

PROCESSO - A. I. Nº 232177.0112/16-4
RECORRENTE - DIVINO JACARÉ ARTIGOS DO VESTUÁRIO LTDA. - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0139-04/16
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04/05/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0083-11/17

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. CONTRIBUINTE OPTANTE DO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTO - SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Exigências fiscais lastreadas em normas válidas. Infração parcialmente caracterizada. Não acatadas a preliminar de nulidade da decisão suscitada. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, concretizada no Acórdão JJF Nº 0139-04/16, a qual, unanimemente, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 11/04/2016, para cobrar ICMS, no valor total de R\$174.710,89, de empresa cadastrada no Simples Nacional – Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. O lançamento em discussão se cinge a uma acusação, descrita como:

Deixar de efetuar o recolhimento do ICMS por 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, no exercício de 2015. Multa de 60%.

O autuado apresentou impugnação tempestiva às fls. 90 a 96, tendo o autuante prestado a informação fiscal de praxe às fls. 106/107.

No conduto do Acórdão JJF Nº 0139-04/16, o Auto de Infração foi julgado Procedente, tendo o voto do Relator se consubstanciado na seguinte literalidade:

“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 transcrita 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 transcrita 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.

Vejamos 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.”

Inconformado com a Decisão proferida, o contribuinte formalizou Recurso Voluntário às fls. 126/131, objetivando a reforma do Julgado.

Inicialmente, suscitou a preliminar de nulidade da Decisão recorrida, por cerceamento do direito de defesa, sustentando que o advogado do autuado, na assentada do julgamento, constatou ofensa ao art. 127, do RPAF, solicitando a suspensão do julgamento e a devolução do PAF ao autuante para que fosse regularizada a “informação fiscal”, porém, a JJJ indeferiu o pleito, asseverando que, embora fosse concreta a previsão indicada pela defesa, o art. 129 do mesmo RPAF permitia o seguimento do feito, ainda que ausente a prestação da aludida informação.

Em sequência, aduziu ter a JJJ incidido em erro, porquanto o art. 129 tem aplicação nos casos em que a informação fiscal não é prestada, enquanto, na espécie versada, houve a efetiva prestação

da informação, restando evidente a aplicação do art. 127, do RPAF, posto que, se diferente fosse, tal dispositivo seria como “letra morta”, daí concludo que a Decisão deveria ser anulada e o PAF retornado para saneamento e novo julgamento, na medida em que a informação fiscal foi inócuia.

Arguiu, ainda, a nulidade da Decisão em razão de supressão de instância, considerando que a JJF, ao se reportar à multa aplicada, apenas fez o enquadramento legal do caso, deixando de analisar a fonte da tese da defesa, dizendo respeito à equiparação das empresas do SIMPLES aos contribuintes normais, mediante imposição da obrigação próprio dos últimos. Limitou-se a assegurar que o enquadramento da sanção foi efetuado regularmente, transcrevendo a norma.

Outrossim, reiterou a preliminar de nulidade do Auto de Infração face ter sido lavrado por “*autoridade incompetente*”, já 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.

Acrescentou que a matéria está sendo objeto de ação direta de inconstitucionalidade, ainda pendente de julgamento, que contou com favoráveis Pareceres, os quais disse ter anexado.

De igual sorte, manteve a tese de nulidade do lançamento, ante a ausência do necessário Termo de Início de Fiscalização, instrumento não submetido ao profissional que subscreveu a defesa, o que, de acordo com a Decisão abaixo, argumento que, segundo o recorrente igualmente conduz à nulidade da ação fiscal e, por consequência, do Auto de Infração, reproduzindo a ementa do Acórdão CJF nº 0326-12/11 visando corroborar sua alegação.

Adentrando ao mérito, aduziu ter a exigência recaído sobre operações que não caracterizavam aquisições interestaduais para revenda, quais sejam, remessas para consertos, aquisições de materiais de uso/consumo, devoluções, etc., conforme relação e cópias das notas fiscais anexadas, o que implicou em cobrança indevida no montante de R\$4.078,62, importância que deve ser excluída do Auto de Infração, com apresentação de novo demonstrativo de débito e reabertura do prazo de defesa.

Prosseguindo, disse que a autuação exige o alto valor histórico de R\$174.710,89, apurado mediante a aplicação da alíquota de 10%, enquanto a empresa, por ser de pequeno porte, “*possui limitações no faturamento, ou seja, na geração de receitas*”, não podendo usar créditos fiscais, não se enquadrando em todos os dispositivos da Lei nº 7.014/96.

Destacou ser a antecipação parcial apenas um “adiantamento” ao Estado de parte daquilo que lhe seria devido e, no caso do Simples Nacional, a carga tributária “futura” se apresenta 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.

Reconheceu que deveria 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 que o valor pago a esse título não serviria para compensação futura, apresentando-se tal limitação como mais uma imposição legal do SN.

Em seguida, argumentou que havia equiparação do contribuinte inscrito no Simples Nacional com aquele inscrito na condição de normal e, portanto, os demais efeitos não poderiam ser negados, especialmente no que se reporta a eventuais benefícios previstos e decorrentes do mesmo fato gerador, de forma conjunta, na legislação.

Dessa forma, entendeu que, se a lei permitia a aplicação apenas da multa para o contribuinte sujeito ao regime normal, ficando a outra categoria de contribuinte obrigada a fazer algo próprio desse regime, no particular, o contribuinte do SN deveria ser tratado em todo o conjunto legislativo e não apenas para a obrigação, como se do regime normal fosse. Assim, requereu tratamento igualitário sobre os valores efetivamente devidos a título de antecipação parcial, com a exclusão das parcelas de ICMS e imputação da multa de 60% sobre o montante delas.

Postulou a nulidade ou a procedência parcial do Auto de Infração, com aplicação da multa de

60% sobre os valores efetivamente devidos a título de antecipação parcial.

De outra parte, asseverou que a JJF não entendeu a tese defensiva segundo a qual a autuação exigiu alto valor histórico (R\$174.710,89), apurado mediante a aplicação da alíquota de 10% e, enquadrada como empresa de pequeno porte possuía limitações no faturamento, ou seja, na geração de receitas, não podendo fazer uso de créditos fiscais e, consequentemente, não estando alcançada por algumas disposições da Lei nº 7.014/96.

Ressaltou que, apesar de ter garantias legais que ensejariam a redução da sua carga tributária, o contribuinte optante pelo Simples Nacional de imediato veria essa condição ser condicionada a não apropriação de créditos fiscais pelas suas compras.

Afirmou não ter a JJF analisado “*a Lei nº 7.014/96, ao prever a multa por infração, nos casos de não pagamento da antecipação parcial (60%, conforme art. 42, inciso II, “d”), no parágrafo primeiro do art. 42, determina que, no caso do contribuinte do regime normal, se o imposto não for recolhido antecipadamente, porém o foi nas saídas subsequentes, a própria parcela do ICMS não será exigida. Nesse caso se aplica apenas a multa de 60%, sobre o valor do imposto.*”

Por fim, requereu a nulidade da Decisão ou do Auto de Infração, ou, no máximo, a procedência parcial do Auto de Infração, aplicando-se a multa de 60% sobre os valores efetivamente devidos a título de antecipação parcial.

A PGE/PROFIS não foi instada a se manifestar no feito.

VOTO (Vencido quanto às preliminares de nulidades suscitadas)

Consoante detalhadamente relatado, objetiva o vertente Recurso Voluntário formalizar o inconformismo do autuado em relação ao Auto de Infração epigrafado, onde se imputou ao sujeito passivo o cometimento de increpação face ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS por 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, no exercício de 2015, com aplicação de multa de 60%.

O recorrente suscitou preliminar de nulidade da Decisão de primeira instância por cerceamento do direito de defesa, porquanto a JJF não acolheu o pedido de suspensão do julgamento, para que o PAF fosse devolvido ao autuante visando prestar a regular “informação fiscal”, de acordo com o estabelecido no art. 127, § 6º do RPAF, tese indeferida pela 4ª JJF, sob a fundamentação de que, embora o referido artigo contenha previsão concreta, o art. 129 do mesmo Regulamento permite o prosseguimento do feito mesmo sem a prestação da referida informação.

Após exame cuidadoso, posicionei-me no sentido de assistir razão ao sujeito passivo no tocante à nulidade da Decisão por cerceamento do direito de defesa, com fundamento na regra do § 6º do art. 127 do RPAF, estabelecendo taxativamente:

“Art. 127. O autuante terá o prazo de 30 (trinta) dias, contado da apresentação da defesa, para prestar a informação fiscal.

(...)

§ 6º A informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação.”

De outra parte, o dispositivo 129, que serviu de embasamento da Decisão da JJF, estatui:

“Art. 129. Não sendo prestada a informação no prazo previsto no art. 127, a repartição fazendária remeterá o processo ao órgão julgador, no prazo de 2 (dois) dias.”

Da literalidade dos dispositivos transcritos, entendo que o artigo 129 é perfeitamente claro ao estabelecer que só haveria julgamento sem a devida “informação fiscal” na hipótese dela não ser prestada no prazo previsto no art. 127.

No caso específico dos autos, não se pode aplicar o invocado art. 129, porquanto a informação foi prestada no prazo, porém, não atendeu os requisitos de clareza e precisão preconizados no § 6º do art. 127.

Nesse contexto, acolho a nulidade suscitada, devendo o processo retornar à primeira instância, para as devidas providências.

Não tendo sido acolhida pela maioria dos Conselheiros a questão prejudicial, passo a analisar os demais pleitos trazidos pelo sujeito passivo.

Quanto a nulidade da Decisão face a supressão de instância, sob o argumento de que a JJF não analisou a fonte da tese da defesa relativa à equiparação das empresas do SIMPLES aos contribuintes normais, limitando-se apenas a efetuar o enquadramento legal da multa aplicada, nenhuma razão assiste ao recorrente no ponto, pois a simples leitura do trecho do voto onde é abordada a questão deixa claro que a JJF apreciou a matéria na linha de que a legislação limita a aplicação ao contribuinte do regime normal, inexistindo previsão de equiparação, nos seguintes termos:

“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.

Vejamos 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;

Em suma, acompanho a Decisão de primeira instância, não acolhendo a nulidade suscitada.

Em sequência, o recorrente insiste na nulidade da autuação sob a arguição de ter sido lavrada por “autoridade incompetente”, na medida que o lançamento de ofício é ato privativo dos Auditores Fiscais.

A questão foi corretamente apreciada no julgamento de piso, não existindo dúvidas de que a legislação vigente permite ao Agente de Tributos atuar na fiscalização das empresas enquadradas no regime do SIMPLES NACIONAL, tendo sido o Auto de Infração 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 reproduzidas as normas aplicáveis 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.

Embásado nos dispositivos legais em vigor, afasto a nulidade do Auto de Infração sob o fundamento de ter sido lavrada por autoridade incompetente.

Por último, ainda no campo das prejudiciais de mérito, o sujeito passivo repetiu a tese apresentada na defesa de nulidade da autuação ante a ausência do necessário “Termo de Início de Fiscalização”.

De igual sorte, deve ser rejeitado o pedido de nulidade sob tal enfoque, vez que, conforme se verifica à fl. 05 dos autos, consta uma intimação para apresentação de livros e Documentos, documento este que, de acordo com o instrumento legal vigente, dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, art. 28, inciso II do RPAF/99:

“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 transcrita 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;”

Meritoriamente, o contribuinte sustentou que a autuação recaiu sobre operações que não caracterizavam aquisições interestaduais para revenda, quais sejam, remessas para consertos, aquisições de materiais uso/consumo, devoluções, consoante relação e cópias das notas fiscais que anexou e esse procedimento implicou em cobrança indevida de R\$4.078,62, importância que pede seja excluída do Auto de Infração.

Consultando a procedimentalidade, verifico que, à fl. 159, encontra-se uma relação de notas fiscais, cujas cópias foram colacionadas, no entanto, o valor total consignado na relação importa em R\$2.586,47, daí divergindo daquele indicado no Recurso.

Efetuando-se um confronto entre as notas fiscais listadas e as constantes dos demonstrativos que instruíram a autuação, constata-se que alguns documentos fiscais indicados não estão incluídos nos demonstrativos que serviram de base para o autuante aplicar a exigência fiscal.

Nesse diapasão, acolho parcialmente o pedido do contribuinte para excluir da infração as notas fiscais referentes a “remessa para conserto” e “uso/consumo”, que perfazem um valor total de R\$2.330,68, conforme relacionadas no demonstrativo abaixo.

Ressalto ainda que embora o recorrente tenha relacionado às Notas Fiscais nºs 3491, 60135, 18461 e 18571 com indicação de valores referentes ao mês de junho/2015, no demonstrativo de débito elaborado pela fiscalização não foi exigido nenhum valor de ICMS neste mês.

Em suma, julgo Parcialmente Procedente a imputação, remanescendo para o crédito fiscal a importância de R\$172.380,21.

NOVO DEMONSTRATIVO DO AUTO DE INFRAÇÃO - INFRAÇÃO 01					
DATA OCORR	DATA VENCTO	Valor autuado	Notas fiscais	Valores excluídos	Valor Devido
31/01/2015	09/02/2015	2821,31	1346, 2784	233,00	2.588,31
28/02/2015	09/03/2015	13.858,87	2985	45,00	13.813,87
31/03/2015	09/04/2015	16.892,17	3071, 2384	58,10	16.834,07
30/04/2015	09/05/2015	25.865,05	23646,17532,3251,17616,17714,17737,35526	797,79	25.067,26
31/05/2015	09/06/2015	15.342,13	60078, 3376	61,79	15.280,34
31/07/2015	09/08/2015	16.106,80	881,18045	110,24	15.996,56
31/08/2015	09/09/2015	31.053,36	476	134,80	30.918,56
30/09/2015	09/10/2015	20.605,71	2635,2597,7937,794,4014	501,90	20.103,81
31/10/2015	09/11/2015	18.758,84	4108	45,00	18.713,84
30/11/2015	09/12/2015	11.912,24	18132, 6762,18158	148,66	11.763,58
31/12/2015	09/01/2016	1.494,41	4473,18370,8448	194,40	1.300,01
TOTAL		174.710,89		2.330,68	172.380,21

Ainda como questão meritória, o sujeito passivo reiterou a tese de que o contribuinte optante pelo regime do Simples Nacional é tratado pela legislação da mesma maneira que o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração, e, assim, por equiparação, entendeu como justo e correto que seja estendido o mesmo critério no que tange à penalidade que incide sobre a falta do recolhimento do ICMS por antecipação parcial, com a aplicação, apenas, da multa de 60% sobre o imposto não recolhido antecipadamente.

Ocorre que o argumento recursal não encontra amparo no conjunto da legislação, quer federal, quer estadual, instituidora e regulamentadora da opção das empresas pelo Regime do Simples Nacional e como fundamento do meu posicionamento, evitando delongas desnecessárias, adoto o teor da própria Decisão recorrida, a qual apreciou corretamente a argumentação do recorrente, inclusive abordando aspectos legais que instituíram o Estatuto Nacional da Microempresa e da EPP, *verbis*:

“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.

Vejamos 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”;

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para julgar PROCEDENTE EM PARTE a autuação.

VOTO VENCEDOR (Quanto a preliminar de nulidade da Decisão)

Muito embora o n.Relator tenha apresentado uma boa fundamentação quanto ao acolhimento da nulidade da Decisão proferida sob o argumento de cerceamento do direito de defesa, discordo do seu posicionamento.

Observo que o Auto de Infração descreve com clareza que o sujeito deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial (Simples Nacional), referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, com suporte em demonstrativo no qual foi relacionadas às notas fiscais, valores e cálculo do imposto, com indicação dos dispositivos regulamentares infringidos e tipificação da multa de 60% prevista na Lei nº 7.014/96.

Por sua vez, o recorrente suscitou a preliminar de nulidade da Decisão, argumentando que a informação fiscal não foi prestada a contento e que deveria ser encaminhada ao autuante para prestar nova informação fiscal, alegando cerceamento do direito de defesa.

Preliminarmente, há de se reconhecer a informação fiscal foi prestada de forma sucinta, o que poderia até implicar em cerceamento do direito de defesa. Entretanto, nesta situação específica a descrição da infração, enquadramento, demonstrativos e tipificação da multa indicam que na lavratura do Auto de Infração foram preenchidos todos os requisitos previstos no art. 39, do RPAF/BA.

Conforme fundamentado na Decisão proferida pela 4ª JJF, embora na informação fiscal o autuante não tenha se manifestado sobre todas as alegações defensivas, “*não se configurou nenhum prejuízo à ampla defesa do contribuinte*”, visto que as alegações não contestadas se referem à competência do agente público, modulação da multa aplicada a contribuinte do Simples Nacional, cujas prerrogativas, enquadramento e tipificação estão previstas nas Leis que regem as atividades do Grupo Fisco e do ICMS (LC 87/96 e 7.014/96).

Em conclusão, os fatos descritos no lançamento, enquadramento, tipificação possibilitaram ao estabelecimento autuado exercer o seu direito de defesa e os argumentos não contestados na informação fiscal, nesta situação específica, não causou qualquer dano ao exercício do contraditório. Também, não se enquadram nas situações de nulidade prevista no art. 18 do RPAF/BA, visto que a 4ª JJF fundamentou a competência dos atos praticados pelo servidor, não houve preterição do direito de defesa e não foi comprovado inexistência no lançamento de ofício, visto que os elementos contidos nos autos são suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Pelo exposto, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da preliminar de nulidade suscitada e acompanho o Relator quanto ao NÃO PROVIMENTO das demais nulidades suscitadas e do PROVIMENTO PARCIAL em ralação ao mérito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à preliminar de nulidade da decisão, com voto de qualidade do presidente e, por unanimidade quanto ao mérito, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232177.0112/16-4, lavrado contra **DIVINO JACARÉ ARTIGOS DO VESTUÁRIO LTDA. - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$172.380,21**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Quanto à preliminar de nulidade da Decisão da primeira instância) - Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana, Luiz Augusto Fernandes Dourado e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Quanto à preliminar de nulidade da Decisão da primeira instância) - Conselheiros: Valnei Sousa Freire, Paulo Danilo Reis Lopes e Laís de Carvalho Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de março de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Preliminar de nulidade da decisão)

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – VOTO VENCEDOR
(Preliminar de nulidade da decisão)

ANA CAROLINA ISABELLA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS