

A. I. N° - 152240.0020/10-4
AUTUADO - RGS DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
AUTUANTE - ROBERTO FERNANDES GONÇALVES
ORIGEM - INFAC ATACADO
INTERNET - 24/04/2014

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0071-03/14

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada pelo autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Refeitos os cálculos, o imposto originalmente apurado ficou reduzido. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/03/2010, refere-se à exigência de R\$83.660,56 de ICMS, acrescido da multa de 50%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de julho de 2007 a dezembro de 2008; fevereiro a junho de 2009. Valor do débito: R\$76.428,26.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de julho e novembro de 2007; fevereiro, julho e outubro de 2008; fevereiro, março, maio e junho de 2009. Valor do débito: R\$7.232,30.

O autuado apresentou impugnação às fls. 268 a 278, alegando que sempre diligenciou no sentido de cumprir suas obrigações perante o Poder Público, principalmente no tocante ao cumprimento das obrigações tributárias às quais está sujeito. Que restará comprovada a total improcedência dos fatos alegados e a suposta legalidade da infração aludida, impondo-se a declaração de nulidade e arquivamento ao Auto de Infração impugnado. Como preliminar de nulidade, alega

que não foi observado o princípio da ampla defesa e do contraditório, porque o ato administrativo está eivado de vícios insanáveis de irregularidades. Afirma que recebeu apenas sete páginas do ato administrativo, contendo o Auto de Infração / Termo de Encerramento – 03 páginas; Anexo do Demonstrativo do Débito – 01 página; Planilha Demonstrativo do Débito – 03 páginas. Aduz que o autuante, na primeira página do Auto de Infração / Termo de Encerramento, no quadro “Descrição dos Fatos”, diz que o autuado deixou de recolher o ICMS referente à antecipação parcial dos exercícios de 2007, 2008 e 2009, indicando os meses de cada um deles. Que relaciona a ocorrência do fato gerador relativamente a cada mês, a base de cálculo, a alíquota, a multa, o valor histórico e o valor em Real. Que, da mesma forma, no Demonstrativo do Débito, com os acréscimos moratórios (multa e juros), inexistem outras indicações. Afirma que nenhum relatório ou planilha fora entregue ao representante legal da empresa autuada, contendo a relação das notas fiscais que demonstre o valor da base de cálculo encontrada no Auto de Infração / Termo de Encerramento mencionado. Que apesar de ter o representante da empresa assinado várias outras folhas ou vias, nenhum relatório ou planilha adicional lhe fora entregue, ou seja, o autuante fez questão de tomar ciência do representante em documentos que não lhe foram entregues. Indaga como ele, autuado, poderá aferir se está correta a diferença imputada como devida; como poderá se defender da alegação da infração supostamente cometida; como poderá se determinar, com segurança, o que está sendo cobrado se inexistem quaisquer notas fiscais relacionadas ou mencionadas no referido Auto de Infração. Cita o artigo 26 e transcreve o artigo 18, ambos do RPAF/99.

No mérito, o deficiente discute a constitucionalidade da cobrança do ICMS no regime de “antecipação parcial” devido pelas empresas inscritas no Simples Nacional. Diz ser optante deste regime. Cita a legislação a respeito. Tece considerações acerca de diferença de alíquota e do instituto da antecipação parcial. Discorre sobre o regime “Simples Nacional”, citando a legislação específica em nível nacional e estadual. Afirma que a cobrança da antecipação do ICMS de empresas optantes pelo Simples Nacional, que não poderão se compensar dos valores antecipados, além de causar uma injustiça fiscal, possui vícios flagrantes de inconstitucionalidade, o que certamente será declarada pelo respectivo Tribunal competente. Ressalta que se encontra em tramitação no Supremo Tribunal Federal (STF) uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.384) impetrada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), cujo julgamento espera-se seja culminado com a procedência da ação.

O contribuinte passa a discorrer acerca da observância aos princípios constitucionais. Fala sobre os princípios da justiça e da isonomia; cita ensinamentos de juristas. Fala sobre o tratamento igual que deve ser dispensado aos contribuintes, considerando suas desigualdades. Cita a Constituição da República. Por fim, pede que sejam acatados os argumentos de nulidade, devendo ser julgado nulo o presente Auto de Infração, alegando que não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a suposta infração cometida; e, não sendo acatados os argumentos de nulidade, no mérito, pede que seja afastada a cobrança do ICMS na modalidade de antecipação, dizendo que se trata de exigência manifestamente inconstitucional. Caso esse Órgão Julgador entenda que não é de sua competência o exame do incidente de inconstitucionalidade, que seja sobrestado o julgamento do presente processo administrativo até o deslinde final da retro mencionada ADI 4.384, cujo desfecho deverá ser proferido em breve pelo Supremo Tribunal Federal. Requer o deferimento de suas solicitações.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 296 a 298, aduzindo que a autuação baseou-se em documentos fiscais e em dados constantes nos controles internos desta SEFAZ. Descreve os termos das imputações. Resume as alegações defensivas. Afirma que o impugnante trouxe aos autos alegações de vícios em razão de formalidade, e que o autuado teria esquecido que o Auto de Infração foi baseado nas planilhas fornecidas por ele mesmo, sujeito passivo, “carimbando e assinando, conforme folhas 41, 42, 76, 77, 78, 79, 80, 199, 200, 234, 235 e 236, nos autos.” Aduz que a folha 13 do PAF, referente ao termo de devolução de documentos e cópias, sinaliza o recebimento de todas as notas fiscais do período fiscalizado em 2007, 2008 e 2009, cópias das planilhas, do

Auto de Infração e DAEs de ICMS antecipação parcial. O autuante indaga: “a bem de quem a autuada assinaria as suas próprias planilhas, carimbando-as devidamente, especificamente, a folha 13 (treze) deste PAF. Mostra-se um cunho protelatório ao pagamento do auto em epígrafe.”

O preposto do Fisco aduz que, considerando a Lei 7.014/1996 e os artigos 2º, inciso VII, e 352-A, do RICMS/BA, acerca do instituto da antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, não há que se falar em inaplicabilidade da norma vigente, falecendo argumentos de defesa. O autuante conclui dizendo que mantém todo o teor da autuação fiscal.

Considerando os demonstrativos fiscais e documentos acostados ao PAF, as alegações defensivas, e na busca da verdade material, bem como visando garantir o direito de defesa do sujeito passivo, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem (fls. 302/303), solicitando que o autuante elaborasse demonstrativos separados para as infrações 01 e 02, discriminando, no cabeçalho de cada demonstrativo, a que imputação se refere, ou seja, se a ICMS devido por antecipação parcial, ou se a ICMS devido em razão de substituição tributária. Foi solicitado também que, caso fosse citado dispositivo normativo no cabeçalho do demonstrativo, que o mesmo se referisse, especificamente, à imputação objeto de cada demonstrativo. Que em cada demonstrativo fosse discriminada, por nota fiscal, a mercadoria objeto do levantamento fiscal específico.

Na mesma diligência foi determinado que a INFRAZ de origem, após o atendimento do quanto solicitado ao autuante, fornecesse ao autuado cópia da informação fiscal de fls. 296 a 298, da diligência e dos novos documentos acostados ao processo pelo autuante, em seu atendimento. Foi determinada, também, a reabertura do prazo para apresentação de impugnação ao lançamento de ofício.

O autuante prestou nova informação fiscal às fls. 305/306 expondo que, com referência à solicitação, “a imputação objeto de cada demonstrativo refere-se ao preceito normativo art. 352 e 353 incisos I e II do RICMS/BA, bem como, que as mercadorias que foram objeto do levantamento fiscal específico foram discriminadas, por nota fiscal.”

Informa algumas retificações efetuadas nas planilhas referentes à antecipação parcial: Julho/2007 - nota fiscal nº 59960, à folha 17, não se encontra no Auto de infraction. Dezembro/2007 - notas fiscais 72168 e 72169, folhas 69 e 70, os valores não conferiam, porém, foram corrigidos e estas notas encontram-se informadas pelo contribuinte à fl. 42. Informa que a soma do valor da planilha encontrava-se à menor e também foi retificada. Janeiro/2008 - retificação do valor total da nota nº 12569 à folha 90. Fevereiro/2008 - as notas fiscais de números 73426, 73606 e 584026 não estão no auto de infraction, porém, foram declaradas pelo contribuinte, à folha 76. Julho/2008 - a nota fiscal nº 76050 não se encontra no Auto de Infraction, porém, declarado pelo contribuinte à folha 78, e, a nota nº 76056, extraída do CFAMT. Novembro/2008 - a NF nº 42434, à folha 185, foi excluída por estar incompleta. Dezembro/2008 - não foi anexada planilha ao auto, e, a NF nº 61, à fl. 187 e NF nº 62, à fl. 191, foram excluídas, tendo em vista estarem com seus valores ilegíveis, assim como a NF nº 44716, à fl. 189 e NF nº 44569, à fl. 190, foram excluídas por estarem incompletas. Abril/2009 - NF nº 52173, à fl. 211, foi excluída, por estar incompleta.

O autuante informa ainda, que em relação à antecipação que denomina de “total”, foram excluídas as Notas Fiscais de números 382, 71937, 73606, 73426, 76056, 76053, 76050, 77577, 2064, 2279, 2282, 2706 e 4572, algumas declaradas pelo contribuinte, conforme fls. 234, 235 e 236 e outras não contempladas pelo RICMS. Juntou aos autos novos demonstrativos às fls. 308 a 377. Para a Infração 01; acosta demonstrativos sintéticos às fls. 308, 319 e 360, e demonstrativos analíticos às fls. 309 a 318, 320 a 359 e 361 a 375. Para a Infração 02, acosta demonstrativo sintético à fls. 376, e demonstrativo analítico à fl. 377. O autuante, em tais demonstrativos, reduz o débito relativo à Infração 01 de R\$76.428,26 para R\$76.389,16, e reduz o débito relativo à Infração 02 de R\$7.232,30 para R\$1.351,59.

A INFRAZ de origem cumpre o quanto determinado por esta 3^a Junta, conforme recibo à fl. 380, entregando ao contribuinte toda a documentação relativa à nova informação fiscal prestada, com os respectivos demonstrativos revisados do levantamento fiscal, reabrindo-lhe o prazo para a apresentação de impugnação.

O contribuinte volta a pronunciar-se às fls. 382 a 391 reproduzindo os termos da primeira impugnação e aduzindo que mantém as argüições de nulidade, ainda que tenham sido reconstituídos os demonstrativos e anexos do Auto de Infração pelo autuante, conforme determinação deste Conselho. Entende que o Auto de Infração deve ser julgado nulo, por ter havido vícios insanáveis na sua formalização inicial, por não conter elementos suficientes para se determinar com segurança a suposta infração cometida. Não sendo acatados os argumentos de nulidade, que seja afastada a cobrança do ICMS na modalidade antecipação, por se tratar de exigência manifestamente inconstitucional. Também pede que, se esta JJF se julgue incompetente para o exame do incidente de constitucionalidade, que o julgamento seja sobreposto até deslinde final da ADI 4.384, cujo desfecho deverá se proferido pelo STF.

O autuante presta nova informação fiscal às fls. 395 e 396 repetindo os termos da informação fiscal anterior acerca da solicitação de diligência desta 3^a Junta. Ressalta que “várias notas fiscais foram sinalizadas pelo próprio contribuinte, conforme planilhas arroladas ao auto de infração nas folhas 41, 42, 76, 77, 78, 79, 80, 199, 200, 234, 235 e 236, entretanto as mesmas não entraram no cálculo atual.” Ratifica a informação fiscal “conforme demonstrativo de débito de ICMS, anexo ao auto de infração e conclui mantendo a autuação.

Conforme Acórdão JJF Nº 0145-03/11 (fls. 399/404), o Auto de Infração foi julgado nulo por esta Junta de Julgamento Fiscal, com o entendimento de que não há elementos nos autos que determinem com segurança o cometimento da infração ao sujeito passivo e o valor do débito a ser lançado de ofício, e que a diligência realizada não sanou o víncio de procedimento.

Apreciando Recurso de Ofício, a 1^a Câmara de Julgamento Fiscal decidiu pela nulidade da decisão de primeira instância, conforme ACÓRDÃO CJF Nº 0345-11/12, fls. 415/417, considerando insubsistentes os motivos apresentados pela JJF para decretar a nulidade da autuação fiscal. Determinou o retorno dos autos à primeira instância para adoção das medidas cabíveis de saneamento, inclusive diligência objetivando a verificação dos pagamentos eventualmente realizados pelo sujeito passivo e dos débitos já confessados.

O presente PAF foi redistribuído para o atual relator porque a relatora anterior foi designada e assumiu como Conselheira da Câmara de Julgamento Fiscal.

À fl. 429 esta 3^a Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência, solicitando que a repartição fiscal intimasse o autuado a apresentar os comprovantes dos recolhimentos efetuados antes do procedimento fiscal, possibilitando a dedução do débito apurado no presente lançamento.

Sendo apresentados ou não os comprovantes solicitados, que o PAF fosse encaminhado para o autuante prestar nova informação fiscal, apurando o débito remanescente em todo o período fiscalizado, excluindo os valores comprovados e os documentos fiscais que não foram acostados aos autos.

Se elaborados novos demonstrativos, que a Inspetoria Fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse cópias desses demonstrativos, concedendo o prazo de dez dias para o defensor se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos.

O autuado foi intimado na forma solicitada (fl. 433) e o autuante prestou nova informação fiscal às fls. 511/512, dizendo que o defensor apresentou os DAEs do exercício de 2007, referentes às Notas Fiscais, código de receita e valores que relacionou na informação fiscal, esclarecendo que o pagamento constante nas referidas Notas Fiscais apresentadas foi excluído da exigência fiscal, conforme nova planilha que elaborou às fls. 434 a 509 dos autos.

Intimado da informação fiscal, o defendant se manifestou às fls. 518 a 520 dos autos, aduzindo que o prazo concedido (dez dias) foi insuficiente para avaliar os trabalhos realizados pelo autuante. Afirma que as alegações apresentadas na manifestação podem ser complementadas oportunamente, se for necessário.

O defendant alega que se esqueceu de comprovar perante o autuante o pagamento da NF 17504. Também alega que foi recolhido o valor constante no DAE relativo à antecipação parcial no valor de R\$2.505,36, em 30/05/2008, correspondente às seguintes Notas Fiscais: 632048, 21151, 12994, 12992, 12993, 3458, 104850. Diz que a questão de mérito já foi atacada na impugnação inicial, relativamente à constitucionalidade da cobrança do ICMS a título de antecipação parcial.

Reafirma todos os argumentos de preliminares de nulidade, pedindo a nulidade do Auto de Infração, por entender que não existem elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, ainda que tenham sido reconstituídos os demonstrativos e anexos do Auto de Infração, conforme determinado pelo CONSEF.

Em nova informação fiscal à fl. 534, o autuante diz que o defendant apresentou comentários sobre a revisão efetuada, mas não apresentou novas provas. Acrescenta que, com base nos argumentos oferecidos na informação fiscal às fls. 432 a 512, reitera o pedido de procedência do Auto de Infração.

À fl. 538 esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em nova diligência à Infaz de origem solicitando que o autuante intimasse o autuado e lhe concedesse o prazo de dez dias para apresentar todos os comprovantes dos recolhimentos efetuados antes do procedimento fiscal, ainda não considerados no levantamento fiscal, possibilitando a dedução do débito apurado no presente lançamento.

Sendo apresentados os comprovantes solicitados, que o autuante prestasse nova informação fiscal, apurando o débito remanescente em todo o período fiscalizado, excluindo os valores comprovados.

Se elaborados novos demonstrativos, foi solicitado que a Inspetoria Fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse cópias desses demonstrativos, concedendo o prazo de dez dias para se manifestar, querendo.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 541, dizendo que em cumprimento à diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, intimou o autuado “*in loco*”, conforme intimação datada de 05/06/2013 (fl. 540), constando assinatura da sócia administrativa, Sra. Silmara Pereira Gonçalves Ribeiro, concedendo o prazo de dez dias para apresentar todos os comprovantes dos recolhimentos efetuados do imposto, correspondentes às Notas Fiscais de números 17504, 632048, 21151, 12994, 12992, 12993, 3458 e 104850, ainda não considerados no levantamento fiscal. Informa que apesar de ter sido intimado a apresentar a referida comprovação, o contribuinte não forneceu os elementos solicitados. Assim, o autuante reitera a solicitação para rejeitar o pedido de nulidade e de procedência do presente Auto de Infração.

Apesar de o autuante ter refeito os cálculos em diligência anterior, não foi elaborado demonstrativo de débito, indicando o débito remanescente após a dedução dos valores comprovados pelo autuado. Assim, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em nova diligência à Infaz de origem solicitando que o autuante elaborasse demonstrativo de débito das infrações 01 e 02, separadamente, indicando o débito remanescente em todo o período fiscalizado, após a exclusão dos valores comprovados.

Em seguida, a Inspetoria Fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse cópias desses novos demonstrativos, do CD à fl. 510, e do encaminhamento de diligência, concedendo o prazo de dez dias para se manifestar, querendo.

Em atendimento ao solicitado, o autuante informou à fl. 553 que foram elaborados demonstrativos de débito da antecipação parcial e antecipação tributária referentes aos exercícios

de 2007 a 2009, indicando os valores remanescentes após a dedução dos recolhimentos comprovados pelo autuado. Juntou os demonstrativos impressos e em CD

À fl. 556 o defendantefoi intimado da informação fiscal e respectivos demonstrativos, constando na própria intimação assinatura de representante do autuado, comprovando o recebimento de cópias da mencionada informação fiscal e dos demonstrativos. Decorrido o prazo concedido, o defendantenão se manifestou.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, 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 levantamentos e documentos acostados aos autos.

O autuado alegou que nenhum relatório ou planilha fora entregue ao representante legal da empresa autuada, contendo a relação das notas fiscais que demonstre o valor da base de cálculo encontrada no Auto de Infração. Apesar de ter o representante da empresa assinado várias outras folhas ou vias, nenhum relatório ou planilha adicional lhe fora entregue, ou seja, o autuante fez questão de tomar a ciência do representante em documentos que não lhe foram entregues.

Quanto a esta alegação, o autuado foi intimado à fl. 380, com a entrega dos demonstrativos elaborados pelo autuante, quando da revisão fiscal e redução dos valores exigidos, sendo reaberto o prazo de defesa.

Na última manifestação, o defendantepresentou o entendimento de que o Auto de Infração deve ser julgado nulo, “ainda que tenham sido reconstituídos os demonstrativos e anexos”, conforme determinação do CONSEF.

Em relação à última informação fiscal e novos demonstrativos elaborados pelo autuante, o defendantetambém foi intimado com a entrega de cópias desses demonstrativos. Foi determinada a realização de nova diligência para o defendantecomprovar os recolhimentos alegados em sua manifestação, mas não houve atendimento à intimação recebida.

Foram elaborados novos demonstrativos de débito contemplando os recolhimentos comprovados e apurados os valores remanescentes, conforme fls. 549 a 552, sendo fornecidas as cópias ao defendantefl. 556), e o autuado não apresentou qualquer contestação.

Vale ressaltar que a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiu pela nulidade da decisão de primeira instância, conforme ACÓRDÃO CJF Nº 0345-11/12, fls. 415/417, considerando insubstinentes os motivos apresentados por esta JJF para decretar a nulidade da autuação fiscal. Determinou o retorno dos autos à primeira instância para adoção das medidas cabíveis de saneamento, inclusive diligência objetivando a verificação dos pagamentos eventualmente realizados pelo sujeito passivo e dos débitos já confessados.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e 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.

No mérito, o primeiro item do presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, na condição de empresa de optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições (Simples Nacional), referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de julho de 2007 a dezembro de 2008; fevereiro a junho de 2009.

Observo que as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A da Lei 7.014/96, sendo devido o pagamento na primeira repartição

fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização.

Por determinação desta Junta de Julgamento fiscal o autuado foi intimado para comprovar os recolhimentos efetuados antes da ação fiscal, e o autuante prestou informação fiscal às fls. 511/512, dizendo que o defensor apresentou os DAEs do exercício de 2007, referentes às Notas Fiscais, código de receita e valores que relacionou na informação fiscal, esclarecendo que os pagamentos constantes nas referidas Notas Fiscais apresentadas foram excluídos da exigência fiscal, conforme nova planilha que elaborou às fls. 448 a 509 dos autos. Foram feitos os demonstrativos de débito, conforme fls. 549 a 551, também não contestados pelo defensor.

Verifico que o autuante refez os cálculos acatando parcialmente as alegações defensivas, e embora o impugnante não tenha concordado expressamente com os novos demonstrativos, não apresentou novos elementos para contrapor os cálculos efetuados pelo autuante, apesar de intimado, conforme fls. 540 e 556

Considerando as cópias dos DAEs acostadas aos autos pelo defensor comprovando os recolhimentos realizados antes da ação fiscal, foi realizado o ajuste no levantamento fiscal e elaborados novos demonstrativos acostados aos autos, ficando reduzido o débito, totalizando para R\$75.638,08, conforme demonstrativo de débito às fls. 550/552 do PAF.

Vale salientar que o defensor foi intimado quanto ao resultado da revisão efetuada, conforme intimação à fl. 556 dos autos, e não foi apresentada qualquer contestação.

O defensor alegou que a cobrança da antecipação do ICMS por empresas optantes pelo Simples Nacional, que não poderão se compensar dos valores antecipados, além de causar uma injustiça fiscal, possui vícios flagrantes de constitucionalidade.

Em relação ao questionamento do autuado quanto à constitucionalidade da antecipação parcial, observo que tal modalidade de cobrança de ICMS é prevista no art. 12-A da Lei 7.014/96, portanto, é prevista na legislação deste Estado, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de constitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Quanto ao pedido apresentado pelo defensor para sobrestrar o julgamento deste PAF até decisão pelo STF quanto à constitucionalidade da antecipação parcial, não há previsão no RPAF/BA neste sentido.

Concluo pela procedência parcial deste item da autuação, no valor total de R\$75.638,08, conforme demonstrativo de débito às fls. 550/552 do PAF

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na condição de empresa optante pelo 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, nos meses de julho e novembro de 2007; fevereiro, julho e outubro de 2008; fevereiro, março, maio e junho de 2009.

Observo que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar.

Este item também foi objeto de revisão pelo autuante, conforme planilhas que acostou aos autos, fls. 448/509. Na informação fiscal prestada à fl. 553 dos autos, o autuante disse que elaborou demonstrativo de débito apurando o valor remanescente de R\$1.351,59, conforme fl. 552.

O defensor foi intimado da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos, com a concessão de novo prazo para sua manifestação. Decorrido o prazo concedido, o autuado não apresentou qualquer contestação.

Verifico que no demonstrativo elaborado pelo autuante, constam os dados relativos ao número de cada nota fiscal objeto da autuação, data, Unidade da Federação, CFOP, valor das mercadorias, base de cálculo, valor do imposto destacado na nota fiscal, imposto apurado, ICMS pago e ICMS a pagar. O autuante informou que foram considerados os valores comprovados por meio dos DAEs acostados aos autos, e o defensor não apresentou qualquer dado divergente do levantamento fiscal, após intimação regular com a concessão de prazo para a sua manifestação.

Concluo pela procedência parcial deste item da autuação fiscal, no valor de R\$1.351,59, conforme os novo demonstrativo de débito elaborado pelo autuante, fl. 552, haja vista que, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar.

Quanto à multa indicada na infração 01, também questionada pelo autuado, foi consignado o percentual de 50%, com base no art. 42, inciso I, alínea “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96. Entretanto, a partir de 28 de novembro de 2007, a alínea “d” do inciso II do art. 42 da mencionada Lei 7.014/96, foi alterada, pela Lei nº 10.847/07, incluindo no percentual de 60% o imposto exigido por antecipação parcial não recolhido. Esta alteração tem efeitos a partir de 28/11/2007.

Antes de novembro de 2007, apesar de não haver multa específica para a falta de recolhimento da antecipação parcial, à época dos fatos, a alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96 previa a multa de 60% para todo e qualquer caso em que se configurasse infração diversa das expressamente previstas nos demais tópicos do art. 42 que importasse descumprimento de obrigação tributária principal, não havendo dolo. Assim, de acordo com os mencionados dispositivos legais (as alíneas ‘d’ e ‘f’ do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96) deve ser retificada a multa da infração 01 para 60%,

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 152240.0020/10-4, lavrado contra **RGS DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$76.989,67**, acrescido das multas de 50% sobre R\$1.351,59 e de 60% sobre R\$75.638,08, previstas no art. 42, inciso I, alínea “b”, item 1, e inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de abril de 2014

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA