

A.I. Nº - 2322860002/15-3
AUTUADO - SS COMERCIAL LTDA. - ME
AUTUANTE - AMÉRICO ARCANJO DE SOUSA
ORIGEM - INFAP ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 29.08.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0119-02/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. Comprovado o imposto devido. Autuado não contestou o mérito da reclamação. Infração 01 procedente. **b) RECOLHIMENTO A MENOR.** Comprovado o imposto devido. Autuado não contestou o mérito da reclamação. Infração 02 procedente. **2. RECOLHIMENTO A MENOR. ANTECIPAÇÃO PARCIAL.** Verificação de erro na aplicação da alíquota na exigência do tributo em algumas mercadorias. Infração 03 procedente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 27/03/2015, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$29.539,70 em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

Infração 01 (07.21.01) - deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante pelo simples nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, ocorrido no mês de outubro de 2010, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$ 61,33, acrescido de multa de 60% prevista na alínea "d" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 (07.21.02) - efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante pelo simples nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do estado, ocorrido nos meses de maio, junho e agosto de 2010, março e novembro de 2011 e março, abril, maio, junho, julho, agosto, outubro e novembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$ 665,49, acrescido de multa de 60% prevista na alínea "d" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 (07.21.04) - efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, ocorrido nos anos de 2010 a 2013, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$ 28.812,88, acrescido de multa de 60% prevista na alínea "d" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 131 a 150, informando que comercializa produtos de informática com descrição que nem sempre corresponde à leitura do fisco, o que levou à não aplicação da hipótese de redução de base de cálculo para 7%, prevista no inciso XIII do art. 266 do RICMS/12, que, no seu entender, decorreu da precipitação do autuante demonstrado pelo curto prazo entre o início da fiscalização e a lavratura do auto de infração (53 dias).

Protesta que o prazo de 60 dias para a apresentação de defesa é curto e, por isso, não teve tempo hábil para se defender nas infrações 01 e 02. Questiona se o autuante é Contador habilitado junto ao Conselho Regional de Contabilidade do Estado da Bahia. Não sendo, entende o autuado que

ele não tem competência para a realização de tarefas específicas e privativas dessa profissão e o auto de infração não tem validade.

Entende o autuado que houve cerceamento de defesa em razão do autuante precipitar a lavratura do auto de infração 53 dias após o início da fiscalização. Reclama que foi impedido de recolher o ICMS devido durante o período de fiscalização de forma espontânea à vista ou por meio de parcelamento de débito, questionando a base legal para isso. Além de ter retirado o direito de fruição do benefício previsto nos arts. 273 a 275 do RICMS/12.

O autuado considera que a dificuldade do autuante decorre da existência de termos em inglês na descrição dos produtos ou similares ao da legislação. Diz que os produtos de informática possuem várias descrições, seja as utilizadas pelo mercado de origem, seja pelo fabricante, seja pelo fornecedor das mercadorias, bem como pelo próprio mercado produtor e consumidor. Alega que o texto do dispositivo que concede o benefício abrange os produtos de informática, automação e seus periféricos, o que amplia o universo de produtos favorecidos pela redução de base de cálculo. Requer revisão do auto de infração.

Na Infração 03, questiona a existência de percentual de multa no item 1 da alínea b, do inciso I do art. 42 da Lei nº 7.014/96 referente à cobrança no período de 31/01/2010 e 28/02/2010. Questiona também o fato da multa estabelecida na alínea "d" do inciso II do art. 42 da lei nº 7.014/96 referir-se a falta de pagamento do imposto e os demonstrativos mostrarem que o imposto foi pago a menor. Por entender que não há multa relativa a pagamento a menor, pede para que seja aplicada a multa existente no inciso I do art. 47 do COTEB, Lei nº 3.956/81, pois lá existe multa com descrição que concorda com a existente nos demonstrativos do auto de infração e seu percentual é de 30%.

Entende que a multa de 60% aplicada se caracteriza como confiscatória, ferindo o poder de propriedade contido na CF e no CTN.

O autuado alega que o autuante erroneamente entendeu que o desacordo na descrição dos produtos da nota fiscal em relação ao disposto na legislação implicava em mercadoria desenquadrada na hipótese de redução de base de cálculo. O autuado citou como produtos que causaram discordância cabos, mouse pad, fontes de energia, processador AM3, cooler e monitor de TV led.

O autuado considera um erro a interpretação do autuante que não considera incluído na redução de base de cálculo quando a descrição do produto na nota fiscal não concorda com a descrição no dispositivo regulamentar, considerando apenas parte dos produtos que compõem a respectiva NCM. Apresenta duas planilhas em relação à infração 03 que reduz o imposto reclamado em R\$7.561,16 e R\$ 6.792,80 e requer que o débito seja reduzido para R\$ 14.458,92.

Finaliza requerendo a nulidade do auto e, na falta deste, que julgue o auto totalmente improcedente, ou caso não conceda, que julgue a impugnação parcial.

O autuante apresentou informação fiscal das fls. 160 a 187, informando que o prazo de fiscalização está previsto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), que foi aprovado pelo Decreto Nº 7.629 de 09 de julho de 1999, que é de 90 dias. Este é o prazo limite para a fiscalização ser realizada. Entende que o autuado confunde prazo de fiscalização com prazo de Defesa. Quanto à competência para fiscalização está prevista no art. 42 do RPAF, cuja competência é dos auditores fiscais e dos agentes de tributos.

O autuante explica que quando iniciada a ação fiscal extingue o direito à espontaneidade para pagamento de imposto devido. Menciona o art. 95 do RPAF como fundamento legal que só admite a denúncia espontânea antes do início de qualquer procedimento fiscal.

O autuante confirma que excluiu produtos do auto após apresentar o trabalho ao autuado, o que mostra o cuidado que teve em não cometer erros. Entende que se as notas fiscais vieram com NCM errada deveria o autuado ter solicitado a correção do fornecedor e que se a descrição do

produto na nota fiscal está diferente do previsto na legislação não é possível considerar como incluído no benefício.

O autuante explica que a referência ao item 1 da alínea "b" do inciso I do caput do art. 42 da Lei nº 7.014/96 como multa a ser aplicada nos meses de janeiro e fevereiro de 2010 na infração 03 era a que estava vigente neste período como poder ser observado na consulta à Lei nº 7.014/96 no site da SEFAZ. Informa ainda que as multas aplicadas estão de acordo com a referida lei e que as multas relacionadas ao ICMS existentes no COTEB não podem ser aplicadas pois estão revogadas.

O autuante alerta que o autuado não pode apresentar defesa após o prazo de 60 dias e ao fazer terá de ser de uma vez, como determina o art. 123 do RPAF. Conclui que o autuado não conhece a legislação e faz alegações sem respaldo legal.

Explica que os produtos que gozavam de redução de base de cálculo são aqueles que estão descritos na legislação e não todos que correspondem à NCM que serviu de referência à descrição contida na norma legal.

O autuante diz que considerou todos os recolhimentos efetuados pelo autuado na apuração do imposto a pagar. Que a defesa apresentada pelo autuado está confusa. Ora diz que está falando da exigência referente à substituição tributária e em seguida fala da antecipação parcial. Discorda do direito à redução de base de cálculo de todos os produtos citados pelo autuado. Entende que para haver direito ao benefício o produto tem que apresentar denominação e classificação fiscal (código NCM) coincidentes com as descrições contidas na norma e que na planilha apresentada pelo autuado não consta o NCM para identificação do produto. Requer a procedência do auto de infração.

Em sessão de julgamento realizada no dia 15 de março de 2016, a 2ª JFJ encaminhou o processo em diligência para que o autuante refizesse o demonstrativo de débito da infração 03, aplicando a redução de base de cálculo nas operações com processadores constantes nas notas fiscais nº 25.676, 89.262 e 28.539.

Em cumprimento à diligência, o autuante apresentou novo demonstrativo à fl. 198, reduzindo a exigência fiscal da infração 03 para R\$ 28.498,84.

O autuado apresentou manifestação das fls. 203 a 210, protestando pela não entrega da cópia da diligência requerida pela 2ª JFJ, no momento da intimação para conhecimento dos documentos acostados pelo autuante, obrigando-o a buscar cópia na INFAZ Itabuna. Por isso, requer anulação ou permissão para juntar novas provas.

O autuado reclama que existiam outras notas fiscais com produtos iguais ou semelhantes ao retirado do demonstrativo produzido após a diligência que continuam tributados a 17%. Requer nova diligência para que se proceda revisão completa.

O autuado alega, sem citar exemplos, que a NCM de determinados produtos referidos em notas fiscais emitidas por contribuintes da Bahia não correspondem à descrição do Anexo 1 do RICMS/12. Afirma que isto também ocorre com os produtos de informática. Informa que anexou mídia à fl. 158 contendo arquivos com os produtos cuja carga tributária efetiva seria de 7%. O autuado relaciona, também, o número de algumas notas fiscais cuja tributação deveria ser reduzida para 7%.

Por fim, o autuado requer:

- nulidade do processo, ou ampliação de prazo numa nova diligência, com base nas razões citadas na INICIAL deste Instrumento e dentro do previsto no Art. 18 do Decreto nº 7.629-1999 (RPAF); ou
- revisão geral da planilha constante no A.I e constante em mídia de CD anexada ao processo, e se o pedido não for aceito, que se refaça a parte do NCM 8542 com descrição dada na Resolução,
- que refaça os cálculos das notas fiscais citadas antes desta consideração final (fl. 209);

VOTO

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99. O autuado não apresentou qualquer proposição de nulidade ao presente auto de infração.

Não há razão na alegação do autuado de que o autuante não cumpriu prazo estabelecido na legislação para finalização da fiscalização e que, por isso, se precipitou na reclamação do crédito fiscal. O § 1º do art. 28 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estabelece o prazo de 90 dias para conclusão do procedimento de fiscalização, sendo admitidas prorrogações por iguais períodos. O prazo estabelecido refere-se a limite máximo a ser observado pelo preposto do fisco, não havendo qualquer problema caso este finalize o procedimento em prazo inferior. É absurda a alegação de cerceamento de defesa pelo fato do autuante ter finalizado o procedimento de fiscalização antes do tempo máximo previsto na legislação.

A competência para que o agente de tributos estaduais proceda a fiscalização do autuado está prevista no inciso II do art. 4º do RPAF, não existindo como requisito para investidura no cargo a habilitação como contador no Conselho Regional de Contabilidade do Estado da Bahia. Deste modo, não há motivos para se questionar a validade do lançamento efetuado pelo autuante.

A referência ao item 1 da alínea b, do inciso I do art. 42 da Lei nº 7.014/96 para identificação da multa aplicada na infração 03 está correta pois estava em vigor nos meses de janeiro e fevereiro de 2010. Com a sua revogação, a multa a ser aplicada passou a ser a da alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96. E sua aplicação se dá tanto na falta de pagamento total quanto na falta parcial.

De acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual e que as multas aplicadas estão previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O art. 95 do RPAF somente admite a denúncia espontânea de débito tributário antes do início de qualquer procedimento fiscal. O inciso III do art. 26 do RPAF considera iniciado o procedimento fiscal no momento da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização. Portanto, também não tem cabimento a reclamação do autuado em relação ao fato de lhe ter sido negado pela SEFAZ o direito de efetuar o pagamento do imposto devido de forma espontânea quando ainda estava no período de fiscalização.

O direito aos benefícios constantes nos arts. 273 a 275 do RICMS/12 não estavam garantidos caso o pagamento ocorresse antes da lavratura do auto de infração, mas somente se o pagamento ocorresse até a data prevista na legislação como prazo de pagamento. Durante o período da fiscalização, a fruição do tratamento previsto nos referidos dispositivos do regulamento não poderia ser aplicada aos débitos já vencidos.

Não defiro o pedido de anulação do processo em decorrência de não ter sido entregue cópia da diligência requerida pela 2ª JF no momento da intimação para conhecimento do novo demonstrativo referente à infração 03, produzido pelo autuante. O próprio autuado declara que tomou conhecimento do teor da diligência ao solicitar a sua cópia na INFAZ Itabuna. O autuado afirma que deixou de anexar peças ao processo em decorrência deste tempo perdido sem, contudo, explicar a natureza destas peças. Assim, considerando que não houve objetividade na referência a possível prejuízo causado e considerando que o autuado poderia apresentar explicações e documentos em sua sustentação oral na sessão de julgamento, entendendo não ser necessária abertura de novo prazo para apresentação de documentos, o que não ocorreu neste processo.

No mérito, entendo que os produtos que gozam do benefício de redução de base de cálculo são aqueles que possuem descrição e NCM de acordo com o previsto na legislação. Não basta que o produto possua o mesmo NCM contido na norma que prevê o benefício fiscal. É preciso que a descrição contida na norma seja a mesma do produto em discussão.

Em relação às infrações 01 e 02, não houve contestação acerca do mérito do lançamento. O autuado limitou-se a reclamar de não ter conseguido pagar o imposto devido por meio de denúncia espontânea após já ter iniciado o procedimento de fiscalização e reclamar do prazo de defesa de 60 dias, por considerar exíguo para a realização de sua apelação de forma eficaz. No CD constante à fl. 127, observo que no demonstrativo 1 foram expressos as mercadorias constantes nas notas fiscais, sendo verificado que se tratam de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, bem como que as alíquotas aplicadas condizem com o definido na legislação, em especial em relação à aplicação da redução de base de cálculo sobre os produtos cuja carga tributária prevista no inciso V do art. 87 do RICMS/97 e no inciso XIII do art. 266 do RICMS/12 era de 7%. Voto pela procedência da infração 01 e 02.

Em relação à infração 03, dos produtos citados pelo autuado como incluídos no tratamento de redução de base de cálculo previsto no inciso V do art. 87 do RICMS/97 e no inciso XIII do art. 266 do RICMS/12, constatei que:

- 1 – cabos – não constam como incluídos na redução de base de cálculo nem pela descrição nem pelo NCM informado na nota fiscal de aquisição (NCM 8544);
- 2 – mouse pad - não consta como incluído na redução de base de cálculo nem pela descrição nem pelo NCM informado na nota fiscal de aquisição (NCM 4016);
- 3 – fontes de energia - não consta como incluído na redução de base de cálculo nem pela descrição nem pelo NCM informado na nota fiscal de aquisição (NCM 8544);
- 4 – proc AM3 – constatado que processadores incluídos nas notas fiscais nº 25576, 89262 e 28539 são tributados com redução da base de cálculo. Após diligência, demonstrativo foi retificado, conforme fl. 198;
- 5 – cooler – foi considerado no demonstrativo 2 como tributado com redução da base de cálculo;
- 6 – monitor de TV led - foi considerado no demonstrativo 2 como tributado com redução da base de cálculo.

O autuado cita que existem outras notas fiscais em situação idêntica as que motivaram a revisão fiscal, mas não cita quais são. Os produtos relacionados em mídia eletrônica à fl. 158 não estão acompanhados da respectiva NCM e também não identifiquei qualquer produto cuja base de cálculo pudesse ser reduzida e não já estivesse no demonstrativo apresentado pelo autuante em mídia à fl. 121, exceto as que constaram na revisão fiscal. Da mesma forma, não identifiquei razão ao autuado em relação aos produtos constantes nas notas fiscais referidas à fl. 209. Reconheço a procedência parcial da infração 03 nos termos do demonstrativo à fl. 198.

Voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do auto de infração, reduzindo o lançamento tributário para R\$29.225,66, ficando os valores da infração 03, alterados nos termos do demonstrativo à fl. 198.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **2322860002/15-3**, lavrado contra **SS COMERCIAL LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$29.225,66**, acrescido das multas de 50% sobre R\$423,21 e de 60% sobre R\$28.802,45, previstas no art. 42 incisos II, alínea "d" e I "b", item I da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais previstos na Lei nº 3.956/81.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de agosto de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR