às fls. 13 e 14.

Destaca ainda, que as notas fiscais de compras de mercadorias interestaduais não exibidas ao Fisco, mas que constavam no sistema CFAMT da SEFAZ foram requisitadas por esta autuante e anexadas aos autos, bem como foram anexadas aos autos, as notas fiscais de compras de mercadorias interestaduais constantes no sistema SINTEGRA e que foram requisitadas pela autuante aos fornecedores do estabelecimento autuado.

Acrescenta que foram anexados aos autos os espelhos (DANFE) das notas fiscais eletrônicas de entradas de mercadorias interestaduais contendo as respectivas chaves de acesso para eventuais consultas, se necessário.

Argumenta que o contrário do que afirmou a autuada, às fls. 544 a 546, os documentos necessários para provar as quatro infrações descritas nos autos e cometidas pela empresa, ou seja, as notas fiscais de entradas provenientes de outra unidade da Federação presentes nos demonstrativos elaborados pela autuante foram anexadas aos autos, conforme foi relacionado no Índice à fl. 08 e discriminado seguir:

- 1) Notas Fiscais de Entrada de Mercadorias referentes ao cálculo da Antecipação Tributária Parcial – Recolhimento a Menor – Infração 1 – fls. 22 a 74.
- 2) Notas Fiscais de Entrada de Mercadorias referentes ao cálculo da Antecipação Tributária Parcial – Sem Recolhimento – Infração 2 – fls. 99 a 320.
- 3) Notas Fiscais de Entrada de Mercadorias referentes ao cálculo da Antecipação Tributária Total – Recolhimento a Menor – Infração 3 – fls. 323 a 327.
- 4) Notas Fiscais de Entrada de Mercadorias referentes ao cálculo da Antecipação Tributária Total – Sem Recolhimento – Infração 4 – fls. 350 a 533.

Consigna que o proprietário do estabelecimento autuado, o Sr. Marcel Bandeira de Oliveira (CPF nº 780.366.825-91) recebeu as cópias das notas fiscais do sistema CFAMT, as cópias das notas fiscais enviadas pelos fornecedores da empresa e os espelhos das notas fiscais eletrônicas (DANFE) contendo as chaves de acesso constantes nos autos, conforme Declaração assinada à fl. 15 do PAF em 26/09/2012 e cópia do documento de identificação à fl. 16.

Destaca que o estabelecimento autuado recebeu, também, 29 (vinte e nove) demonstrativos referentes à apuração do ICMS Antecipação Parcial (Infrações 1 e 2 dos autos) e 24 (vinte e quatro) demonstrativos referentes à apuração do ICMS Antecipação Total (Infrações 3 e 4 dos autos), conforme Declaração assinada pelo proprietário, o Sr. Marcel Bandeira de Oliveira (CPF nº 780.366.825-91) em 26/09/2012.

Vale acrescentar que os demonstrativos mencionados acima foram anexos aos autos às fls. 17 a 21 (Infração 1), às fls. 75 a 98 (Infração 2), às fls. 321 a 322 (Infração 3) e às fls. 328 a 349 (Infração 4).

Argumenta que a outra alegação feita pela defesa sobre cerceamento do direito de defesa às fls. 541 e 542 foi sobre a falta de entrega dos demonstrativos constantes nos autos elaborados pela autuante em arquivos magnéticos, conforme previsto no § 3º, Art. 8º do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal).

Consigna que a exigência constante no § 3º, Art. 8º do RPAF sobre a entrega dos demonstrativos fiscais em papel e, também, em disco de armazenamento de dados não se aplica na lavratura do Auto de Infração, se aplica quando ocorre defesa por parte do estabelecimento autuado, pois, neste momento, o Auto de Infração passa a ser considerado um PAF (Processo Administrativo Fiscal) e, a partir daí, começa a valer a obrigatoriedade de anexar aos autos o disco de armazenamento de dados tanto por parte do autuado como por parte do autuante, o que foi efetuado pela defesa à fl. 560 e por esta autuante à fl. 579 no momento em que prestou a presente Informação Fiscal.

Sendo assim, destaca que, diante dos fatos expostos acima, fica claramente demonstrado que não houve cerceamento do direito de defesa em nenhum momento, conforme quis fazer acreditar a defesa.

Afirma, ainda, que com relação à alegação de ilegalidade da cobrança do ICMS devido por Substituição Tributária referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado

pelas empresas optantes do Simples Nacional, cabe aqui informar que a função desta autuante é fiscalizar o cumprimento das leis tributárias e não julgar as leis fiscais existentes, o que foi realizado de forma legal e correta por esta autuante, atendendo ao disposto no Art. 13, § 1º, Inc. XIII, Alínea “g”, Itens 1 e 2 da Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006, transcrito abaixo:

“Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições: ...

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas: ...

XIII - ICMS devido:

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar;

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;”

Alinha que, por último, às fls. 558 e 559, o estabelecimento autuado contestou as multas e os juros aplicados no Auto de Infração, alegando que foram calculados errados, isto é, superiores aos previstos legalmente e, por isso, solicitou os recálculos do real valor devido.

Aduz que esta autuante não efetuou os cálculos das multas e dos juros constantes nos autos, pois esses cálculos foram realizados automaticamente pelo sistema SEAI (Sistema de Emissão de Auto de Infração) da SEFAZ.

Argui que apenas calculou e indicou o valor histórico devido pelo estabelecimento autuado (R\$124.196,11) e o sistema SEAI calculou a multa (R\$63.056,66) e os acréscimos moratórios (R\$41.188,33) devidos conforme previstos na legislação vigente (as tipificações das multas aplicadas constam no Auto de Infração), totalizando um débito de R\$228.441,10 (duzentos e vinte e oito mil e quatrocentos e quarenta e um reais e dez centavos).

Face ao exposto, pede que seja julgado totalmente Procedente.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, traz a exigência de 4 infrações por descumprimento de obrigação principal, já devidamente relatadas.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pelo não acolhimento das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais, conforme segue adiante a fundamentação que ampara tal decisão.

Ficou demonstrado pelo autuante que os documentos necessários para provar as quatro infrações descritas nos autos e cometidas pela empresa, ou seja, as notas fiscais de entradas provenientes de outra unidade da Federação presentes nos demonstrativos elaborados pela autuante foram anexadas aos autos, conforme foi relacionado no índice à fl. 08 e discriminado seguir: “Notas Fiscais de Entrada de Mercadorias referentes ao cálculo da Antecipação Tributária Parcial – Recolhimento a Menor – Infração 1 – fls. 22 a 74; Notas Fiscais de Entrada de Mercadorias referentes ao cálculo da Antecipação Tributária Parcial – Sem Recolhimento – Infração 2 – fls. 99 a 320; Notas Fiscais de Entrada de Mercadorias referentes ao cálculo da Antecipação Tributária Total – Recolhimento a Menor – Infração 3 – fls. 323 a 327; Notas Fiscais de Entrada de Mercadorias referentes ao cálculo da Antecipação Tributária Total – Sem Recolhimento – Infração 4 – Fls. 350 a 533”.

Demonstra também a autuante que o proprietário do estabelecimento autuado, o Sr. Marcel Bandeira de Oliveira (CPF nº 780.366.825-91) recebeu as cópias das notas fiscais do sistema

CFAMT, “as cópias das notas fiscais enviadas pelos fornecedores da empresa e os espelhos das notas fiscais eletrônicas (DANFE) contendo as chaves de acesso constantes nos autos, conforme Declaração assinada à fl. 15 do PAF em 26/09/2012 e cópia do documento de identificação à fl. 16”.

Além das aludidas notas fiscais o sujeito passivo recebeu, inclusive, 29 (vinte e nove) demonstrativos referentes à apuração do ICMS Antecipação Parcial (Infrações 1 e 2 dos autos) e 24 (vinte e quatro) demonstrativos referentes à apuração do ICMS Antecipação Total (Infrações 3 e 4 dos autos), conforme Declaração assinada pelo mesmo Sr. Marcel Bandeira de Oliveira (CPF nº 780.366.825-91) em 26/09/2012.

Os demonstrativos, acima alinhados, constam dos autos, às fls. 17 a 21 (Infração 1), às fls. 75 a 98 (Infração 2), às fls. 321 a 322 (Infração 3) e às fls. 328 a 349 (Infração 4).

Quanto aos argumentos defensivos de que não foram entregues os demonstrativos constantes nos autos elaborados pela autuante em arquivos magnéticos, conforme previsto no § 3º, Art. 8º do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), cabe aduzir que o autuante atendeu tal exigência, à fl. 579 quando da Informação Fiscal.

É importante alinhar, contudo, que o exame do aludido dispositivo apresentado pela defesa, ou seja, § 3º do art. 8º do RPAF, no que alude a exigência para entrega dos arquivos magnéticos pela autuante, é de conteúdo apenas administrativo, a serem utilizados pelo Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, não lhe podendo atribuir, portanto, caso não seja atendido, a importância para se constituir em cerceamento da defesa, conforme se pode depreender do § 4º, do mesmo art. 8º do RPAF/BA, *in verbis*:

Art. 8º As petições deverão conter:

...

3º As peças processuais como defesa, informação fiscal, diligências, perícias, recursos, parecer da Procuradoria Geral do Estado e outras manifestações do contribuinte e do autuante, bem como os demonstrativos e planilhas elaborados pelo autuante, autuado e diligentes ou peritos, referentes a processo administrativo fiscal, deverão ser apresentadas em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, em arquivo em formato texto ou tabela, conforme o caso, onde conste cópia exata da peça apresentada.

...

4º As peças processuais produzidas pelo autuante, pelo representante da Procuradoria Geral do Estado e pelos diligentes ou peritos poderão, em substituição ao disco de armazenamento de dados, ser enviadas por correio eletrônico para endereço designado pelo Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF.

A decisão administrativa, proferida por uma unidade fracionária desse CONSEF/BA, que é a 2ª Junta de Julgamento Fiscal, trazida pelo sujeito passivo aos autos, ACÓRDÃO JJF Nº 0033-02/07, não tem o condão de amparar os argumentos defensivos de nulidade, em primeiro lugar porque não se trata, no presente caso, de incluir novas notas fiscais na exigência em lume, trazer novos fatos geradores não contemplados originalmente ou não acostar aos autos notas fiscais alvo de exigência. Em outro dizer, os fatos alinhados na aludida decisão não se apresentam no presente PAF, não havendo restrições ao exercício da ampla defesa ou do contraditório, ou mesmo se trata de insegurança quanto à determinação da infração ou infrator.

No que se refere ao pedido de diligência, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro tal solicitação, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas, pois as informações constantes dos autos não são indiciárias de qualquer incorreção dos valores apurados nos meses relacionados, conforme alega o sujeito passivo, como fundamento para solicitar a aludida diligência.

Em relação à alegação de ilegalidade da cobrança do ICMS devido por Substituição Tributária referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado pelas empresas optantes do Simples Nacional, diferente do alegado, tal exigência consta do Art. 13, § 1º, Inc. XIII, Alínea “g”, Itens 1 e 2 da Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006, transcrito abaixo:

“Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições: ...

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas: ...

XIII - ICMS devido:

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

- 1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar;*
- 2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;”*

Quanto a arguição de que foram elaborados erradamente os cálculos das multas e dos acréscimos moratórios, constantes nos autos, tal arguição se ajusta por completo ao disposto no art. 142 do RPAF/BA, pois se foi possível afirmar tais erros, é porque tem conhecimento dos mesmos, contudo não os apresenta com a necessária fundamentação.

Os cálculos das multas e acréscimos moratórios, aludidos pelo sujeito passivo, foram realizados pelo sistema SEAI (Sistema de Emissão de Auto de Infração) da SEFAZ, podendo se inferir que, se conseguir provar suas arguições, estará o sujeito passivo demonstrando incorreção dos aludidos cálculos e, portanto do sistema que se estenderá a todos os contribuintes que a ele foram submetidos. Verifico, contudo, não haver tais comprovações ou mesmo identificar qualquer incorreção nos aludidos cálculos.

É Importante destacar ainda que as decisões administrativas e judiciais colacionadas pelo contribuinte na peça de defesa, não podem servir de lastro para alterar o entendimento aqui externado, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente, através de Decisão judicial no caso concreto, em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos “*erga omnes*”, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da externada na presente lide, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 I do RPAF/BA.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232255.0028/12-0**, lavrado contra **MAKAIA COMÉRCIO DE ARTIGOS ESPORTIVOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$124.196,11**, acrescido da multa de 50% sobre R\$114.609,20 e 60% sobre R\$9.586,91, previstas no art. 42, incisos I, “b”, item 1 e II, “d”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de abril de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIM – JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR