

A. I. N° - 151936.0011/14-2
AUTUADO - ALFA MAX COMERCIAL LTDA - ME
AUTUANTE - IVONE TOSTA AMORIM
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 10.08.2015

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0127-02/15

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Art's. 352-A, 386, I, do RICMS/97. b) PAGAMENTO A MENOS. Art. 12-A da Lei nº 7.014/96. Art's. 352-A e 386, I, do RICMS/97. Art. 321, VII, "b", do Decreto nº 13.780/12. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. Art. 34, III, da Lei nº 7.014/96. Art's. 386, I e 371 do RICMS/97. Art. 289, § 1º, III, do Decreto nº 13.780/12. b) PAGAMENTO A MENOS. Art. 34, III, da Lei nº 7.014/96. Art. 289, §1º, III, do Decreto nº 13.780/12. Impugnação genérica. Art's. 140, 141, 142 e 143 do RPAF/99. Atividade vinculada. Art. 142, Parágrafo Único, do CTN. Infrações caracterizadas. Diligência fiscal. Falta de fundamento. Pedido indeferido. Art. 145 do RPAF/99. Caráter acessório da multa proposta. Entendimento não acolhido devido à natureza jurídica de sanção por descumprimento de obrigação tributária. Art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96. Incompetência do Órgão Julgador para avaliar o caráter confiscatório da multa. Art. 167 do RPAF/99. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 10/09/14, refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$241.630,57, pela constatação das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 - 07.21.03 - "Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, 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 a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado". Valor de R\$9.170,24. Multa proposta de 60%. Meses de dez/11 e fev/12.

INFRAÇÃO 02 - 07.21.04 - "Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, 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 a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado". Valor de R\$36.027,40. Multa proposta de 60%. Meses de jan/12; mar/12; mai/12; jul/12 a out/12; dez/12; fev/13; mar/13; mai/13; ago/13 a out/13 e dez/13.

INFRAÇÃO 03 - 07.21.01 - "Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, 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 a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado", Valor de R\$116.548,00. Multa proposta de 60%. Meses de nov/11 a mar/12; mai/12; jul/12 a out/12; dez/12; fev/13; mar/13; mai/13; jul/13 a out/13 e dez/13.

INFRAÇÃO 04 - 07.21.02 - "Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação ou substituição tributária, 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". Valor de R\$79.884,93. Multa proposta de 60%. Meses de abr/12; jun/12; nov/12; jan/13; abr/13 e nov/13.

Tempestivamente, o sujeito passivo apresenta impugnação ao lançamento, nas fls. 440/457. Realiza síntese da acusação fiscal e consigna sua insurgência com base nas razões a seguir descritas.

Alega que foi selecionado para a fiscalização do ICMS, no exercício de 2008, em razão terem sido verificados indícios de despesas operacionais elevadas em relação à despesa operacional esperada para a sua atividade.

Menciona a relativa inaptidão para apresentar a defesa condizente com que os fatos pedem, pois, aos seus olhos, não há como a Margem de Valor Agregado - MVA ter incidência, no percentual aplicado, por ser absurda, injusta e arbitrária, no que diz respeito a calçados específicos para Epi's. Suscita a necessária aplicação de relativo bom senso na aplicação da MVA, tendo em vista o cenário da concorrência do mercado varejista do produto calçados, afetando a competitividade, a ponto de inviabilizar a sua atividade comercial.

Discorre sobre conceito, características e finalidade do processo administrativo, bem como suas garantias constitucionais, inclusive, ao utilizar ensinamento doutrinário.

Quanto às infrações lançadas, afirma que o crédito tributário de 7% correspondente à aquisição do Estado de São Paulo está sendo novamente imputado, através do lançamento fiscal.

Rechaça a multa proposta de 60%, por ser totalmente descabida e demasiadamente majorada, sem o mínimo de proporcionalidade ou razoabilidade, por entender que fere qualquer bom senso e regramento legal vigente na presente sociedade de Direito, tendo em vista a exacerbada carga tributária diante da manutenção da atividade empresarial para gerar riquezas sociais, empregos diretos e indiretos.

Afirma a inexistência de acessório sem principal.

Considera a multa proposta confiscatória. Para subsidiar seu entendimento colaciona lições da Doutrina, além de julgados do Poder Judiciário: Tribunal Federal da 5ª Região, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, para configurar o efeito confiscatório da multa, tendo em vista o patamar de 20%, e, por conseguinte, a inconstitucionalidade.

Por fim, pede:

- a. a consideração das justificativas apresentadas;
- b. a juntada de documentos a qualquer momento destes autos, para produzir provas necessárias à defesa do seu direito;
- c. a nulidade do Auto de Infração em tela, após conclusão da diligência, que entende requerida, e constatação dos equívocos e falhas cometidos na autuação;
- d. a redução da multa de ofício para patamares constitucionais de 20%;
- e. que as intimações deste processo sejam realizadas no endereço e em nome do representante legal no seu endereço proposto na qualificação da presente defesa.

Ao prestar informação fiscal, às fls. 467/468, a servidora estranha ao feito apresenta síntese da autuação e do teor da impugnação.

Justifica o procedimento fiscal na medida da vinculação da respectiva atividade à Lei. Transcreve o art. 289 do Decreto nº 13.780/12, além de mencionar art. 353 do Regulamento do ICMS - RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, o Anexo 88, para manter a autuação, inclusive, ao citar a solidariedade tributária conferida pelo art. 6º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96.

Neste sentido, afirma que a multa proposta consta da determinação do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Entende ser equivocada a interpretação do defendente, uma vez que o valor de 7% corresponde ao crédito tributário do ICMS pago por São Paulo, de modo a reduzir o imposto a recolher pelo autuado, e não hipótese de bitributação alegada na impugnação.

Requer procedência do auto de infração, diante da legalidade da autuação.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal - PAF está revestido das formalidades legais no que preceitua o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, tendo sido apurados o imposto, a multa e a respectiva base de cálculo, conforme demonstrativos e documentos juntados, respectivamente, nas fls. 09/435 dos autos. Há, inclusive, clareza quanto à indicação do nome, endereço, qualificação fiscal do autuado e das condutas típicas do ilícito administrativo, fls. 1/3, bem como os nítidos exercícios do direito de defesa e do contraditório pelo impugnante.

Quanto à diligência fiscal, em virtude da falta de fundamento, indefiro o respectivo pleito, com base no art. 145 do RPAF/99.

Assim, não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, inclusive, no decorrer da instrução processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento de ofício, concluo que o Auto de Infração estar apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Verifico que a solução da questão está concentrada na avaliação das provas produzidas neste PAF, bem como na análise do respectivo ônus probatório.

O lançamento de ofício visa à constituição de crédito tributário decorrente do ICMS das operações sujeitas à antecipação parcial e substituição tributária do autuado 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, com base na legislação vigente e em vigor - art. 12-A da Lei nº 7.014, de 04/12/96; art. 352-A c/c art. 386, inciso I, do Regulamento do ICMS - RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97; art. 321, inciso VII, alínea "b", do Decreto nº 13.780/12, para as infrações 01 e 02 e art. 34, inciso III, da Lei nº 7.014, de 04/12/96; art's. 386, inciso I e 371, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14/03/97; art. 289, §1º, inciso III, alínea "b", do Decreto nº 13.780, de 16/03/12, para as infrações 03 e 04. Verifico, também, a existência dos demonstrativos das mencionadas irregularidades e dos documentos fiscais acostados nas fls. 09/435, os quais indicam a liquidez do tributo lançado e a fundamentação do procedimento realizado, diante das operações fiscais reveladas. Dessa forma, concluo que a autuante cumpriu com seu desiderato relativo ao ônus probatório da acusação fiscal formulada.

Por seu turno, o sujeito passivo apresenta argumentos genéricos. Quanto à Margem de Valor Agregado - MVA aborda, exclusivamente, o valor proposto para as infrações lançadas sem especificar fato modificativo, extintivo ou impeditivo da acusação formulada. Neste sentido, a alegação sobre a não utilização do crédito tributário de 7% na apuração do imposto devido não pode prosperar por falta de comprovação específica.

Afasto o entendimento acerca do caráter acessório da multa pretendido pelo sujeito passivo, devido à natureza jurídica de expressar sanção por descumprimento de obrigação tributária, conforme art. 42, inciso II, alínea "d", da Lei nº 7.014/96.

Em virtude do art. 167 do RPAF/99, fica prejudicada a análise quanto à inconstitucionalidade da multa proposta no lançamento tributário em questão.

Logo, em decorrência da falta de impugnação específica e, conseqüentemente, pela ausência de pontos controvertidos em face da acusação fiscal formulada, além da imposição da legislação tributária acima discriminada, do art. 142, Parágrafo Único, da Lei nº 5.172, de 25/10/66, Código

Tributário Nacional - CTN e dos art's. 140, 141, 142 e 143 do RPAF/99, julgo as infrações 01, 02, 03 e 04 caracterizadas.

Portanto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **151936.0011/14-2**, lavrado contra **ALFA MAX COMERCIAL LTDA - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$241.630,57**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2015.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR