

A. I. Nº - 217365.0018/17-9
AUTUADO - SJDR MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI - EPP
AUTUANTE - CARLOS FERNANDO DE ASSIS MEIRELES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10/04/2018

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0028-03/18

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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/06/2017, exige ICMS no valor 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.

O autuado apresenta impugnação, às fls. 16 a 28, onde inicialmente suscita a nulidade da autuação, arguindo 5 (cinco) preliminares, conforme exposto abaixo:

- 1) pelo Auto de Infração ter sido lavrado por autoridade incompetente, em função do lançamento de ofício ser ato privativo de Auditores Fiscais e o Autuante estar investido no cargo de Agente de Tributos Estaduais, citando ementa do Acórdão JJF nº 0076-03/12, que transcreve, e Ação Direta de Inconstitucionalidade, ainda pendente de julgamento, com pareceres favoráveis da OAB, Ministério Público Federal e Advocacia Geral da União;
- 2) pela ausência do Termo de Início de Fiscalização, bem como do Termo de Intimação para Apresentação de livros e documentos, que serviria para substituí-lo, colacionando ementa do Acórdão CJF nº 0326-12/11;
- 3) por 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, todos retratando 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;
- 4) por cerceamento de defesa, pela ausência de demonstração analítica dos valores apurados, sob a alegação de que o demonstrativo “RESUMO 1” foi o único ao qual teve acesso, e sem comprovação de entrega ao autuado;

- 5) pela ausência de nexo entre a acusação descrita (fl. 01) e o enquadramento legal inserido (fl. 02), pois a infração deveria se encontrar fundamentada no art. 289, §1º, III, do RICMS/12, já que o art. 34, III, da Lei nº 7.014/96, apenas se refere à obrigação “genérica” de pagar o imposto, juntando ementa dos Acórdãos JJF nº 0217-04/14 e 0244-03/14 e CJF nº 0006-11/09, 0332-12/14, 0004-12/15 e 0286-11/15.

No mérito, aduz que, diante de tantos vícios na condução da ação fiscal, enquadramento legal, descrição dos fatos e, conseqüentemente, na apuração da base de cálculo, iria se reportar, em tese, ao lançamento, aguardando nova oportunidade de prazo de defesa, caso o Julgador entenda que são sanáveis as mesmas mazelas processuais.

Alega que é optante do “Simples Nacional”, estando sujeito, por força do disposto no art. 321, VII, “b”, do RICMS (ordem oriunda da Lei Complementar nº 123/06), que transcreve, ao pagamento da “antecipação tributária, total e parcial” sobre suas aquisições interestaduais para revenda, ou seja, além da carga tributária em consonância com seu faturamento, deve pagar a antecipação total (e parcial), quando adquirir mercadorias para comercialização em outros Estados, no caso específico lhe sendo agregada excessiva carga de ICMS, ficando duplamente onerado, pagando o imposto sobre sua receita e, no caso da substituição, pelas aquisições.

Salienta que, ainda que se mantenha a contraditória e onerosa cobrança, em relação a contribuinte cujo espírito da lei prevê medidas de “proteção”, deve ser feita a equiparação com os contribuintes do Regime Normal, pela via da imposição do fato gerador da antecipação, ou seja, da obrigação, é evidente que os demais efeitos não podem ser negados, especialmente no que tange a eventuais benefícios previstos, decorrentes do mesmo fato gerador, de forma conjunta, na legislação.

Explica que a Lei nº 7.014/96, ao prever a multa por infração, nos casos de não pagamento da antecipação, inclusive parcial, determina no §1º do art. 42 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, se aplicando apenas a multa de 60%, conforme previsto no art. 42, II, “d”, sobre o valor do imposto.

Entende 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 Simples Nacional 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, considera que deve ter tratamento igualitário, com a exclusão das parcelas de ICMS e imputação da multa de 60% sobre o montante das mesmas

Protesta, ainda, pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de demonstrativos e documentos, ouvida da PGE/PROFIS sobre a matéria essencialmente de direito, e revisão para que seja alcançada a verdade material, visando à comprovação das aquisições, origens, bases de cálculo, MVA's e datas das ocorrências.

Por fim, requer a nulidade ou improcedência da ação fiscal e do Auto de Infração, ou, no máximo, conforme a fundamentação legal esposada, que lhe seja aplicada a multa de 60% sobre os valores que comprovadamente, via instrução do PAF, se provarem devidos.

O autuante em Informação Fiscal, às fls. 70 a 74, rebate as alegações defensivas na mesma sequência apresentada pelo patrono do autuado, afirmando o seguinte:

- 1) a competência para constituição de créditos tributários foi atribuída aos Agentes de Tributos Estaduais pelo art. 1º da Lei nº 11.470/09, e a Lei nº 8.210/02 alterou a investidura do referido cargo para profissionais de nível superior, sendo que a ADI 4.233 não se aplica, in casu, pois não foi julgada pelo STF;
- 2) consta intimação no PAF (fl. 06), cumprindo o disposto no art. 26, III, do RPAF/99;

- 3) além de haver previsão legal para a constituição de crédito tributário em mais de um Auto de Infração, o Autuado desconhece que o Sistema de Lançamento do Crédito Tributário – SLCT automaticamente divide o lançamento em mais de um Auto de Infração sempre que o valor reclamado é superior a R\$ 500.000,00 ou inferior ao previsto para lavratura de Auto de Infração, oportunidade que o converte em Notificação Fiscal;
- 4) o demonstrativo analítico dos valores apurados, está na mídia gravada (fl. 09), com o recibo assinado pela representante do autuado (fl. 10), onde podem ser encontrados também os DANFE's do período fiscalizado, com a identificação das mercadorias, NCM's, valores, etc;
- 5) a infração foi devidamente descrita no corpo do Auto de Infração e encontra amparo no art. 289, §1º, III, "b", do RICMS/BA, que transcreve, e no art. 34, III, da Lei nº 7.014/96, não vislumbrando ausência de nexo entre a descrição da infração e o enquadramento legal.

O autuante acrescenta, ainda, que as demais alegações de defesa lhe parecem um problema de hermenêutica da legislação em vigor, não lhe cabendo opinar pela oportunidade, conveniência e justiça da lei vigente.

Ao final, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217365.0018/17-9**, lavrado contra **SJDR MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI - EPP**, devendo ser intimado o autuado 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, 08 de março de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA