

A. I. Nº - 2321510006/17-8
AUTUADO - LAURO DE FREITAS COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA. - ME
AUTUANTE - RUBEM FRANCELINO DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 18.12.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0229-04/17

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE PAGAMENTO. b) PAGAMENTO A MENOS. A exigência fiscal levada a efeito atende a norma prevista no Art. 13, § 1º, inciso XIII da LC 123/06, inexistindo ofensa ao devido processo legal. Não acolhida a arguição de nulidade. Acusação subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS EXIGIDOS MEDIANTE INTIMAÇÕES. FALTA DE ATENDIMENTO. MULTAS. Negado o pedido de redução das multas. Penalidade mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Auto de Infração expedido em 24/03/2017 objetivando reclamar crédito tributário na ordem de R\$29.620,40 em face das seguintes acusações:

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, no total de R\$13.760,01. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

2 - Efetuou o recolhimento a menor 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, no total de R\$13.100,41. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

3 - Deixou de apresentar Documento(s) Fiscal(is), quando regularmente intimado. O contribuinte foi intimado em 08/02/2017, 02/03/2017 e 20/03/2017 e não atendeu as intimações deixando de apresentar os documentos solicitados. Multa no valor de R\$2.760,00 prevista pelo Art. 42, inciso XX da Lei nº 7.014/96.

O autuado, por intermédio de seus patronos, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 36 a 39, aduzindo, inicialmente, que houve ofensa ao devido processo legal, tendo em vista a obrigação legal do Fisco Estadual lançar tributo mediante o Sistema Único de Fiscalização, exceto em relação a multas por descumprimento de obrigação acessória.

Sustentou que a fiscalização esqueceu-se de seguir na íntegra a legislação federal que regulamenta a matéria, tendo utilizado exclusivamente os dispositivos que favorecem ao fisco estadual, à revelia do procedimento legal estampado na norma regente. Nesta linha citou e transcreveu o Art. 79 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011:

Art. 79 – verificada infração à 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.

Após citar lição a este respeito, e assevera que infere-se a manifesta inconstitucionalidade e ilegalidade do lançamento fiscal realizado pela Secretaria da Fazenda da Bahia – ente federado – para fim de constituir crédito tributário decorrente de obrigação principal mediante “Auto de Infração” próprio da SEFAZ, 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 seguida adentrou ao tópico que intitula como “A INQUESTIONÁVEL REDUÇÃO DA MULTA APLICADA, NOS TERMOS DO ART. 38-B DA LEI COMPLEMENTAR 147/2014”, aduzindo que, caso este Órgão de Julgamento entenda que não é caso de declarar a nulidade do auto de infração, formula pedido sucessivo consistente na aplicação da legislação federal que regulamenta a matéria, transcrevendo o disposto pelo 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.”

Com base neste argumento, sustenta que cabe a este 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 dispositivo legal acima mencionado.

Em conclusão requer que seja determinada a nulidade do Auto de Infração ora impugnado, em razão das inúmeras ilegalidades e inconstitucionalidades cometidas pela fiscalização e identificadas neste arrazoado, em especial a ilegalidade do lançamento fiscal realizado em rito diverso do previsto no art. 79 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, que determina que a constituição de crédito tributário principal seja perpetrada mediante Auto de Infração e Notificação Fiscal (AINF), emitido por meio do Sistema Eletrônico Único de Fiscalização, maculando o processo administrativo fiscal de vício insanável.

Sucessivamente, requer que esse Órgão de Julgamento proceda 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% (noventa por cento), vez a previsão legal estampada no art. 38-B da LC 147/14.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 44 a 47, rebatendo os argumentos defensivos, os quais considera improcedentes, destacando o que classifica como desatenção do impugnante na observância dos termos aos termos do Art. 13 da Lei Complementar 123/06, *verbis*:

" 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:

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.

Pontua, em seguida, que à luz da legislação supra citada, as operações com incidência da antecipação parcial não se adequam as regras estabelecidas pelo Art. 79 da Resolução CGSN nº 94/11, acrescentando que uma vez verificada infração à legislação tributária por ME ou EPP, optante pelo Simples Nacional, deverá ser lavrado Auto de Infração ou Notificação Fiscal (AINF), emitida por meio do Sefisc, (Lei Complementar nº 123/06, Art. 33, §§ 3º e 4º), que é exclusiva para operações alcançadas pelo "pacote tributário" alcançado pelo Simples Nacional, enquanto que a tributação por Antecipação Parcial não está incluída nesse bojo.

Sustenta que não tem amparo o pleito do autuado em relação ao pedido de redução da multa em 90%, com base no Art. 38-B da LC 147/14, redução esta que se para empresas do cadastro MEI e não para as microempresas ou empresas de Pequeno Porte.

Conclui pugnando pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

O lançamento sob análise imputa ao autuado acusações referentes a falta de pagamento e de pagamento a menos do ICMS a título de antecipação parcial, infrações 01 e 02, respectivamente, enquanto que a infração 03 trata de penalidades pela falta de atendimento de três intimações para apresentação de documentos fiscais.

Em sua defesa o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração por entender que houve ofensa ao devido processo legal pelo fato do lançamento ter sido feito com base em Auto de Infração cujo modelo não se adequa ao estabelecido por meio do Sefisc, ou seja, o AINF que é o documento único utilizado por todos os entes federados em relação ao inadimplemento de obrigação principal prevista pela legislação do Simples Nacional.

A Lei Complementar nº 123/2006, em seu Art. 13, incisos I a VIII elenca todos os impostos aos quais estão sujeitos os optantes pelo Simples Nacional, cujo recolhimento far-se-á mediante documento único de arrecadação, estando o ICMS incluído nessa cesta de tributos.

Entretanto, em seu § 1º, inciso XIII, disciplina, que os recolhimentos ocorridos na forma acima citada não excluem a incidência do ICMS devido nas operações sujeitas ao regime de antecipação, sem encerramento da tributação, recolhimento este que obedecerá a legislação aplicável à todas as pessoas jurídicas, independente do regime de apuração e da condição (NO, ME, EPP, MEI).

Desta maneira, sendo apurado pela fiscalização falta de pagamento do imposto a título de antecipação parcial, a exigência deverá ser feita com base no modelo de Auto de Infração próprio para exigência de tributo previsto pela legislação estadual vigente, da forma como foi feito, e não com base no Sefisc, que é utilizado para exigir o ICMS decorrente do faturamento do estabelecimento, diferentemente daquele que é exigido por antecipação, seja total ou parcial.

Assim, não vislumbro a ocorrência de ofensa ao devido processo legal conforme arguido pelo autuado e, conseqüentemente, afasto o pedido de nulidade do Auto de Infração.

No que diz respeito ao pedido de redução da multa aplicada com base no Art. 38-B da LC 147/2014, também não encontra guarida o pedido do autuado, a uma porque as infrações 01 e 02 não se referem a descumprimento de obrigação acessória, enquanto que a infração 03, apesar de tratar de obrigação acessória, não faz jus a pleiteada redução vez que a falta de atendimento pelo autuado das três intimações para apresentação de documentos fiscais causou embaraço à fiscalização, fato este que impede a redução da penalidade, além de que, não ocorreu o pagamento da multa no prazo de 30 (trinta) dias após a notificação (Parágrafo único, incisos I e II do Art. 35-B LC 147/2014).

Considerando que o autuado não se pronunciou em relação ao mérito da autuação e não apontou qualquer equívoco laborado pelo autuante, afasto a nulidade suscitada, nego o pedido de redução da multa e julgo Procedente o presente 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 **2321510006/17-8** lavrado contra **LAURO DE FREITAS COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$26.860,42** acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa pelo descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.760,00** prevista pelo inciso XX do citado dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, em 05 de dezembro de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA