

PROCESSO - A. I. Nº 217365.0018/17-9
RECORRENTE - SJDR MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0028-03/18
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/10/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº0243-12/18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O imposto deve ser exigido do destinatário por responsabilidade solidária quando, embora haja acordo interestadual, os remetentes não possuem inscrição estadual ativa neste Estado, e pela sua própria responsabilidade quando não há acordo interestadual. Infração caracterizada. Indeferido o pedido de revisão fiscal. Afastadas as nulidades suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, em epigrafe, lavrado em 04/10/2017, para exigir crédito tributário de ICMS no valor original de R\$516.674,49 em razão da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 1 (07.21.01) – “Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante pelo 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” Período: janeiro a dezembro de 2013; fevereiro a dezembro de 2014; janeiro a dezembro de 2015; junho e dezembro de 2016. Enquadramento legal: art. 34, III, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 289, §1º, inciso III, alínea “b”, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a 3ª JF, em sessão realizada em 12/12/2017 decidiu, por unanimidade, pela Procedência da infração com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito.

VOTO

O presente processo exige ICMS pela falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, na condição de empresa optante pelo Simples Nacional, referente aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

De antemão, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Em sua defesa, inicialmente o autuado suscitou a nulidade da autuação, arguindo 5 (cinco) preliminares, as quais passo a analisar.

Quanto à questionada incompetência do autuante, informo que a possibilidade de constituição de créditos tributários foi atribuída aos Agentes de Tributos Estaduais pelo art. 1º da Lei nº 11.470/09, cuja inconstitucionalidade foi questionada pela ADI 4.233, ainda pendente de julgamento pelo STF. Entretanto, enquanto não for declarada a possível inconstitucionalidade da referida Lei nº 11.470/09, a mesma tem plena validade à luz do direito.

Em seguida, o autuado afirmou que não havia sido juntado aos autos o Termo de Início de Fiscalização, bem como o Termo de Intimação para Apresentação de livros e documentos, que serviria para substituí-lo. Todavia, razão não lhe assiste, uma vez que consta no PAF o Termo de Intimação (fl. 06), cumprindo o disposto no art. 26, III, do RPAF/99.

O sujeito passivo arguiu, ainda, cerceamento de defesa, em função de terem sido lavrados, na mesma data, além do presente, mais 2 (dois) Autos de Infração distintos, os PAF's 217365.0016/17-6 e 217365.0017/17-2,

alegando que todos retratam ocorrências pertinentes à antecipação tributária, com ofensa ao disposto no art. 40, do RPAF, já que não foi justificada a motivação para a divisão das supostas apurações efetuadas na mesma ação fiscal

Esclareço, contudo, que o PAF 217365.0016/17-6 exige crédito tributário em função das seguintes irregularidades: recolhimento a menor do ICMS declarado e omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões.

Já o PAF 217365.0017/17-2, apesar de uma de suas infrações ser referente ao recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação ou substituição tributária, o período de exigência do imposto é o mês de janeiro de 2014, que não foi objeto do processo ora guerreado.

Portanto, não há razão para se confundir com as infrações previstas no Auto de Infração ora em julgamento. Ademais, o citado art. 40 do RPAF/99, autoriza o autuante a lavrar mais de um auto de infração relativo ao mesmo período fiscalizado, de modo a facilitar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão e, por este motivo, o Sistema de Lançamento de Créditos Tributários foi parametrizado para separar em Autos de Infração diferentes, as infrações com valor superior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

O impugnante também arguiu cerceamento de defesa, pela ausência de demonstração analítica dos valores apurados, sob a alegação de que o demonstrativo “RESUMO 1” (fl. 08) foi o único ao qual teve acesso, e sem comprovação de entrega ao autuado.

Entretanto, resta confirmado que o demonstrativo analítico dos valores apurados está na mídia gravada à fl. 09, onde podem ser encontrados os DANFE’s do período fiscalizado, sendo que a confirmação do recebimento assinada pela representante do autuado encontra-se à fl.10 dos autos.

Por fim, questionou a ausência de nexo entre a acusação descrita na infração e o seu enquadramento legal. Porém, a infração está corretamente fundamentada no art. 289, §1º, III, do RICMS/12, não fazendo sentido a sua alegação.

Dessa forma, ficam afastadas as nulidades suscitadas.

Também indefiro o pedido de revisão requerida, haja vista que os elementos acostados aos autos se apresentam suficientes para formação do meu convencimento e decisão da lide, de acordo com o que prevê o art. 147, I, “a”, do RPAF/99. Ademais, conforme estabelece a alínea “b” do mesmo inciso do dispositivo acima citado, deverá ser indeferido o pedido de diligência quando for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

Ressalto, ainda, que não há necessidade, nem há previsão legal para ouvir a PGE/PROFIS nessa fase processual.

No mérito, o autuado não apontou objetivamente nenhuma falha no demonstrativo que embasou a autuação, e pelo que dispõe o art. 143, do mesmo diploma legal acima mencionado, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Por fim, acrescento também não ser possível atender ao pleito do sujeito passivo para que seja aplicada apenas a multa disposta no §1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, pois a mesma somente é aplicada para as situações em que as operações de saídas posteriores tenham sido tributadas e o imposto recolhido, fato que não condiz com o regime de tributação do autuado, além do que não há comprovação nos autos de que tal fato tenha ocorrido.

De tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Regularmente intimada, a Recorrente, inconformada com o julgamento realizado pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, materializado no Acórdão JJP nº 0028-03/18, vem, por seu representante legal, às fls. 92/114, expor as razões que motivam seu recurso voluntário, inicialmente reitera todos os termos de sua defesa.

Em preliminar, suscita a nulidade da decisão recorrida por supressão de instância, aduzindo que a JJP não teria analisado a questão contida nos itens 13 e 14 da defesa, que se refere ao tratamento diferenciado previsto na alínea “b” dos incisos III e IV do art. 289, do RICMS.

Na mesma linha, aduz que os julgadores de piso deixaram de apreciar importantes matérias de direito suscitadas nos itens 16 a 22 da defesa, lembrando que são inúmeras as decisões do CONSEF determinando, em situações análogas, a nulidade da decisão, por iniciativa da PGE/PROFIS, em sede de controle de legalidade.

Diz da nulidade da decisão que negou pedido de diligência para esclarecimento dos fatos e para a

ouvida da PGE, aduzindo cerceamento do direito de defesa.

Quanto ao Auto de infração, suscita a sua nulidade em face:

- a) do fato de que teria sido lavrado por autoridade incompetente, de que não há nos autos o *“termo de início da fiscalização”* e que o *“termo de intimação para apresentação de documentos”* teria sido recebido por pessoa que não representa o sujeito passivo;
- b) que não há, junto à peça acusatória, a clara e necessária demonstração analítica dos valores apurados, aduzindo que o lançamento haveria que identificar as mercadorias pelo NCM, atendendo ao restrito enquadramento promovido pelo Protocolo ICMS 104/09;
- c) que não há nexos entre a acusação descrita na fl. 01 do Auto de Infração e o enquadramento legal inserido às fls. 02;

No mérito, diz que a Recorrente é optante pelo *“Simples Nacional”*, sujeitando-se ao pagamento da *“antecipação tributária total e parcial”* sobre suas aquisições interestaduais para revenda. Diz que em tal circunstância, *“...possui limitações no faturamento, ou seja, na geração de receitas, não pode fazer uso de créditos fiscais, não estando alcançada pelas disposições da Lei 7.014/96. Em verdade, fica duplamente onerada, pagando o ICMS sobre sua receita e, no caso da substituição, pelas aquisições”*.

Discutindo a matéria, entende que além da carga tributária em consonância com seu faturamento, a imposição de pagar a antecipação total e parcial nas hipóteses previstas na legislação, lhe impõe excessiva carga de ICMS, certo que em relação ao fato que dá origem à obrigação do pagamento da antecipação (aquisição interestadual), o contribuinte do Simples Nacional é equiparado ao contribuinte do regime normal, fato que na sua avaliação importaria *“... em verdadeira “cassação” da carga tributária menor, prevista para o importante segmento de empresas do SN, deixando tal contribuinte em condições de igualdade, diante da obrigação, com os optantes pelo regime normal”*.

Nessa linha salienta que, se a lei equipara o contribuinte do SIMPLES NACIONAL para fins de pagamento da antecipação, e o faz lhe impondo fato gerador próprio do regime normal, a eventual penalidade também deve ser aplicada por equiparação, inclusive a teor do art. 112, incisos I a IV, do Código Tributário Nacional. Aduzindo que a parte infracional do sistema legislativo não pode ser analisada de forma apartada, lhe impondo ônus maior ainda.

Para o caso em tela, aduz 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, caso existam valores efetivamente devidos a título de antecipação, total ou parcial, requer tratamento igualitário, com a exclusão das parcelas de ICMS e imputação da multa de 60% sobre o montante das mesmas”*.

Por derradeiro, reiterando as razões de defesa, pede a ouvida da PGE/PROFIS sobre a matéria essencialmente de direito visando a comprovação das aquisições, origens, bases de cálculo, MVA's e datas das ocorrências, pugnando pelo provimento do seu Recurso Voluntário ou ainda pela nulidade da decisão recorrida ou nulidade ou improcedência da ação fiscal.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, e com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

O Recurso interposto pelo Contribuinte tem como fulcro a apreciação das razões de insurgência

em face da decisão de primeiro grau que julgou procedente o Auto de Infração, cuja acusação é de haver o contribuinte deixado de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante pelo Regime Especial do SIMPLES NACIONAL, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

A tese recursal preliminarmente se prende em apontar nulidades do Auto de Infração e da Decisão recorrida, sob o fundamento de que o Auto não teria sido lavrado por autoridade competente, não teria sido trazido aos autos o “*termo de início da fiscalização*” e que o “*termo de intimação para apresentação de documentos*” teria sido recebido por pessoa que não lhe representa, que a peça acusatória não conteria a demonstração analítica dos valores apurados e que serviriam de base de cálculo do imposto, além do fato de que não haveria nexo entre a acusação e as circunstâncias do fato apurado.

Quanto à decisão de primeiro grau, afirma que é passível de nulidade em face do fato de que a Junta não teria apreciado, de maneira devida, todos os pontos e matérias levantadas em sede de defesa.

Compulsando os autos e analisando as preliminares suscitadas, vejo que razão não assiste ao Sujeito Passivo.

Da análise do Auto de Infração, verifico que a peça acusatória, na parte em que especifica a infração fiscal e os elementos que lhe dão sustentação, inclusive os demonstrativos fiscais, a exposição dos fundamentos de fato e de direito são absolutamente claras, evidenciando de maneira incontestável que a descrição da infração autuada está em perfeito alinhamento com a legislação, bem como as circunstâncias do fato são claras e consubstanciadas em documentos trazidos aos autos juntamente com a peça inicial.

Nesses termos, denego a nulidade requerida pela Recorrente e a alegada inexistência de alinhamento do fato típico à conduta verificada, sendo certo que não há nos autos qualquer vício que imponha mácula ao lançamento.

Quanto à emissão e entrega do “*termo de início da fiscalização*”, admite-se que a ausência do referido Termo não macula o lançamento, aí entendido que a eventual falta de emissão de tal Termo em nada afetou o direito que tem o Sujeito Passivo ao contraditório e à ampla defesa, haja vista que em nenhum momento lhe foi negado os referidos direitos, ao contrário, foram exercidos em sua plenitude, além do fato de que a simples ciência da ação fiscal, o que não se nega, supre a falta dos referidos Termos.

Quanto ao recebimento do “*termo de intimação para apresentação de documentos*”, as razões recursais também não lhe socorrem, haja vista que a intimação em comento foi entregue no domicílio fiscal da Recorrente, conforme prevê a legislação, bem como a pessoa dita incompetente, é empregada da Recorrente, conforme aponta o próprio Recorrente, fatos que indicam que a intimação foi regularmente entregue ao sujeito passivo, o que lhe garantiu o pleno exercício do contraditório e do direito de defesa.

Quanto à suscitada incompetência da autoridade fiscal para a lavratura do Auto de Infração, a sorte é a mesma. A condição do autuante para a lavratura do Auto de Infração em discussão é plena e foi devidamente chancelada pelo auditor fiscal responsável pela Inspeção fazendária de origem, nos termos do RPAF/BA.

Dito isto, voltando o olhar às etapas processuais, sobretudo o quanto suscitado pela Recorrente no que pertine à produção de prova, vejo que todos os passos foram rigorosamente seguidos, sobretudo aqueles atinentes às intimações feitas ao Recorrente e à possibilidade de manifestação, de maneira que lhe foi garantido, em todas as fases, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, restando respeitados os incisos LIV e LV do art. 5º, da Carta Magna.

Para a suscitada nulidade da decisão recorrida, vejo que o sujeito passivo labora em equívoco quando diz que os julgadores de primeiro grau não analisaram toda a matéria trazida em sede de

defesa. Ou seja, ainda que não tenha atendido aos anseios da Recorrente, a Junta de Julgamento Fiscal cuidou de analisar todos os fatos aduzidos em sede de defesa de maneira pontual e absolutamente clara, o que ao fim e ao cabo determinou a preservação do direito que tem o Sujeito Passivo ao contraditório e à ampla defesa.

Dito isto, com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, vê-se que não há qualquer vício que imponha mácula ao lançamento, nem há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação da infração, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Especificamente em relação à conversão do feito em diligência para a PGE/PROFIS, há que se esclarecer além do fato de que tudo o quanto trazido aos autos é suficiente para a formação de juízo de valor sobre a matéria por parte do julgador, não há previsão legal de obrigatoriedade de manifestação da procuradoria fiscal nos processos em julgamento por este conselho, restando certo que conforme determinação legal pode o julgador, convencido, indeferir solicitações que considerar desnecessárias ao deslinde da querela. Entretanto, pode o Sujeito Passivo, com os elementos próprios e de convencimento, no controle da legalidade, provocar a PGE/PROFIS.

No mérito, em que pese a discussão proposta pela Recorrente ser relevante e merecer ser ampliada, a análise e decisão da matéria trazida aos autos deverá ficar restrita ao quanto prescrito na legislação, observado o fato típico e a conduta do contribuinte, de maneira que observada na infração, deverá o agente do Fisco lavrar Auto de Infração, garantido ao contribuinte o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Quanto à razão recursal, especificamente, vejo que o sujeito passivo não se desincumbiu de indicar, de forma clara e objetiva, as falhas no demonstrativo que deu sustentação à autuação, situação que leva à aplicação da regra do art. 143, do RPAF/BA.

Finalmente em relação à possibilidade de aplicação apenas da multa disposta no §1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, é inexistente, pois a aplicação da penalidade isolada está adstrita às situações em que as operações de saídas posteriores tenham sido tributadas e o imposto recolhido, circunstância que não tem previsão no regramento do regime de tributação da Recorrente.

Restando apenas às empresas submetidas ao regime normal de apuração do ICMS a possibilidade de requerem a devolução do indébito dos valores recolhidos nas saídas.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217365.0018/17-9**, lavrado contra **SJDR MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI - EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$516.674,49**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de agosto de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS