

A. I. N° - 210437.0345/12-6
AUTUADO - VALDEMAR CARDOSO SOBRINHO DE TANQUE NOVO - ME
AUTUANTE - RAILIA ASSUNÇÃO SOUZA MACHADO
ORIGEM - INFAS BRUMADO
INTERNET - 02.10.2014

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0197-04/14

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. b) PAGAMENTO A MENOS. 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, não enquadradas no regime da substituição tributária. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 20 de novembro de 2013 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 27.164,46, bem como multa no percentual de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. 07.21.03. Deixou de recolher o 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 a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no montante de R\$ 19.153,12, constatada nos meses de fevereiro a maio, julho e agosto de 2011, junho a setembro, novembro e dezembro de 2012.

Infração 02. 07.21.04. Efetuou recolhimento a menor 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 a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no valor total de R\$ 8.011,34, verificada a ocorrência nos meses de janeiro a maio, e outubro de 2012.

Tempestivamente, o autuado apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 34 a 37, onde argüi em sua defesa, inicialmente, que o lançamento é nulo, diante do fato de que não foi observado o devido Processo Legal em face da autuante ao entregar a cópia do Auto de Infração na data de 03/12/2013 no seu estabelecimento não devolveu a documentação conforme protocolo de entrega anexo, o que cerceia o seu direito de defesa, uma vez que precisa da documentação para uma averiguação dos fatos.

Informação fiscal prestada às fls. 50 e 51 pela autuante argumenta que a peça apresentada não questionou a responsabilidade tributária, nem os fatos geradores e alíquotas e base de cálculo aplicadas para as infrações apuradas, sendo a defesa apresentada mera protelação do pagamento do imposto.

Informa que os documentos utilizados para a prova no lançamento encontram-se disponíveis nos sistemas "web da SEFAZ/BA", aos quais o contribuinte tem acesso por meio de senha.

Quanto à argumentação de que os documentos fiscais utilizados na auditoria não foram devolvidos, informa estar anexando Termo de Devolução de Documentos Fiscais (fls. 52 e 53).

Reafirma o enquadramento, demonstrativos e valores do crédito reclamado, e "reabre" prazo para a empresa autuada, desejando, se manifestar.

Em sessão para apreciação de pauta suplementar, esta Junta de Julgamento Fiscal determinou a conversão do processo em diligência, diante da constatação de que apesar do lançamento ser datado de 03 de dezembro de 2013, com ciência pessoal na mesma data, a devolução dos documentos da empresa apenas ocorreu em 12 de fevereiro de 2014, acorde documentação apenas ao feito, ou seja, posteriormente à data da lavratura e apresentação da defesa em 02 de janeiro de 2014, bem como que o prazo "reaberto" pela autuante além de ilegal em função da sua incapacidade, fere a determinação legal quanto ao prazo, a fim de que fosse reaberto o mesmo por trinta dias, diante do fato de estar naquele momento de posse dos livros e documentos fiscais arrecadados para fins de fiscalização.

Em atendimento a tal solicitação, o sujeito passivo foi devidamente intimado, lhe sendo devolvido o prazo legal para apresentação de defesa (fls. 60 e 60v), o que ensejou a apresentação da peça de fls. 62 a 67 na qual, após breve histórico da autuação, tece uma série de considerações acerca do processo tributário, e do princípio da reserva legal, o qual, ao seu entender, não foi obedecido, ensejando a decretação de nulidade do feito, e que no caso "*sub examine*", devido as vícios que possuem levará fatalmente a decretação da sua nulidade.

E conclui: *"Por todo o exposto e por tudo o mais que consta dos autos, a autuada REQUER, que este Egrégio conselho de Fazenda Estadual – CONSEF decrete a NULIDADE TOTAL do auto de infração em tela, acolhendo as PRELIMINARES argüidas, por ser de direito e da mais LÍDIMA JUSTIÇA.*

Todavia, caso assim não entenda este eminente órgão Colegiado, o que somente se admite AD ARGU MENTANNDUM TANTUM", a autuada postula pela improcedência do auto de infração 210437.0345/12-6, pelas razões de DEFESA expostas". (redação original).

Em nova informação fiscal, a autuante (fls. 80 a 82), aduz que a defesa apresentada às fls. 61 a 76, não questionou a responsabilidade tributária, nem os fatos geradores, nem as alíquotas aplicadas no cálculo do crédito tributário e nem da base de cálculo utilizada nas infrações 01 e 02.

Referente a não devolução dos documentos fiscais, gerando impedimento de "averiguação dos fatos" que geraram o crédito tributário, foi sanada pendência, após devolução dos livros e documentos fiscais, conforme Termo às fls. 52 e 53.

Também, foi corrigida pelo Órgão Julgador, a questão da abertura do prazo de defesa e a competência para fazê-la, o que a leva a entender que o Autuado apresentou defesa, mais uma vez, apenas com intuito de protelação do pagamento do imposto, em razão de não apresentação de nenhum fato novo ou mesmo documento que pudesse alterar a obrigação principal ou acessória lançada no PAF.

Diante do exposto e com fundamento na legislação, reafirma os enquadramentos, os demonstrativos e os valores do crédito reclamado nesse PAF, e a procedência do lançamento.

VOTO

O lançamento constitui-se em duas infrações arroladas pela fiscalização, as quais são inteiramente contestadas, e referem-se a antecipação parcial não recolhida (infração 01) e recolhida a menor (infração 02), 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 as aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Analizando as peças processuais, constato que o mesmo se encontra devidamente instruído com os elementos necessários para a comprovação da autuação. Observo, de igual forma, que quando da apresentação da primeira defesa, os documentos fiscais arrecadados pela autuante para a fiscalização realizada não haviam sido entregues ao contribuinte em tempo hábil para o pleno conhecimento da acusação fiscal e a possibilidade de exercício de sua ampla defesa, o que valeu

a conversão do feito em diligência, a fim de que fosse reaberto o prazo de defesa de trinta dias, após a entrega da documentação à empresa autuada, a fim de que lhe fosse plenamente garantido o preceito constitucional da ampla defesa.

Na nova peça defensiva apresentada, a empresa autuada, de forma genérica apenas faz considerações acerca do processo tributário, e do princípio da reserva legal, o qual, ao seu entender, não foi obedecido, ensejando a decretação de nulidade do feito, e que no caso “*sub examine*”, devido aos vícios que possuem, sem especificar ou apontar objetivamente qual seriam tais “vícios”.

Quanto à sustentação defensiva de que o lançamento feriu o princípio da reserva legal, algumas breves palavras são necessárias, O princípio da legalidade está previsto no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 5º, II da Constituição Federal:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei";

Tal regra serve para conferir a segurança jurídica necessária à convivência dos indivíduos em sociedade, o que significa dizer que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, ou seja, somente através das espécies normativas elaboradas consoante as regras do processo legislativo constitucional se podem criar obrigações.

A reserva legal, relaciona-se à exigência de que determinadas matérias sejam reguladas por lei em sentido estrito, vedada a adoção de outra espécie normativa, no caso presente, esta regra normativa não somente existe, como, de igual forma, possui aplicação plena, não tendo pertinência, pois, ao sujeito passivo questionar a respeito.

Tal legalidade tributária encontra-se cristalizada por meio do comando inserido no artigo 150, inciso I, na Constituição Federal de 1988.

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;"

A legalidade tributária diferencia-se da legalidade comum por exigir, dentro outros requisitos, reserva absoluta de lei, abarcando a legalidade tributária formal (obediência ao processo legislativo e órgão legiferante competente) somada à legalidade tributária material (definição de todos os aspectos do fato gerador).

Ou seja: a reserva legal relativa vai estar presente quando a Magna Carta, apesar de exigir edição de lei em sentido formal, permitindo à mesma estabelecer somente parâmetros de atuação do Poder Executivo, podendo este complementá-la por ato infra legal, que, por sua vez, deverá estar adstrito ao preconizado na lei em sentido formal.

Do exame do feito, entendo não estarem presentes quaisquer dos elementos listados na legislação, especialmente o disposto nos artigos 18 e 39 do RPAF/99, que possam ensejar a nulidade do lançamento, estando o mesmo estribado não somente na Legislação Federal, especialmente na Lei Complementar 123/06, como igualmente na Lei Estadual 7.014/96, motivo pelo qual não acolho a preliminar apresentada.

Quanto ao mérito, ressalto, inicialmente, que a opção pela adesão ao denominado Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL, é unicamente do contribuinte, diante do fato de ser característica do mesmo facultativo além de irretratável para todo o ano-calendário,

abrangendo os tributos, IRPJ, CSLL, PIS/PASEP, COFINS, IPI, ICMS, ISS e a Contribuição para a Seguridade Social destinada à Previdência Social a cargo da pessoa jurídica (CPP).

Além disso, tal regime se caracteriza pelo recolhimento dos tributos abrangidos mediante documento único de arrecadação, o denominado DAS, bem como pelo fato de haver disponibilização às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte de sistema eletrônico para a realização do cálculo do valor mensal devido, geração do DAS e, a partir de janeiro de 2012, para constituição do crédito tributário, exigindo a apresentação de declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, sendo concedido prazo para recolhimento do DAS até o dia 20 do mês subsequente àquele em que houver sido auferida a receita bruta.

Feitas tais observações, entendo ainda pertinente mencionar o fato de que a implementação de tal sistema deu-se através da promulgação da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, passando a produzir os seus efeitos a partir de 01 de julho de 2007.

Tal Lei Complementar determina, no mesmo artigo 13 arrolado na peça defensiva, como deve ser efetivado pelo contribuinte inscrito no SIMPLES NACIONAL o seu recolhimento:

"Art. 13:

(...)

§ 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:

(...)

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;"

Esta é a base legal para que o Estado da Bahia possa, através de sua fiscalização tributária, realizar a cobrança de antecipação parcial para as empresas optantes daquele regime de tributação, vez que tal sistemática não implica em encerramento da fase de tributação.

Ou seja: em relação a antecipação parcial, incide a regra geral de apuração e recolhimento de todos os contribuintes, independentemente do regime de apuração pelo qual optaram, obedecendo a legislação posta, especialmente o artigo 12-A da Lei 7.014/96:

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

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por (...)".

Com isso, cai por terra qualquer eventual alegação quanto à cobrança de antecipação parcial daqueles contribuintes optantes do regime do SIMPLES NACIONAL, bem como pelo fato do mecanismo de cobrança da antecipação parcial ser apartado do regime de apuração do SIMPLES NACIONAL, tal, como por exemplo, as operações de mercadorias sujeitas a substituição tributária total, com encerramento de tributação.

Por outro lado, a autuante acostou aos fólios demonstrativos nos quais constam as notas fiscais que deram azo à autuação, com as datas de emissão, unidade da Federação, valor da mercadoria, alíquotas aplicada na origem, e interna, com o cálculo detalhado do imposto devido ou recolhido

a menos, os quais foram entregues ao contribuinte mediante recibo, conforme se observa às fls. 10 a 25, proporcionando ao sujeito passivo plenas condições de exercer com plenitude o seu direito de defesa.

Nas duas infrações, o sujeito passivo não conseguiu de forma objetiva, repita-se, trazer qualquer elemento de prova que viesse a se contrapor à acusação fiscal, de forma a contraditá-la. Dessa maneira, há de se aplicar o teor dos artigos 140 e 143 do RPAF/99, os quais determinam, respectivamente, que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Desta forma, não há outra alternativa ao julgador, diante da ausência de elementos defensivos a analisar, do que julgar as duas infrações totalmente PROCEDENTES.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº. 210437.0345/12-6 lavrado contra **VALDEMAR CARDOSO SOBRINHO DE TANQUE NOVO - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 27.164,46**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 29 de setembro de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR