

A. I. N° - 192378.0030/13-5
AUTUADO - ERALDO COSTA DE MACEDO
AUTUANTE - CÉLIA CAETANO DE SOUZA
ORIGEM - INFRAZ JEQUIÉ
INTERNET - 18/09/2014

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0200-03/14

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. 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. 2. 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. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 03/10/2013, refere-se à exigência de R\$9.386,53 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Recolhimento efetuado a menos 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 interestaduais de mercadorias, nos meses de maio, junho, agosto a dezembro de 2010; janeiro a março, maio, junho, agosto, setembro e dezembro de 2011; janeiro, fevereiro, maio a novembro de 2012. Valor do débito: R\$7.539,19. Multa de 60%.

Infração 02: Falta de Recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, na condição de optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições interestaduais de mercadorias, nos meses de julho a setembro e dezembro de 2010; fevereiro, junho, agosto, outubro a dezembro de 2011. Valor do débito: R\$1.847,34. Multa de 60%.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 126, apresentou impugnação às fls. 117 a 125 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e alega que a autuação resta eivada de nulidade, porque, conforme preconiza o nosso ordenamento jurídico, o demonstrativo elaborado pela autuante deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida. Diz que a mencionada falha originou a apuração de valores indevidos, no levantamento de notas fiscais dos produtos

oriundos de outros Estados, que estariam sujeitos ao pagamento da diferença de alíquota, uma vez que, um relatório emitido pela própria Secretaria da Fazenda evidencia que a autuante auferiu valores aleatórios nos períodos apurados, não tomando por base as informações contidas nos sistemas, nem tampouco o recolhimento antecipado do imposto, desconsiderando os pagamentos efetivamente realizados pelo contribuinte.

Alega que além dos erros mencionados anteriormente, no tocante aos valores apurados, a autuante não observou a existência do pagamento do ICMS antecipado em todos os meses, sendo lançados valores divergentes no demonstrativo da falta de pagamento. Citou exemplos e afirmou que após uma breve análise se pode constatar a nulidade do Auto de Infração, que pode ser julgado improcedente devido à sua irregularidade. Reafirma que a falta de discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento fiscal, por si só, eiva de nulidade o Auto de Infração, porque desobedece o art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN.

Salienta que, não possuindo as condições de execução judicial, onde a liquidez e certeza devem e precisam restar provados, resta nula a autuação fiscal, devendo tal qualidade ser atribuída pela autoridade administrativa, sob pena de vê-la decretada pelo Poder Judiciário. Requer a realização de diligências para a constatação dos reais valores devidos.

No mérito, o defensor alega, quanto à primeira infração, que não há possibilidade de aquisição de mercadorias sem antes efetuar o pagamento do imposto, e que o débito exigido é resultado de erro na apuração da autuante, porque todos os tributos devidos pela empresa autuada foram devidamente recolhidos.

O autuado informa que sempre procurou, apesar das dificuldades, cumprir corretamente com suas obrigações fiscais, tendo a autuação incorrido em erro que a torna nula. Salienta que durante vários anos e em várias ações fiscais já realizadas, não houve qualquer lavratura de Auto de Infração. Diz que a exigibilidade do tributo impugnado restará suspenso conforme estabelece o art. 151 do CTN.

Também alega que, no caso em tela, apesar de ter recolhido o ICMS antecipado, não se creditou de valores referentes ao mencionado recolhimento, o que nos remete ao fato de que inexiste obrigação tributária. Afirma que esta confusão torna-se mais grave porque os valores e as multas impostas são reveladores da integral capacidade de pagamento do tributo. Diz que a fundamentação apresentada pelo Fisco, com erro na fórmula utilizada na finalização do crédito tributário, não convalida o lançamento.

Ressalta que o fato de a legislação do Simples Nacional não agregar na sua sistemática o ICMS devido por substituição tributária, bem como a diferença de alíquota do ICMS, vem impactando os negócios de micro e pequenas empresas optantes por esse regime de tributação. Além do recolhimento do tributo unificado, previsto nas diversas tabelas que compõem esse regime, a Lei impõe a essas empresas o ônus adicional do ICMS – ST, quando ocorre a circulação de mercadorias sujeitas à substituição tributária, e a diferença de alíquotas por força de aquisições interestaduais.

Entende que a observância dessas regras trouxe aos optantes pelo Simples Nacional, não só o custo tributário direto incidente sobre a comercialização dos seus produtos, mas a árdua tarefa de especificar com exatidão os seus itens do estoque e emitir corretamente os respectivos documentos fiscais, sobretudo quando há operações interestaduais. Também entende que os Estados, a exemplo do Estado da Bahia, utilizam-se indevidamente do instituto da substituição tributária para justificar a antecipação tributária.

Apresenta outros comentários sobre a matéria tratada na autuação fiscal, inclusive o posicionamento da jurisprudência. Contesta a multa aplicada e afirma que as penalidades, multa e juros, se mantida a autuação, deverão ser reduzidas ao suportável pela capacidade contributiva, esvaziando os contribuintes e locupletando o Estado.

Por fim, pede que seja decretada a nulidade do Auto de Infração. Se assim não for entendido, que seja realizada diligência a fim de apurar as informações referentes aos valores apontados pela autuante nos meses relacionados, comprovando as alegações de erro na apuração do débito. No mérito, se constatada a incidência de multas e juros superiores aos previstos legalmente, que se proceda ao cálculo do real valor devido, expurgando-se, ainda, a capitalização e demais acréscimos ilícitos, intimando-se o autuado do processo administrativo para o regular exercício da ampla defesa.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 272 a 279 dos autos. Após reproduzir as alegações defensivas esclarece que os demonstrativos foram elaborados a partir dos XML das Notas Fiscais Eletrônicas e das demais informações relativas aos pagamentos constantes nos Sistemas INC e SIGAT da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Informa que teve o cuidado de apresentar os dados ao contribuinte, antes da lavratura do Auto de Infração, dando oportunidade para que autuado pudesse exercer a ampla defesa preconizada pela Constituição Federal.

Diz que o contribuinte deixou de se manifestar quanto à regularidade dos valores apurados, e que os demonstrativos elaborados não deixam dúvidas quanto à correta discriminação em suas diversas colunas das informações concernentes às notas fiscais, data de entrada das mercadorias, CNPJ dos fornecedores, UF de origem das mercadorias, discriminação das mercadorias, alíquota de origem, valor da mercadoria, base de cálculo, crédito de ICMS, alíquota interna aplicável, ICMS pago, ICMS a pagar.

Entende que não se justifica a alegação do autuado de que não houve a correta discriminação das notas fiscais envolvidas. Que não restam dúvidas de que o Auto de Infração descreve minuciosamente o infrator, a infração, os dispositivos legais infringidos etc. Que os demonstrativos estão conforme a determinação legal, ficando evidenciado que a fiscalização cumpriu todos os ditames da legislação.

Transcreve os arts. 125 e 352-A do RICMS-BA/97 e os arts. 273, 274 e 332 do RICMS-BA/2012. Comenta sobre a redução do ICMS referente à antecipação parcial e informa que de acordo com a Relação de DAEs obtida a partir do sistema INC, relativas aos exercícios de 2010, 2011 e 2012, o autuado só pagou o ICMS da antecipação parcial referente ao mês 11/2012. Diante de tal fato, deixou de aplicar qualquer redução do ICMS, em relação aos demais meses arrolados no Demonstrativo 2, em atendimento às determinações regulamentares.

Ressalta que todos os pagamentos de ICMS constantes nos sistemas INC e SIGAT foram considerados nos demonstrativos, conforme se pode observar nas colunas “ICMS PAGO”, do Demonstrativo 1 – Antecipação Tributária (fls. 09 a 107 do PAF) e Demonstrativo 2 – Antecipação Tributária (fls. 108 a 110 do PAF).

Quanto às divergências apontadas pelo defendente em relação ao levantamento fiscal e valores lançados no Auto de Infração, presta as seguintes informações:

1. Mês de junho de 2010 – assiste razão ao defendant, devendo ser corrigido o valor lançado no Auto de Infração, de R\$579,16 para R\$479,06.
2. Mês de novembro de 2010 – assiste razão ao contribuinte, devendo ser corrigido o valor lançado no Auto de Infração, de R\$251,64 para R\$237,22.
3. Mês de janeiro de 2012 – razão assiste ao defendant, devendo ser corrigido o valor lançado, de R\$107,69 para R\$104,79.
4. Mês de fevereiro de 2012 – no demonstrativo preliminar consta o valor de R\$4,06 e no Auto de Infração consta o valor de R\$136,64. Esclarece que ocorreu erro de digitação no momento da transcrição do mês de março de 2012, constante no Demonstrativo 1, tendo sido informado equivocadamente no auto de infração o mês de fevereiro de 2012. O mês correto é março de 2012, no valor de R\$136,64.

Em relação ao valor constante no demonstrativo preliminar de R\$4,06, relativo ao mês 02/2012, no curso da fiscalização foi constatado o pagamento regular, motivo pelo qual não foi lançado o referido valor no Auto de Infração.

Após as correções mencionadas, conclui que o valor total correto da antecipação tributária é R\$7.421,67, conforme demonstrativo que elaborou às fls. 277/278.

Quanto aos valores de ICMS relativos à Antecipação Parcial, lançados no Auto de Infração, afirma que não há reparos a fazer. Diz que os demonstrativos entregues ao defensor encontram-se totalizados no mês de junho de 2011 (fl. 207 do PAF). Entretanto, no curso da fiscalização, essa falha foi sanada e o valor de R\$471,56 correspondentes ao mencionado mês, encontra-se corretamente lançado, tanto no Demonstrativo 2 (fl. 109) quanto no Auto de Infração. O valor correto é o que já consta no Auto de Infração, de R\$1.847,34.

Sobre as demais alegações de ilegalidades em relação às multas aplicadas e acréscimos moratórios e a legislação da substituição tributária, deixa de tecer comentários, afirmado que foge à sua competência, inclusive do CONSEF.

Pede a procedência parcial do presente Auto de Infração, reafirmando que nos levantamentos realizados foram considerados os pagamentos comprovados e com base nas notas fiscais apresentadas e demais informações constantes no banco de dados da SEFAZ/BA, especialmente Notas Fiscais Eletrônicas e pagamentos constantes no Sistema INC e SIGAT, nada tem a reparar quanto à aplicação das MVAs e demais disposições regulamentares. Frisa que os elementos trazidos à apreciação pelo defensor não conseguiram elidir a totalidade do presente lançamento. Juntou relação de DAEs e cópias de Notas Fiscais Eletrônicas.

À fl. 304 o defensor foi intimado a tomar conhecimento da Informação Fiscal, constando na intimação que foi acompanhada de cópia da referida informação fiscal. Decorrido o prazo concedido, o defensor não se manifestou.

VOTO

Quanto à preliminar de nulidade argüida pelo defensor, constatei que o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário apurado e a natureza da infração. 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 impugnante alegou que a autuante deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida. Entretanto, nos demonstrativos elaborados pela autuante foram indicadas as notas fiscais objeto da autuação, a respectiva data e unidade da Federação, além de outros dados relativos à mercadoria, MVA, valor unitário base de cálculo, crédito de ICMS, ICMS devido, ICMS pago e ICMS a pagar.

Vale salientar, que o autuado tomou conhecimento dos mencionados demonstrativos, tendo anexado aos autos, juntamente com as razões defensivas, cópias do Auto de Infração, demonstrativo de débito e demais demonstrativos da antecipação tributária e antecipação parcial (fls. 180 a 270 dos autos).

Na informação fiscal, a autuante esclareceu que os demonstrativos elaborados não deixam dúvidas quanto à correta discriminação em suas diversas colunas das informações concernentes às notas fiscais, data de entrada das mercadorias, CNPJ dos fornecedores, UF de origem das mercadorias, discriminação das mercadorias, alíquota de origem, valor da mercadoria, base de cálculo, crédito de ICMS, alíquota interna aplicável, ICMS pago, ICMS a pagar. Entende que não se justifica a alegação do autuado de que não houve a correta discriminação das notas fiscais envolvidas.

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 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 maio, junho, agosto a dezembro de 2010; janeiro a março, maio, junho, agosto, setembro e dezembro de 2011; janeiro, fevereiro, maio a novembro de 2012.

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.

O defensor alegou que a autuante não observou a existência do pagamento do ICMS antecipado em todos os meses, sendo lançados valores divergentes no demonstrativo da falta de pagamento. Que não há possibilidade de aquisição de mercadorias sem antes efetuar o pagamento do imposto, e que o débito apurado é resultado de erro na apuração da autuante, porque todos os tributos devidos pela empresa autuada foram devidamente recolhidos.

Este item da autuação foi objeto de revisão pela autuante. Quanto às divergências apontadas pelo defensor em relação aos valores lançados no Auto de Infração, prestou as seguintes informações:

1. Mês de junho de 2010 – assiste razão ao defensor, devendo ser corrigido o valor lançado no Auto de Infração, de R\$579,16 para R\$479,06.
2. Mês de novembro de 2010 – assiste razão ao contribuinte, devendo ser corrigido o valor lançado no Auto de Infração, de R\$251,64 para R\$237,22.
3. Mês de janeiro de 2012 – razão assiste ao defensor, devendo ser corrigido o valor lançado, de R\$107,69 para R\$104,79.
4. Mês de fevereiro de 2012 – no demonstrativo preliminar consta o valor de R\$4,06 e no Auto de Infração consta o valor de R\$136,64. Esclarece que ocorreu erro de digitação no momento da transcrição do mês de março de 2012, constante no Demonstrativo 1, tendo sido informado equivocadamente no auto de infração o mês de fevereiro de 2012. O mês correto é março de 2012, no valor de R\$136,64.
5. Em relação ao valor constante no demonstrativo preliminar de R\$4,06, relativo ao mês 02/2012, no curso da fiscalização foi constatado o pagamento regular, motivo pelo qual não foi lançado o referido valor no Auto de Infração.
6. Após as correções mencionadas, conclui que o valor total correto da antecipação tributária é R\$7.421,67, conforme demonstrativo que elaborou às fls. 277/278.

O defensor foi intimado da informação fiscal e dos novos valores apurados pela autuante, 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, ficando confirmada a informação da autuante de que todos os pagamentos de ICMS constantes nos sistemas INC e SIGAT foram considerados no levantamento fiscal, conforme se pode observar nas colunas “ICMS PAGO”, do Demonstrativo 1 – Antecipação Tributária (fls. 09 a 107 do PAF) e Demonstrativo 2 – Antecipação Tributária (fls. 108 a 110 do PAF). Ademais, 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\$7.421,67, conforme o novo demonstrativo de débito elaborado pela autuante (fls. 277/278), 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.

A infração 02 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 a setembro e dezembro de 2010; fevereiro, junho, agosto, outubro a dezembro de 2011. Demonstrativo às fls. 108/110 do PAF.

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.

Verifico que na informação fiscal, a autuante não fez qualquer retificação no levantamento fiscal. Disse que não há reparos a fazer, e conforme o Demonstrativo 2 (fl. 109) o valor total do imposto exigido é o que já consta no Auto de Infração, de R\$1.847,34.

O autuado não apresentou qualquer dado divergente, ao alegar que a observância das regras da antecipação trouxe aos optantes pelo Simples Nacional um custo tributário direto incidente sobre a comercialização dos seus produtos, e que os Estados, a exemplo do Estado da Bahia, utilizam o instituto da substituição tributária para justificar a antecipação tributária.

Vale salientar que o defendente foi intimado quanto ao conteúdo da Informação Fiscal, conforme Intimação e Aviso de Recebimento às fls. 304/305 dos autos, e não foi apresentada qualquer contestação.

O defendente 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.

Quanto às regras do Simples Nacional, o art. 386 do RICMS-BA/97, vigente à época, prevê que o recolhimento na forma estabelecida no regime do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária; operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal: a) com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006; b) sem encerramento da tributação (antecipação parcial),

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. Mantida a exigência fiscal constante neste item do Auto de Infração.

Quanto à multa indicada no presente Auto de Infração, também questionada pelo autuado, foi consignado corretamente o percentual de 60%, com base no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159, do RPAF/99.

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 192378.0030/13-5, lavrado contra **ERALDO COSTA DE MACEDO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$9.269,01**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de setembro de 2014

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA