

A. I. Nº - 210552.0006/14-1
AUTUADO - HORÁCIO FRANCISCO NETO - ME
AUTUANTE - SILVONEY FALCÃO MENEZES
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
INTERNET - 13. 10. 2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0197-01/14

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. NÃO INCUÍDAS NO REGIME ST. Nas aquisições de mercadorias para fins de comercialização, oriundas de outros Estados da Federação, incide o ICMS antecipação parcial, independente do regime de apuração adotado pelo estabelecimento (art. 12-A, Lei 7.014/96 e art. 352-A, RICMS-97/BA). A apuração da exigência tributária desobedeceu formal e materialmente aos requisitos para a lavratura do PAF, o que o inquinou à nulidade, nos termos do art. 18, RPAF/BA. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 03/06/14 para constituir crédito tributário, em face às irregularidades a seguir descritas:

1 - Deixou de efetuar o recolhimento de 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. Períodos dezembro de 2010; fevereiro e novembro de 2011 e janeiro, abril/junho de 2012. Valor R\$6.052,03 e multa de 60%.

2 - Efetuou recolhimento a menor de 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. Períodos abril, julho, agosto, outubro e novembro de 2010; abril/maio de 2011. Valor R\$3.323,14 e multa de 60%.

O autuado apresenta impugnação, fls. 102/103, através de seus advogados, regularmente constituídos, conforme Procuração (fl. 114), indicando, o local onde deverá ser intimado e notificado acerca do presente processo.

Descreve os fatos punidos e o direito aplicado, abordando, preliminarmente, sua condição de Microempresa, inscrita no Simples Nacional, conforme a documentação juntada aos autos e a legislação evocada, concluindo que, no momento da ocorrência do fato gerador de uma obrigação tributária principal, todos os elementos obrigacionais logo se revelam, sendo necessário, por ato formal, que a administração fiscal providencie a identificação daquela obrigação, o cálculo do tributo, dos juros e de penalidades (se for o caso), a forma e os prazos de pagamento, sem, contudo, alterá-la ou desfigurá-la, como no caso vertente.

Diz que houve erros no cálculo da antecipação parcial das aquisições consideradas pelo autuante. Reclama que ao efetuar o cálculo do ICMS/AP, o fez de maneira equivocada, adotando a aplicação da alíquota de 17% , sem considerar os valores recolhidos pelo contribuinte, lavrando Auto de Infração

equivocado, exigindo o pagamento de imposto indevido, além de multa, capitulada no art. 42, Inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

Explica, conforme texto expresso no Regulamento de ICMS do Estado da BAHIA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, que não está sujeito à aplicação da alíquota cheia e que o nobre autuante desconsiderou as antecipações previamente recolhidas pelo contribuinte, restando patente que existe um vício no cálculo apresentado.

Assevera que o cerne da presente contenda reside, precisamente, na análise da correta aplicação das alíquotas de antecipação parcial, sob as mercadorias provenientes de outras unidades da federação, face à legislação aplicável. Aduz que houve impropriedade na cobrança fiscal, não havendo, por conseguinte, omissão de recolhimento apontado pelo Fisco, nem mesmo o recolhimento a menor, tampouco a multa decorrente de tal cálculo.

Finaliza, arguindo que não deve prevalecer o crédito tributário pretendido, por inocorrente e incomprovada a ilicitude indicada na autuação. Requer a improcedência do Auto de Infração.

O Agente do Fisco presta Informação, fls. 118/121, contestando as alegações da defesa, aduzindo que desde 01.04.2006 a empresa autuada é Empresa de Pequeno Porte - EPP, inscrita no Simples Nacional. Reitera que houve o fato gerador do ICMS para cobrança da antecipação parcial, de acordo com o art. 352-A, mediante aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo (art. 61, inciso IX, ambos do RICMS/BA - 97), com a dedução do valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição, conforma demonstrativo da Antecipação Parcial em CD-R anexado ao auto.

Diz que é equivoco do sujeito passivo a arguição sobre a aplicação da alíquota de 17%, uma vez que no cálculo da Antecipação Parcial deve ser usada a alíquota interna do Estado de destino das mercadorias, conforme manda o art. 386, VII, "b"; quanto aos valores recolhidos, diz que constam do demonstrativo 2, em CD-R, anexado ao auto, na coluna ICMS pago, extraídos que foram dos sistemas INC e SIGAT (SEFAZ BA). Esclarece que, ao final de cada período de apuração, se encontram todos os valores efetivamente recolhidos pelo contribuinte.

Diz que o autuado nega apenas o cometimento da infração, o que não o desonera de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Pede a PROCEDÊNCIA do Auto de Infração sob exame, nos termos e valores contidos no Demonstrativo de Débito original.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS relativo às infrações descritas na inicial dos autos.

Antes, quanto ao pedido para que as publicações e intimações relativas ao caso sejam realizadas em nome e no endereço do seu patrono, regularmente constituído, verifico que não existe óbice em observar tal pedido. No entanto, o não atendimento à solicitação, não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – Decreto nº 7.629/99 e em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional – CTN, art. 127, a orientar, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, desde que não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do Fisco.

As infrações exigidas recaem sobre o ICMS antecipação parcial (criado pela Lei nº 8.967/03), e incide nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo, deduzido o valor do imposto destacado no documento de aquisição. Sabe-se que a incidência do ICMS antecipação parcial independe do regime de apuração adotado pelo estabelecimento (art. 12-A, Lei 7.014/96 e art. 352-A, RICMS-97/BA). O demonstrativo constante da mídia CD, fl. 95, discrimina as operações que demandaram as exigências 01 e 02 no processo administrativo fiscal - PAF, em debate.

Nas razões, alega o autuado que houve erros no cálculo da antecipação parcial das aquisições, consideradas que o agente fiscal aplicou a alíquota de 17%, quando a legislação não determina a aplicação da alíquota cheia (RICMS/BA-12, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12; diz ainda que o autuante desconsiderou os recolhimentos efetivamente realizados.

O preposto do Fisco, em sua Informação, fls. 118/121, contesta os argumentos da defesa, aduzindo que a autuada é Empresa de Pequeno Porte - EPP, inscrita no Simples Nacional; que aplicou a legislação do ICMS antecipação parcial (art. 352-A, c/c art. 61, inciso IX, art. 386, VII, "b", RICMS BA - 97), deduziu o valor do ICMS imposto destacado no documento fiscal de aquisição, conforme demonstrativo da Antecipação Parcial em CD-R, fl. 95.

Observo que o autuado é contribuinte optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas/Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, explorando a atividade comercial varejista de móveis - CNAE FISCAL 4754/70-1 e credenciado para recolher o ICMS antecipação parcial, até o dia 25 do mês subsequente.

A legislação do ICMS, no Estado da Bahia, com relação à antecipação parcial, nas aquisições efetuadas por contribuintes enquadrados na condição de ME e EPP, independentemente da receita bruta, concede uma redução de 20% do valor do imposto apurado, na hipótese de o contribuinte recolher no prazo regulamentar (art. 352-A, § 5º, RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97). Diz ainda § 6º do mesmo prescritivo legal que, ao final de cada período de apuração, o valor total do imposto a recolher, em relação a cada estabelecimento de contribuinte credenciado para pagamento, no prazo previsto no § 7º do art. 125, fica limitado a 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais, de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive as transferências, o que for maior.

A partir da vigência do Regulamento do ICMS de 2012, as reduções supra referenciadas estão amparadas nos artigos 274 e 275 do Decreto 13.780/12.

Examinando os demonstrativos elaborados pelo Fiscal, que deram suporte a exigência (*mídia CD, fl. 95*), além da documentação respectiva, acostada aos autos, constato que parte das divergências tem origem na forma diversa da aplicação das reduções previstas nos §§ 4º, 5º e 6º do art. 352-A, RICMS/BA ou o correspondente, a partir da vigência do Regulamento de ICMS de 2012. Em algumas situações, o preposto fiscal desconsiderou o desconto de 20% na apuração do imposto recolhido no prazo regulamentar, além do limite de 4% das receitas ou do valor das entradas internas e interestaduais, inclusive transferência (o que for maior), previstos na legislação; em outras, as aquisições foram consideradas no demonstrativo fiscal, em período diverso daquele registrado nos livros fiscais do autuado, a exemplo da nota fiscal 12.026, exigida pelo Fisco, em 12/2010, mas escriturada pelo autuado, no mês 03/2011, com o pagamento efetuado em 04/2011.

Em outras situações, houve desencontro nos períodos dos registros das notas fiscais de entrada e o período considerado pelo preposto fiscal, exemplificado, novamente, através das notas fiscais 5179, 921.741, 16.953, todas constantes do demonstrativo fiscal de falta de pagamento de ICMS antecipação, de novembro 2011, mas escrituradas em dezembro 2011, sem a prova do efetivo recolhimento.

Por outro lado, o autuado argui tão somente a regularidade de seus pagamentos, sem fazer prova ou acostar ao PAF planilhas demonstrando a apuração do ICMS antecipação parcial recolhido mês a mês, para efeito de comprovação com o demonstrativo fiscal. Outrossim, observo que não existe, nos autos, comprovante da entrega ao autuado do demonstrativo das operações consideradas irregulares, o que demandou o seu questionamento da falta de comprovação material da acusação fiscal.

A autuação, assim, além de cerceamento ao direito da ampla defesa, contém vícios que afetam a sua eficácia, insanável, mesmo que convertido o PAF em diligência, visto que atingida a base de cálculo da apuração do imposto. O lançamento de ofício, em tais circunstâncias, não pode resistir, seja pela imprecisão material, pela mácula na formação da base de cálculo, como algo que possa dimensionar

a materialidade da hipótese de incidência e as proporções reais do fato. Havendo equívocos dessa natureza, o resultado estará comprometido por vício insanável, bem como todos os atos subseqüentes de formação da relação jurídico-tributária, seja o próprio lançamento, a constituição definitiva do crédito tributário. inscrição de dívida ativa, etc.

O sistema processual administrativo, no Estado de Direito, é regido por garantias e princípios constitucionais, incluindo a limitação do exercício de tributar, definidos os seus limites numa ordem de legalidade que assegura a prevalência da cláusula do "*due process of law*". Procedimento fiscal dessa ordem constituem óbices à defesa, dificultam o contraditório, sendo incompatível com o direito processual.

Em face de tais considerações, meu posicionamento é pela nulidade do lançamento de ofício, com fundamento no artigo 18, II, IV "a" do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto 7.629/99, recomendando a autoridade fazendária competente que examine a pertinência de uma nova ação fiscal, livres dos vícios, retro enumerados.

Após toda a exposição, considero NULO o Auto de Infração.

É como voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210552.0006/14-1**, lavrado contra **HORÁCIO FRANCISCO NETO - ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR