

A. I. Nº	- 222560.0042/12-9
AUTUADO	- IMPRESSÃO E CODIFICAÇÃO COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE	- WADJA DE SOUZA BARBOZA
ORIGEM	- INFAS VAREJO
INTERNET	- 26/02/2014

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO JJF Nº 0033-03/14

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Autuado comprova que parte do valor exigido fora recolhida antes do início da ação fiscal. Infração parcialmente subsistente. **b)** RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Autuado não elide a autuação. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/09/2012, para exigência de ICMS no valor de R\$73.921,35, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. falta de recolhimento do ICMS - antecipação parcial, no total de R\$ 71.790,74, multas de 50%, e 60%, na condição de empresa optante do Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias para comercialização, provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro a julho, setembro a dezembro de 2010 e janeiro a dezembro de 2011.
2. recolhimento a menos do ICMS - antecipação parcial, no total de R\$ 2.130,61, multa de 60%, na condição de empresa optante do Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias para comercialização provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de maio, junho, setembro a dezembro de 2011.

O Autuado apresenta defesa às fls.174/184. Descreve os fatos que ensejaram a autuação. Diz não reconhecer as penalidades apontadas pela auditora. Afirma que é uma sociedade comercial e prestadora de serviços que tem como atividade principal a manutenção e reparação de aparelhos, máquinas, equipamentos eletrônicos e industriais, e, como atividade secundária o comércio varejista de peças e acessórios para aparelhos eletrônicos e industriais.

Afirma que na descrição dos fatos a auditora lança o valor histórico de R\$ 83.009,87, quando o somatório das duas infrações apontadas no referido auto de infração somam o valor de R\$ 73.921,35, acusando uma diferença de R\$ 9.088,52, que por si só, já anularia o auto em função do equívoco apontado.

Menciona que a auditora também se equivocou em considerar nas planilhas demonstrativas das notas fiscais de entrada das mercadorias oriundas de outros estados, notas fiscais de simples remessa (retorno de máquinas enviadas para conserto) e mercadorias (peças e acessórios) enquadradas no regime de substituição tributária, com os respectivos pagamentos dos impostos devidamente quitados através da GNRC que anexa com as respectivas notas fiscais, assim, como lançamento de notas fiscais em duplicidade.

Aduz que se aproveitando da própria planilha feita pela auditoria, faz as alterações que entende não ter incidência de antecipação, apresentando os seguintes resultados: no exercício de 2010, valor apurado pela auditoria R\$28.887,14 – valor apurado pela defesa R\$8.916,17; no exercício de 2011 – valor apurado pela auditoria R\$42.903,58 – valor apurado pela defesa R\$14.674,03.

Sustenta que se somando as diferenças apuradas nos dois exercícios totalizam o valor de R\$48.200,52, enquadradas indevidamente e equivocamente pela auditoria, uma vez que não tem incidência do ICMS (antecipação parcial).

Sustenta que conforme a legislação, o direito ao crédito do imposto nasce no momento da entrada da mercadoria ou serviço no estabelecimento e formaliza-se com o registro do documento fiscal correspondente no livro próprio. Diz que se a lei tributária e/ou lei complementar definem o fato gerador do imposto, a partir do instante de sua exteriorização ou ocorrência, começará de tal oportunidade o prazo para que seja estabelecido o respectivo recolhimento para a ocorrência do fato gerador, ou outro prazo para o recolhimento do imposto, sem que tenha ocorrido ainda o fato gerador do tributo e somente a Constituição Federal e/ou a Lei Complementar têm o poder de estabelecer a obrigação, definido o prazo para o cumprimento de obrigação tributária, segundo o artigo 15 e 60, I e III da Lei Magna.

Frisa que norma hierarquicamente inferior deve restringir-se a disciplinar a ação administrativa das autoridades fiscais, mas nunca criar obrigação *extra legem* ou *contra legem* e por tal fato, torna-se ilegal e abusiva a cobrança que determinou à Recorrente o recolhimento do imposto antecipado, posto que inexistente qualquer lei estabelecendo o dever de antecipação de tal tributo. Diz que a antecipação tributária tem sido rechaçada pelo STF, conforme decisão que reproduz. Neste sentido cita decisões do STJ e de Tribunais de Justiça Estaduais.

Registra que pretensões desta mesma natureza já vêm encontrando respaldo nas esferas de primeiro e segundo graus do Poder Judiciário da Bahia, e como de igual forma, se verifica nos outros estados da Federação, tendo em vista a concessão de liminares suspendendo os efeitos da cobrança da antecipação tributária.

Invoca o art. 28 e 18 do RPAF/99 para suscitar nulidade do auto de infração afirmando que o Fiscal simplesmente ignorou as informações prestadas pela empresa, atribuindo, quando da lavratura do auto de infração, valores totalmente divergentes dos informados pela empresa, e que, por consequência, produziram um débito de elevada monta em desfavor da impugnante. Reproduz Súmula nº 473 do STF, solicitando a anulação do auto de infração.

Frisa que o Auto de Infração é ato de imposição de débito, havendo de vir acompanhado da sua forma de apuração detalhada, expressa e clara, de forma que baste ao contribuinte-autuado a constatação dessas alegações, da simples análise e leitura do Auto de Infração. Não o é válido quando demande do Autuado deduções, suposições ou interpretações dos procedimentos adotados pelo Agente Fiscal.

Salienta que inobstante a absoluta improcedência da notificação que lhe foi imposta, vale a advertência de que está sendo aplicada multa em valores nitidamente confiscatórios, em afronta direta às garantias constitucionais do cidadão contribuinte, configurando-se, com esta atuação, típica violação aos direitos mais básicos assegurados pela Constituição Federal.

Observa ser facultado ao julgador o poder, diante do fato concreto, de reduzir a multa excessiva aplicada pelo Fisco (ver STF, RE 82.150). Diferencia as multas de caráter indenizatório das de caráter sancionatório através das lições dos Juristas Heron Arzua e Dirceu Galdino. Conclui que resta clara e explicitamente configurado o caráter confiscatório e abusivo da aplicação da multa, que chega a valores exorbitantes, motivo pelo qual devem ser anuladas. Requer seja julgado improcedente e cancelado o presente Auto de Infração.

A autuante prestou a informação fiscal fls. 253/256. Explica sobre os itens abordados pela defesa conforme segue:

- a) sobre a alegação de que seria uma sociedade comercial e prestadora de serviços que tem como atividade principal a manutenção e reparação de aparelhos, máquinas, equipamentos eletrônicos e industriais e, como atividade secundária, o comércio varejista de peças e acessórios para aparelhos eletrônicos e industriais e por isso não estaria sujeito à incidência do ICMS, na própria explanação do contribuinte encontra-se a resposta para a aplicação da penalidade em questão, visto que, ele realiza comercialização de produtos e não somente prestação de serviço;
- b) sobre a alegada diferença encontrada no somatório das duas infrações apontadas no referido auto de infração, esclarece que após a confecção do Auto de Infração foram retiradas algumas notas fiscais do levantamento inicial após revisão da planilha pela contabilidade e apresentada posteriormente ao preenchimento das informações no SEAI – Sistema de Auto de Infração Informatizado da SEFAZ, tendo sido retiradas as notas fiscais indevidas e não foi feita a correção do valor já apostado na descrição dos fatos, mas, o demonstrativo do débito corresponde ao valor que está sendo cobrado e está amplamente fundamentado nas planilhas e documentos apensos a este PAF;
- c) sobre a acusação de que seria ilegal e abusiva a cobrança do imposto antecipado, posto que inexistiria qualquer lei estabelecendo o dever de antecipação de tal tributo, diz que a cobrança está embasada no art. 352-A do RICMS-BA, em consonância com o art. 13, inciso XIII, alínea " h" da Lei Complementar 123 de 14.12.2006, do SIMPLES NACIONAL e a existência de larga jurisprudência pacífica no CONSEF sobre o tema;
- d) sobre a alegação de cerceamento de seu direito de defesa, a autuante afirma que foi dado ao autuado todo o direito do contraditório, o qual se materializou num conjunto de 10 páginas e mais anexos que ora se põe em análise. Portanto, sem nexo a assertiva utilizada;
- e) a respeito da alegação de que o fiscal simplesmente ignorou as informações prestadas pela empresa, atribuindo valores totalmente divergentes dos disponibilizados pelo autuado, e por consequência, produziram um débito de elevada monta em desfavor da impugnante, sustenta que o desenvolvimento da fiscalização ocorreu através da análise dos documentos oferecidos pelo contribuinte em confronto com os relatórios disponibilizados nos sistemas da SEFAZ. Diz que prova de que não existe e nunca existirá a intenção de prejudicar os contribuintes é que realizou a retirada de várias notas fiscais da planilha inicial, após a revisão feita pela sua contabilidade;
- f) sobre o último item da tratativa do autuado, no que tange a alusão ao caráter confiscatório e abusivo da aplicação da multa, ressalta que os percentuais da cobrança estão respaldados em lei estadual e federal pertinentes ao SIMPLES NACIONAL, não lhe cabendo poder de modificá-los, não havendo assim nexo na solicitação da defesa.

Menciona que sobre a análise mais amiúde na planilha e nos anexos apresentados pelo autuado conclui o seguinte:

- 1) as notas fiscais com CFOP 6916 / 6915 / 6949 que se referem a retorno de mercadoria para conserto foram retiradas do levantamento;
- 2) as notas fiscais 16834 / 37851 / 37923 / 39333 / 42851 / 61202 que são de Substituição Tributária também foram suprimidas da planilha;
- 3) as notas fiscais 47248 e 60820 estavam lançadas em duplicidade e foram retiradas as excedentes;
- 4) as notas fiscais 30275 / 30276 / 30278 / 30279 e 30350 são destinadas a demonstração e não foram apresentadas notas fiscais de devolução correspondentes, assim, foram mantidas no cálculo;

Frisa que após a revisão do levantamento deste Auto de Infração ante a documentação apresentada pelo contribuinte, identifica o novo montante de débito para a Infração 01 que é de 2010 - R\$ 20.215,62 e 2011- R\$ 11.143,29, perfazendo um total de R\$ 31.358,91, somando com a Infração 02 – R\$ 2.130,61, tem-se um total global de R\$33.489,52 (valor histórico) que se pode observar nas planilhas anexas.

Diante do exposto, considerando as alegações da defesa administrativa interposta pelo autuado, a autuante concorda parcialmente com a defesa e pugna ao Conselho de Fazenda Estadual pela procedência parcial do auto de infração, já que foi lavrado com atenção aos preceitos legais.

Intimado a se manifestar fl. 261, o impugnante não se pronunciou.

## VOTO

O presente lançamento imputa ao sujeito passivo 02 infrações, falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização por empresa optante pelo Simples Nacional.

Constatou que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontra no presente processo qualquer vício que enseje a nulidade do procedimento. Referente à exigência de recolhimento do ICMS antecipação parcial sobre as mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, o art. 12-A da lei nº 7.014/96, assim dispõe:

*"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 II do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição."*

Quanto à preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, sob a alegação de que não entendeu a acusação fiscal e que teria feito deduções para exercer seu direito de defesa, observo que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os demonstrativos e documentos acostados aos autos.

O deficiente alegou que na descrição dos fatos, a auditora lança o valor histórico de R\$ 83.009,87, quando o somatório das duas infrações apontadas no referido auto de infração somam o valor de R\$ 73.921,35, acusando uma diferença de R\$ 9.088,52, que por si só, já anularia o auto em função do equívoco apontado.

A autuante em informação fiscal esclareceu que tal equívoco ocorreu devido à revisão do levantamento fiscal, submetido à contabilidade do próprio autuado, que identificou notas fiscais com o imposto já recolhido, tendo sido retiradas as notas fiscais indevidas, em momento que já havia iniciado o lançamento fiscal e já aposto na descrição dos fatos o montante apurado originalmente e por equívoco não realizou a correção naquele campo do auto de infração. No entanto, aduziu que o demonstrativo do débito corresponde ao valor que está sendo cobrado e está amplamente fundamentado nas planilhas e documentos apensos ao PAF.

Da análise dos elementos que compõem o PAF, vejo que este fato em nada prejudicou o entendimento do autuado a respeito do auto de infração. Ao contrário, ao submeter a planilha elaborada inicialmente para análise, pela contabilidade da empresa, demonstra a seriedade com que a autuante elaborou seu trabalho na busca da verdade material. Os valores apurados, lançados no auto de infração e constantes da demonstração de débito estão amparados nos livros e documentos fiscais disponibilizados pela empresa.

Ademais, em sua defesa, o sujeito passivo demonstrou que compreendeu claramente qual o valor histórico da infração que lhe foi imputada, pois a partir do levantamento fiscal, apontou ponto a ponto, equívocos, acaso cometidos pela fiscalização. Portanto, não acolho a preliminar de nulidade apontada.

O autuado suscitou nulidade alegando que foi exigido o imposto sem respaldo legal. Entretanto, não foi constatada qualquer ilegalidade na apuração da base de cálculo do imposto exigido no presente Auto de Infração, previsto no dispositivo acima transcrito. Assim, constato que não se

encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Compulsando os autos vejo que consta a declaração de recebimento pelo contribuinte, das notas fiscais e demonstrativo das infrações, fl.10, o citado demonstrativo fls.11/15 e cópia das notas fiscais fls.16/171. Estes documentos fiscais descrevem a comercialização de peças e acessórios para aparelhos eletrônicos e industriais. Não procede, portanto, a alegação do autuado de que se trata de uma empresa prestadora de serviços que não estaria sujeita a incidência do ICMS.

O defendente disse que a exigência do presente lançamento fiscal seria ilegal e abusivo ao determinar o recolhimento do imposto antecipado, posto que inexistiria qualquer lei estabelecendo o dever de antecipação de tal tributo e nesse caso a lei estadual sobre a matéria seria inconstitucional. Alegou ainda, que está sendo aplicada multa em valores nítidamente confiscatórios, em afronta direta às garantias constitucionais do cidadão contribuinte.

Observo que as multas não são ilegais. Ao contrário, encontram-se no art. 42 da Lei 7.014/96, nos incisos e alíneas especificadas no Auto de Infração. Esta instância de julgamento não possui atribuição (competência) para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158/159, RPAF/99, nem para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda (art. 167, I, RPAF/99).

No mérito, o autuado em sua defesa elaborou demonstrativo apontando equívocos cometidos pela autuante como: notas fiscais com CFOP 6916 / 6915 / 6949 que se referem a retorno de mercadorias enviadas para conserto, notas fiscais que consignam mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária e notas fiscais lançadas em duplicidade.

Na informação fiscal a autuante afirmou que após análise detalhada da planilha e dos anexos apresentados pelo autuado, realizou ajustes elaborando novo demonstrativo excluindo os valores indevidos apontados, com exceção das notas fiscais 30275 / 30276 / 30278 / 30279 e 30350, que foram destinadas a demonstração e não foram apresentadas notas fiscais de retorno correspondentes, assim, foram mantidas no cálculo.

Constatou que os novos demonstrativos elaborados pela autuante fls. 257/259, estão em conformidade com a legislação que rege a matéria e o levantamento fiscal foi elaborado com base nos livros e documentos fiscais apresentados pelo impugnante, acolho, portanto, os demonstrativos ajustados, remanescedo R\$ 31.358,91 na infração 01.

No tocante à infração 02, observo não ter sido alvo de contestação por parte do autuado, que não trouxe aos autos qualquer prova, visando a desconstituição deste item da autuação. Mantida esta infração.

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

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 222560.0042/12-9, lavrado contra **IMPRESSÃO E CODIFICAÇÃO COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento no valor total de **R\$33.489,55**, acrescido da multa de 60% prevista na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de fevereiro de 2014.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - JULGADOR