

A. I. Nº - 232177.0112/16-4
AUTUADO - DIVINO JACARÉ ARTIGOS DO VESTUÁRIO LTDA. - ME
AUTUANTE - EDILSON MEIRELES DE OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 18.08.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0139-04/16

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. CONTRIBUINTE OPTANTE do REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. Não acatadas as preliminares de nulidade suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 11/04/16, para exigir ICMS no valor total de R\$174.710,89, com a seguinte imputação:

Infração 1 – deixou de efetuar o recolhimento 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 às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado (exercício de 2015). Multa de 60%.

Na petição de defesa o sujeito passivo, preliminarmente, suscitou a nulidade do auto de infração por ter sido lavrado por “*autoridade incompetente*”, “*na medida em que o lançamento de ofício é ato privativo dos Auditores Fiscais*”, de acordo com a decisão proferida no Acórdão JJF nº 0076-02/12 cuja ementa transcreveu.

Acrescenta que a matéria foi “*objeto de “ação direta de inconstitucionalidade”, ainda pendente de julgamento, que contou com os favoráveis pareceres anexos*”.

Acrescenta que o lançamento de ofício é nulo também pela “*ausência do necessário “termo de início da fiscalização”, instrumento que, ao menos, não foi submetido ao profissional que subscreve a presente defesa, o que, de acordo com a decisão abaixo, igualmente conduz à nulidade da ação fiscal e, por via conexa, do Auto de Infração*”. Transcreve a ementa do Acórdão CJF nº 0326-12/11 para corroborar sua alegação.

No mérito, argumenta que “*a exigência recaiu sobre operações que não caracterizam aquisições interestaduais para revenda (remessas para consertos, aquisições de materiais de uso/consumo, devoluções....), conforme relação de notas fiscais anexa*”, o que implicou “*cobrança indevida de R\$4.078,62, importância que, de inopino, deve ser excluída do Auto de Infração, sendo apresentado novo demonstrativo de débito, com a reabertura do prazo de defesa*”.

Prossegue dizendo que “*a autuação exige o alto valor histórico de R\$174.710,89, apurado mediante a aplicação da alíquota de 10%*” e, como empresa de pequeno porte, “*possui limitações no faturamento, ou seja, na geração de receitas, não pode fazer uso de créditos fiscais, não estando alcançada pelas seguintes disposições da Lei 7.014/96*”.

Observa que a antecipação parcial é apenas um “adiantamento” ao Estado, de parte daquilo que lhe será devido e, “*no caso do Simples Nacional, a carga tributária “futura” é sempre menor que a alíquota do Simples, o que poderia até ensejar discussão sobre a legalidade da imposição, no caso do optante pelo Simples Nacional*”.

Reconhece que deve recolher o ICMS por antecipação parcial, nos termos do artigo 321, inciso VII, alínea “b”, do RICMS/12, sendo agregada “carga adicional de 10%” e “o valor pago a esse título não serve para a compensação futura, sendo esta limitação mais uma imposição legal do SN”.

Conclui que há uma equiparação do contribuinte inscrito no Simples Nacional com aquele inscrito na condição de normal e, portanto, “os demais efeitos não podem ser negados, especialmente no que tange a eventuais benefícios previstos, decorrentes do mesmo fato gerador, de forma conjunta, na legislação”.

Dessa forma, entende que “se a lei permite que seja aplicada apenas a multa, para o contribuinte sujeito ao regime normal, e outra categoria de contribuinte fica obrigado a fazer algo próprio desse regime, no fato específico o contribuinte do SN deve ser tratado, em todo conjunto legislativo, e não apenas para a obrigação, como se do regime normal fosse”, “portanto, sobre os valores efetivamente devidos a título de antecipação parcial, requer tratamento igualitário, com a exclusão das parcelas de ICMS e imputação da multa de 60% sobre o montante das mesmas”.

Requer a nulidade ou a procedência parcial do auto de infração, “com a aplicação da multa de 60%, sobre os valores efetivamente devidos a título de antecipação parcial”.

Pede que “todas as intimações e notificações relativas ao processo administrativo que ora se instaura sejam direcionadas aos advogados regularmente constituídos, legítimos representantes legais da Autuada”.

O autuante, em sua informação fiscal, rechaça as nulidades apresentadas na peça defensiva, aduzindo que “a empresa foi devidamente intimada (fl. 05)” e que não lhe cabe se pronunciar sobre a questão de constitucionalidade apresentada.

No mérito, alega que, apesar de o contribuinte ter informado que estaria apensando “relação de notas fiscais”, “não apresentou a suposta relação e cópia das notas fiscais correspondentes”.

Acrescenta que não existem fatos novos para reabertura de prazo de defesa, conforme solicitado, e “que a multa sugerida pelo Autuado não se aplica para infração aplicada”.

Por fim, pede a procedência do auto de infração.

Na sessão de julgamento, o patrono do autuado, Dr. Fernando Marques, requereu, como questão de ordem, a suspensão do julgamento do processo administrativo fiscal (PAF), sob o argumento de que o autuante não prestou a informação fiscal com clareza e precisão, como determina o § 6º do artigo 127 do RPAF/99.

VOTO

Preliminarmente, esta Junta de Julgamento Fiscal deliberou, à unanimidade, por indeferir o pedido de suspensão do julgamento do presente PAF, como requerido pelo representante da empresa no início da sessão, ao entendimento de que, não obstante o fato de a informação fiscal ter sido prestada sem que o autuante se manifestasse sobre todas as alegações defensivas, não se configurou nenhum prejuízo à ampla defesa do contribuinte.

Ademais, embora o § 6º do artigo 127 do RPAF/99 preveja que “a informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação”, o artigo 129 do mesmo Regulamento também estabelece que, mesmo que não tenha sido prestada a informação fiscal, o processo será remetido ao órgão julgador para prosseguimento da instrução.

Isso significa que o julgamento do PAF poderá ser feito mesmo sem o pronunciamento da autoridade lançadora, cabendo ao órgão julgador o juízo de valor no sentido de identificar a necessidade, ou não, de retorno ao autuante para esclarecimentos adicionais, o que não é o caso deste auto de infração.

O presente lançamento de ofício foi lavrado para exigir ICMS em decorrência da antecipação parcial, em estabelecimento de contribuinte optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

Preliminarmente, deve ser afastado o pedido de nulidade do lançamento, uma vez que não restou comprovado nenhum cerceamento ao direito de defesa, considerando o seguinte:

1. o contribuinte tinha plena ciência da existência de uma ação fiscal em seu estabelecimento, pois foi intimado para apresentar livros e documentos fiscais no dia 01/04/16, recebendo a documentação, em retorno, no dia 11/04/16 (fls. 5 e 6);
2. de acordo com o inciso II do artigo 28 do RPAF/99, “a emissão do Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização”. Veja-se o dispositivo:

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

3. os demonstrativos apensados pelo autuante são de fácil compreensão e foram todos entregues ao contribuinte, em papel e mídia digital (fls. 7 a 54 e 83), de acordo com o Recibo de Entrega juntado à fl. 84 dos autos;
4. o título que consta em cada demonstrativo é autoexplicativo permitindo a sua vinculação a cada infração;
5. foram relacionados nos demonstrativos analíticos todos os documentos fiscais, bem como a base de cálculo, o valor recolhido e o imposto a recolher, possibilitando a apresentação de defesa por parte do autuado;
6. o auto de infração foi lavrado por um agente de tributos estaduais, no exercício da competência atribuída pelos §§ 1º e 3º do artigo 107 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), conforme transcrito a seguir, normas válidas enquanto não forem julgadas inconstitucionais pelos Supremo Tribunal Federal.

Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.

§ 1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.

(...)

§ 3º Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

No que tange ao mérito, o autuado alegou que “a exigência recaiu sobre operações que não caracterizam aquisições interestaduais para revenda (remessas para consertos, aquisições de materiais de uso/consumo, devoluções...), conforme relação de notas fiscais anexa”, entretanto, não acostou aos autos nenhuma prova de sua assertiva, razão pela qual não há como acatar o pleito de exclusão do valor de R\$4.078,62.

Ressalto, por oportuno, que a obrigação de recolhimento do ICMS por antecipação parcial está prevista na Lei Complementar nº 123/06, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da

Empresa de Pequeno Porte, bem como no artigo 12-A da Lei estadual nº 7.014/96, como a seguir reproduzido:

Lei Complementar nº 123/06:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições: Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 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;

Lei estadual nº 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. (grifos não originais)*

O RICMS/12, especificamente em relação às empresas optantes pelo Simples Nacional, estabelece o seguinte:

Art. 321. O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido:

(...)

VII - nas 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 14/12/2006;

b) sem encerramento da tributação (antecipação parcial), hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor, sem prejuízo das reduções previstas nos arts. 273 e 274.

O contribuinte ainda requereu que fosse aplicada apenas a penalidade de 60%, por equiparação com o contribuinte que apura normalmente o imposto estadual, sob o argumento de que o ICMS devido nas operações de saídas de mercadorias foi recolhido pela sistemática do Simples Nacional.

Todavia, o argumento defensivo não pode ser acolhido, uma vez que a Lei nº 7.014/96 é bastante clara quando prevê, em seu artigo 42, inciso II, alínea “d”, c/c o § 1º, que é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, no caso de o contribuinte **sujeito ao regime normal de apuração** comprovadamente recolher o imposto nas operações de saída posteriores, não havendo como estender a aplicação da multa às empresas do Simples Nacional, por equiparação, como deseja o sujeito passivo.

Vejam os dispositivos citados:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

(...)

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares.

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”;

No que tange ao pedido para que as intimações acerca do presente feito sejam dirigidas aos advogados regularmente constituídos, nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, desde que as intimações do autuado acerca do processo sejam feitas em conformidade com o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232177.0112/16-4**, lavrado contra **DIVINO JACARÉ ARTIGOS DO VESTUÁRIO LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$174.710,89**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de sessões do CONSEF, 09 de agosto de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA