

A. I. Nº - 232151.0005/17-1
AUTUADO - MERCANTIL ASSIS SERVIÇOS DE ALIMENTOS EIRELI - ME
AUTUANTE - RUBEM FRANCELINO DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 23/08/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0160-03/17

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. O autuado não traz aos autos, elementos capazes de elidir a autuação. Infrações caracterizadas. Preliminar de nulidade rejeitada. Denegado o pedido de redução da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 23/06/2017, exige crédito tributário no valor de R\$120.761,11, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - **07.21.01.** Falta de 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 outras unidades da Federação, nos meses de junho a agosto, outubro e novembro de 2014, fevereiro, maio e outubro de 2015, fevereiro, abril e junho a dezembro de 2016 e janeiro de 2017. Exigido o valor de R\$118.513,48, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - **07.21.02.** Recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Simples Nacional, referente a aquisições interestaduais de mercadorias, nos meses de setembro e novembro de 2014, julho de 2015, de fevereiro de 2016 e janeiro de 2017. Exigido o valor de R\$2.247,63, acrescido da multa de 60%.

O autuado impugna o lançamento fl. 21 a 24, depois de observar a tempestividade da defesa, contesta a autuação pugnando pela nulidade do Auto de Infração pelos motivos que expõe.

Inicialmente, observa que ocorreria ofensa ao devido processo legal, haja vista a obrigação legal da fiscalização estadual lançar tributo mediante o sistema único de fiscalização, a exceção de descumprimento de obrigação acessória.

Prossegue destacando que a fiscalização não seguiu na íntegra a legislação federal que regulamenta a matéria, tendo utilizado exclusivamente os dispositivos que favorecem ao fisco estadual, à revelia do procedimento legal expresso na norma regente.

Assinala que o disposto no art. 79, da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, estatui o seguinte:

*“Art. 79 – verificada infração á legislação tributária por ME ou EPP optante do Simples Nacional, deverá ser lavrado Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), emitido por meio do **Sefisc**.*

§1º O AINF é o documento único de autuação, a ser utilizado por todos os entes federados, em relação ao inadimplemento da obrigação principal prevista na legislação do Simples Nacional.

§ 2º No caso de descumprimento de obrigações acessórias deverão ser utilizados os documentos de autuação e lançamento fiscal específicos de cada ente federado.”

Revela que em comentários ao dispositivo legal acima transcrito, o professor Fábio Rodrigues de Oliveira leciona o seguinte:

“Verificada infração à legislação tributária por ME ou EPP optante pelo Simples Nacional, deverá ser lavrado Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), emitido por meio do Sistema Eletrônico Único de Fiscalização. De acordo com o Manual Prático do Simples Nacional, o AINF é o documento único de autuação, a ser utilizado por todos os entes federativos, em relação ao inadimplemento da obrigação principal prevista na legislação do Simples Nacional.”

Assevera que nesse esteio, infere-se a manifesta inconstitucionalidade e ilegalidade do lançamento fiscal realizado pela Secretaria da Fazenda da Bahia - ente federado - para fins de constituir crédito tributário decorrente de obrigação principal mediante “Auto de Infração” próprio da SEFAZ, uma vez que há previsão legal vinculando a autoridade fazendária para proceder ao lançamento através de Auto de Infração e Notificação Fiscal - AINF, emitido por meio do Sistema Eletrônico Único de Fiscalização, o que macula o Auto de Infração de vício insanável.

Em relação à multa aplicada, destaca ser inquestionável redução da multa aplicada, nos termos da legislação de regência.

Caso esse Órgão de Julgamento entenda que não ser o caso de declarar a nulidade do Auto de Infração, formula pedido sucessivo consistente na aplicação da legislação federal que regulamenta a matéria, transcrevendo o quanto disposto no art. 38-B, da LC 147/2014, *in verbis*:

“Art. 38-B - As multas relativas à falta de prestação ou à incorreção no cumprimento de obrigações acessórias para com os órgãos e entidades federais, estaduais, distritais e municipais, quando em valor fixo ou mínimo, e na ausência de previsão legal de valores específicos e mais favoráveis para MEI, microempresa ou empresa de pequeno porte, terão redução de:

I - 90% (noventa por cento) para os MEI;

II - 50% (cinquenta por cento) para as microempresas ou empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional.

Parágrafo único. As reduções de que tratam os incisos I e II do caput não se aplicam na:

I - hipótese de fraude, resistência ou embaraço à fiscalização;

II - ausência de pagamento da multa no prazo de 30 (trinta) dias após a notificação.”

Nesse esteio, diz que cumpre a esse Órgão de Julgamento proceder à imediata aplicação da legislação federal que regulamenta a tributação do Simples Nacional, culminando com a redução da multa aplicada no Auto de Infração em 90%, vez a previsão legal estampada no art. 38-B, da LC 147/14.

Conclui pugnando pela nulidade do Auto de Infração. Requer, sucessivamente, caso não seja declarada a nulidade, a redução da multa aplicada no Auto de Infração em 90%, consoante previsão legal estampada no art. 38-B, da LC nº 147/14.

O Autuante presta informação fiscal fls. 29 a 31, depois de sintetizar as alegações da defesa articula as seguintes ponderações.

Revela que, de pronto, se identifica serem claramente improcedentes as alegações do Autuado.

Afirma que o Impugnante visa afastar-se da obrigação de pagar o imposto conforme apurado, e revela sua desatenção na observância aos termos do art. 13, da Lei Complementar nº 123/06, segundo o qual:

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

I

[...]

§ 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:

I- .

[...]

XIII - ICMS devido:

a) .

[...]

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal.”

Ressalta que, conforme se destaca na legislação supracitada, as operações sobre a qual incide Tributação por Antecipação Tributária não obedecem aos preceitos para autuação conforme determina o art. 79, da Resolução CGSN nº 94, e sim, as prescrições naturais do previstas no RPAF-BA/99.

Depois de reproduzir o teor do §1º, do 79, da Resolução CGSN nº 94, informa que a prescrição supra a autuação via Sistema Único de Fiscalização, Lançamento e Contencioso - SEFISC é exclusiva para operações alcançadas pelo “pacote tributário” alcançado pelo Simples Nacional; e a tributação por Antecipação Tributária está fora.

Transcreve o art. 38-B, da Lei Complementar nº 147/14 para asseverar que também não procede a alegação da defesa no tocante ao pleito de redução da multa em 90%, uma vez que, de acordo com o teor do referido dispositivo, a redução de requerida é para Micro Empreendedor Individual - MEI, e não para as microempresas ou empresas de Pequeno Porte.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Impugnante suscita preliminar de nulidade por ofensa ao devido processo legal pelo fato de o Auto de Infração não ter sido lavrado o AINF previsto no §1º, do art. 79, da Resolução CGSN nº 94/2011, ou seja, o documento único de autuação a ser utilizado por todos os entes federados.

Da análise da legislação de regência resta evidenciado que não prosperar a alegação da defesa, haja vista que o §8º, do art. 129, da Lei Complementar nº 123/06 foi alterado pelas Resoluções de nº 98, de 13 de março de 2012, de nº 104, de 12 de dezembro de 2012 e de nº 109, de 20 de agosto de 2013, todas essas alterações statuindo, depois da disponibilização do Sistema Único de Fiscalização, Lançamento e Contencioso - SEFISC, a faculdade de, alternativamente, serem utilizados os procedimentos administrativos fiscais previstos na legislação de cada ente federado. A última alteração estabeleceu que para os fatos geradores ocorridos de 1º de janeiro de 2012 até 31 de dezembro de 2014 poderão ser adotados os procedimentos administrativos fiscais dos entes federados até 31/12/2017, *in verbis*:

Resolução CGSN nº 109

[...]

§8º Depois da disponibilização do Sefisc, poderão ser utilizados alternativamente os procedimentos administrativos fiscais previstos na legislação de cada ente federado até 31 de dezembro de 2013, para fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 2011, e até 31 de dezembro de 2014, para fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2012, observado o disposto neste artigo. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, § 4º)”

Nestes termos, não há que se falar em ofensa ao devido processo legal, como aduz o defendente, eis que, o presente Auto de Infração foi lavrado em total consonância com a legislação de regência que faculta expressamente a aplicação dos procedimentos administrativos fiscais de cada ente federado.

Ademais, exame dos elementos que constituem o PAF revela o pleno cumprimento das formalidades legais, eis que estão explicitamente determinados o contribuinte autuado, o montante do crédito tributário apurado e a natureza da infração. Constatado também a inexistência vícios formais que pudessem comprometer a eficácia da autuação fiscal; a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Assim, considero ultrapassado o questionamento suscitado como preliminar de nulidade.

No mérito, o presente lançamento exige o imposto acrescido de multa em decorrência da falta de recolhimento - Infração 01 e do recolhimento a menos - Infração 02, do ICMS antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação na condição de optante do Simples Nacional.

Em suas razões de defesa o Autuado não contestou de forma objetiva qualquer das infrações do Auto de Infração, eis que, além de não denegar o cometimento das irregularidades, devidamente explicitadas, inclusive com o enquadramento legal, na acusação fiscal, não apontou inconsistência alguma nos demonstrativos de apuração e de débito elaborado pelo Autuante e que dão respaldo à acusação fiscal acostado às fls. 07 a 12, cujas cópias lhes foram entregues, fl. 13.

Convém salientar que os dispositivos legal que consubstanciam e lastreiam as infrações constantes do Auto de Infração decorrem expressamente de mandamento veiculado no art. 13 e art. 33 da LC nº 123/06, *in verbis*:

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

[...]

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

[...]

§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:

a) nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária, ...

[...]

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do §4º do art. 18 desta Lei Complementar;

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; ...”

“Art. 33. A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no [art. 29 desta Lei Complementar](#) é da Secretaria da Receita Federal e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.”

Ao compulsar os elementos que integram o presente Auto de Infração, precipuamente as razões de defesa articuladas, constato que o sujeito passivo, não impugna o montante do ICMS que foi lançado, não aponta qualquer equívoco na apuração dos valores cobrados e nem contesta a metodologia adotada explicitada nos demonstrativos acostados aos autos.

Assim, depois de verificar que a exigência fiscal atinente aos dois itens da autuação afiguram-se alicerçada na legislação de regência e devidamente lastreada em levantamento fiscal que demonstra de forma minudente a origem de todos os elementos que integram a apuração do débito, concluo pela subsistência das Infrações 01 e 02.

No que diz respeito ao pleito do Autuado para seja reduzido em 90% o valor da multa sugerida no Auto de Infração com base na previsão estatuída pelo art. 38-B, da LC nº 147/2014, uma vez que, além de faltar competência a este órgão administrativo de julgamento para redução ou cancelamento de multa por descumprimento de obrigação principal, o dispositivo apontado se refere a descumprimento de obrigação acessória, portanto inaplicável ao presente caso.

Nos termos expendidos e considerando que a multa sugerida para as irregularidades cometidas é a prevista na alínea “d”, do inciso II do art. 42, da Lei 7.014/96, fica mantida a multa de 60%, que

poderá ser reduzida, por ocasião da quitação do Auto de Infração, de acordo com as previsões estatuídas no art. 45 da mesma lei.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 232151.0005/17-1**, lavrado contra **MERCANTIL ASSIS SERVIÇOS DE ALIMENTOS EIRELI - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$120.761,11**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II alínea “d”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de agosto de 2017.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA