

A. I. N° - 211329.3003/16-4
AUTUADO - LÍBIA COMÉRCIO E CONFECÇÕES LTDA. – ME
AUTUANTE - ALEXINALDO DA SILVA LIMA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 19.07.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0121-05/17

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ENQUADRADO NO REGIME DO SIMPLES NACIONAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL a) MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a.1) FALTA DE RECOLHIMENTO. a.2) RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Infrações subsistentes. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. CONTRIBUINTE ENQUADRADO NO REGIME DO SIMPLES NACIONAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Sobre questões de mérito o defendant manteve-se silente. Infração subsistente. Afastadas as preliminares de nulidade do lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2016, exige ICMS no valor de R\$79.643,44, conforme demonstrativos e documentos às fls. 07 a 76 e CD/mídia à fl. 77 dos autos, em razão da constatação de três irregularidades, a saber:

INFRAÇÃO 01 – 07.21.01: Deixou de efetuar o recolhimento 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, nos meses de maio e dezembro de 2014, junho, setembro e dezembro de 2015 e março de 2016, conforme demonstrativo às fls. 07/21 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$3.490,60, com enquadramento no art. 34 inc. III da Lei 7.014/96, c/c art. 289, §1º, inc. III alínea “b” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 02 – 07.21.02: Efetuou o recolhimento 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, nos meses de setembro, outubro e novembro de 2014, janeiro, fevereiro, março, julho, agosto, outubro e novembro de 2015 e fevereiro, abril e maio de 2016, conforme demonstrativo às fls. 07/22 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$12.236,87, com enquadramento no art. 34 inc. III da Lei 7.014/96, c/c art. 289, §1º, inc. III alínea “b” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 03 – 07.21.03: 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, nos meses de maio, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015 e fevereiro, março, abril e maio de 2016, conforme demonstrativo às fls. 23/62 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$63.915,97, com enquadramento no art. 12-A da Lei 7.014/96, c/c art. 321, inc. VII, alínea “b” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

O contribuinte apresenta defesa, às fls. 28/89 dos autos, na qual, após descrever os fatos geradores e seus enquadramentos, diz que é uma empresa constituída no Estado da Bahia há vários anos, tendo como enfoque a comercialização de produtos voltados a área infantil, entende que as notificações não têm esteio tributário, e que as multas sobressalentes significam um enriquecimento ilícito do Estado, obrigando-a à apresentação de defesa escrita, conforme a seguir:

Da preliminar de nulidade das notificações. Diz que as notificações restam eivadas de nulidades, pois, em conformidade com o que preconiza o ordenamento jurídico, o demonstrativo elaborado pelo Sr. Fiscal deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida. Destaca, também, que conforme preconiza a legislação tributária, deverá o auto de infração identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade, devendo, portanto, observar os requisitos pertinentes.

Neste contexto, diz que o auto de infração nº 2113293004/16-0 em tela, o fiscal ao determinar a ocorrência de omissão de saída de mercadoria presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito e débito, considerou valores de presunção de receita que não pactua com o dispositivo legal, além de extrapolar a razoabilidade, quando da formulação da base de cálculo do tributo. Observa que, tal fato por si só eiva de nulidade as infrações lavradas, pois desobedece ao art. 142 do CTN, que o cita.

Assim, diz que a falta cristalina na discriminação das bases de cálculo, quando da apuração das omissões de receitas, no levantamento efetuado redundaram em erro do Sr. Fiscal, conforme o demonstrado no quadro acima (não se observa qualquer quadro/demonstrativo explicativo na defesa).

Diz que, o fiscal ao determinar a ocorrência do não recolhimento do ICMS antecipação tributário, nas operações interestaduais de aquisição de mercadoria sujeita a substituição tributária e antecipação parcial, deixou de demonstrar as mercadorias sujeitas ao regime de substituição e a discriminação detalhada das notas fiscal nas operações de antecipação parcial.

Destaca que a igualdade constitucional que provisiona a plena defesa faz ver que os lançamentos devem contar com a devida clareza, restando nulas as notificações aqui objeto, dado que deixa de informar as notas fiscais, emitentes e valores corretos que geraram a emissão da notificação, cerceando a plena defesa.

Aduz que, não possuindo as condições de executabilidade forense, onde a liquidez e certeza devem e precisam restar provados, resta nula a notificação, devendo tal qualidade lhe ser atribuída pela autoridade administrativa, sob pena de vê-la decretada pelo Poder Judiciário. Respaldando a sua pretensão cita trecho do AC nº 101-79.775/90-Revista de Estudos Tributário 2º Semestre de 1999, que diz ser posicionamento de jurisprudência neste sentido.

Em vista dos fatos acima alocados, diz que se torna primordial a declaração de nulidade do Auto de Infração, em tela, e consequente inexigibilidade das multas aplicadas para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais.

Diz que, assim não entendido, requer diligências necessárias para a constatação dos reais valores devidos, evitando assim detimento aos seus direitos em benefício do locupletamento desmotivado do Estado.

No mérito, diz que, apesar de confiante no acolhimento da preliminar acima pleiteada, permite-se a notificada adentrar no mérito da questão face ao princípio da razoabilidade. Observa que já são várias as agruras sofridas pelas empresas nacionais devido à pesada carga tributária a elas imposta. Habitualmente as leis são confusas e obscuras, ou ainda são apenas mais uma bandeira da burocracia que destrói nosso País.

Tal fato diz que pode ser observado no tumulto legislativo ao qual estão submetidas as empresas brasileiras, no tocante as do comércio varejista de vestuário e consequente sujeição a tributação do não menos confuso ICMS. Esta confusão tributária torna-se mais grave ainda no presente caso, visto a preliminar acima arguida, e aos valores que incidiram sobre a obrigação principal, conforme diz demonstrar razões abaixo expostas.

O valor alocado pelas notificações e as multas impostas, são reveladores da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal, enfatizando a prática, vedada pela Constituição Federal, de ofensa aos direitos dos contribuintes e ainda, de defesa do consumidor. Destaca o art. 150 da CF/88.

Aduz que, as multas exponenciadas por ambas as notificações, acrescidas aos supostos valores principais da obrigação, sofreram a incidência dos juros moratórios, criando assim uma capitalização indevida e uma onerosidade ilícita. Diz que, o doutrinador Orlando de Pilla Filho, ao comentar o inserido no dispositivo legal, nos ensina: "*Decorre, portanto, em havendo a mora, sujeitar-se o inadimplente à sanção referida, no entanto, respeitando-se os limites dos juros previstos pela legislação pátria, sobretudo a Carta Magna, satisfatoriamente ajustada à política social atual, conjuntamente e concomitantemente.*"

Traz a tona, também, o ensinamento de João Roberto Parizatto, quando doutrinou: "*A redução das multas moratórias de dez por cento para dois por cento, é medida tendente a adequar tal penalidade pelo atraso no pagamento de uma obrigação, à baixa inflação reinante no país.*"

Apoiado em todo o exposto e nas provas documentais acostadas ao procedimento, diz que permite a notificada, na exata forma processual administrativa, que seja regularmente distribuída e conhecida a presente defesa administrativa, sendo processada pelo órgão competente, e após, seja, face a nulidade das notificações pelos motivos acima desfilados, declarada até o julgamento o efeito suspensivo do crédito tributário, além da nulidade das notificações objeto, destinando-a ao arquivo administrativo.

O Fiscal autuante em sua informação fiscal, às fls. 92/95 dos autos, diz que a empresa, protesta impugnando o presente PAF, propugnando preliminarmente sua nulidade, por este não conter a devida clareza em seus lançamentos, redundando assim em cerceamento a plena defesa. Ainda propugna, se ultrapassadas as preliminares, que seja o presente PAF declarado nulo frente ao seu caráter confiscatório em afronta à constituição que veda esta prática.

Traçando comentários sob cada uma das considerações de defesa, por quantum as considerações de nulidade aventada pelo defendant, bem assim a consideração de mérito, também, aventada pelo defendant; protesta junto ao CONSEF, na figura dos Julgadores, pela justeza e total procedência do Auto de Infração nº 211329.3003/16-4, em tela, lavrado em 30/09/2016, vez que, o que resta sobejamente comprovado, é que é devido e fundamentado o montante do ICMS reclamado no presente PAF.

VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os

levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Preliminarmente o sujeito passivo argüi, de forma indireta, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, destacando que é fundamental, no processo administrativo fiscal, o auto de infração conter a origem e a natureza do crédito tributário, mencionar o dispositivo legal em que se fundamenta e a descrição completa dos fatos que ensejaram a autuação. Isto posto, não vejo como lograr êxito tal argüição. Como bem destacou a d. agente Fiscal, em sede de Informação Fiscal, às fls. 92/95 dos autos, têm-se as descrições das infrações às fls. 01/03, atendendo ao que dispõe o RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, que estabelece normas de procedimento no processo administrativo no âmbito do Estado da Bahia, onde se vê claramente a natureza da infração, o autuado, o enquadramento da autuação e o montante do débito, elementos básicos e fundamentais na constituição do lançamento do crédito tributário.

Nas fls. 07/62, têm-se os demonstrativos constitutivos de todo o Auto de Infração, em tela, com o débito da infração 1 apurado nos demonstrativos de fls. 07/20, e de forma resumida no demonstrativo de fl. 21; o débito da infração 2 apurado, também, nos demonstrativos de fls. 07/20, e de forma resumida no demonstrativo de fl. 22; o débito da infração 3 apurado nos demonstrativos de fls. 23/60, e de forma resumida no demonstrativo de fl. 61. Todos amparados por arquivos eletrônicos analíticos e entregues em mídia "CD", conforme "*Recibo de Entrega de Arquivos Eletrônicos*" assinado pelo preposto/representante legal à fl. 76 dos autos.

Vê-se, ainda, em considerações de preliminares desenvolvidas pelo sujeito passivo, a afirmação de que, dado a falta cristalina na discriminação das bases de cálculo, quando da apuração das omissões de receitas, redundou em erro do agente Fiscal no levantamento, conforme diz demonstrar através de quadro, que aduz anexar a defesa.

Tal afirmação não prospera, vez que, além do sujeito passivo não ter juntado na defesa qualquer demonstrativo, em sede de instrução do presente processo, fiz acesso ao CD/mídia, onde pude constatar que todas as informações arguidas pelo defendante estão todas no citado CD/mídia, com o adendo de que, o autuante, desenvolveu a impressão de todas as planilhas analíticas ali contidas, acostadas às fls. 07 a 62 dos autos, onde se vê claramente todas as notas objeto da autuação, bem assim a discriminação dos itens de informações que foram utilizadas - "*nº da nota fiscal*", "*data de emissão*", "*CFOP*", "*NCM*", "*alíquota de origem*", "*valor da mercadoria*", "*base de cálculo*", "*alíquota interna*", "*MVA*", "*ICMS devido*", "*ICMS pago*", "*ICMS a Pagar*", entre outras informações - na constituição dos créditos ora em análise, dando ciência ao sujeito passivo, com prazo para manifestar na forma da legislação, o que o fez, sem tampouco trazer qualquer argumento de mérito em sede de defesa.

Em sendo assim, afasto as preliminares de nulidades do lançamento aventadas pelo defendante.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ao sujeito passivo o ICMS por antecipação tributária de diversos produtos elencados no regime da substituição tributária, inerente às duas primeiras infrações, nos valores respectivos de R\$3.490,60 e R\$12.236,87, previsto no art. 34, inc. III da Lei 7.014/96, c/c art. 289, §1º, inc. III, alínea “b” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012; como também o ICMS por antecipação parcial, referente à terceira infração, no valor de R\$63.915,97, previsto no art. 12-A da Lei 7.014/96, c/c art. 321, inc. VII, alínea “b” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012; todas decorrentes de operações de aquisição interestadual de mercadorias destinadas a comercialização, através de levantamento com base em Notas Fiscais Eletrônicas.

Da análise das peças processuais o que se verifica de alegações defensivas, arguida pelo sujeito passivo, como considerações de mérito, é eminentemente o aspecto confiscatório das multas aplicadas na autuação e os juros moratórios. Sobre tal aspecto aventado pelo sujeito passivo,

saliente que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como a apreciação de decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Por outro lado, vê-se ainda nas considerações aventada, pelo defendant, como considerações de mérito, a arguição de redução da multa e juros moratórios, que, à luz do seu entendimento, cria uma capitalização indevida e uma onerosidade ilícita. Neste contexto, por se tratar de multa decorrente de descumprimento de obrigação principal, esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar tal pedido no que dispõe o RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99.

Há de se destacar, entretanto, que existe previsão de redução de multas por auto de infração, decorrente de obrigação principal ou acessória, dado o pagamento do auto de infração antes do encerramento do prazo para impugnação no que dispõe os artigos 45 e 45-B da Lei 7.014/96.

Portanto, nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Desta forma, considerando o enquadramento da infração está em conformidade com a legislação, para as imputações relatadas na descrição dos fatos, bem assim a discriminação da base de cálculo, as alíquotas aplicadas e os créditos constituídos, entendo subsistentes as infrações 1, 2 e 3.

Quanto à pretensão de que seja notificado de todo o andamento do presente processo administrativo fiscal, para o regular exercício da ampla defesa; há de se registrar que não existe nenhum óbice em acatar o pedido, vez que tal notificação ou ciência do ato processual ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do RPAF, e, em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127 do CTN.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **211329.3003/16-4**, lavrado contra **LÍBIA COMÉRCIO E CONFECÇÕES LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$79.643,44**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR