

A. I. N° - 217365.0017/17-2
AUTUADO - SJDR MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI (SALVADOR PISO) - EPP
AUTUANTE - CARLOS FERNANDO DE ASSIS MEIRELES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 26/04/2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0040-05/18

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. 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. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração subsistente. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Infração não elidida. Afastadas as nulidades suscitadas. Indeferido o pedido de revisão. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/06/2017, exige crédito tributário no valor total de R\$102.123,61, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – 07.21.02 – Efetuiu o recolhimento a menor 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, de acordo com o consignado na coluna “I” do RESUMO 2 em anexo. Infração apurada no mês de janeiro de 2014, no valor de R\$17.547,23, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 - 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, de acordo com o consignado na coluna “I” do RESUMO 3 em anexo. Infração apurada nos meses de janeiro, abril e agosto de 2013, fevereiro, abril e outubro de 2014, janeiro e setembro de 2015 e março, abril, julho, agosto e outubro a dezembro de 2016, no valor total de R\$56.329,95, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 - 07.21.04 - Efetuiu 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, de acordo com o consignado na coluna “I” do RESUMO 4 em anexo. Infração apurada nos meses de junho de 2014 e janeiro, fevereiro, maio, junho e setembro de 2016, no valor total de R\$28.246,43, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O Autuado apresentou defesa (fls. 20 a 34), onde suscitou a nulidade da autuação por 5 (cinco) motivos diferentes, conforme expôs:

- 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 JF nº 0076-03/12, que transcreveu, e Ação Direta de Inconstitucionalidade, ainda pendente de julgamento, com pareceres favoráveis da OAB, Ministério Público Federal e Advocacia Geral da União, que anexou;
- 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, mais 2 (dois) Autos de Infração distintos, os PAFs nºs 217365.0016/17-6 e 217365.0018/17-9, este último 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 os demonstrativos “RESUMO 2”, “RESUMO 3” e “RESUMO 4” foram os únicos aos quais teve acesso;
- 5) pela ausência de nexo entre a acusação descrita (fl. 01, Infração 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 JF nºs 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, disse 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.

Alegou que é optante pelo “Simples Nacional”, estando sujeito, por força do disposto no Art. 321, VII, “b”, do RICMS (ordem oriunda da Lei Complementar nº 123/06), que copiou, do 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.

Salientou 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.

Explicou 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 seja nas saídas subsequentes, a própria parcela do ICMS não será exigida, se aplicando apenas a multa de 60% sobre o valor do imposto, conforme previsto no Art. 42, II, “d”.

Ressaltou que o RESUMO 4 apresenta pagamentos “a maior” em quase todos os meses, o que significa que não existiu uma correta correspondência entre as datas das supostas operações (aquisições/entradas no estabelecimento) e as respectivas datas em que o Autuado estaria obrigado a realizar os pagamentos, devendo ser deduzidos os valores “excedentes” em cada mês do período posterior, bem como deve ser revista a inclusão de outros valores na base de cálculo, eis que não encontra amparo no Art. 23, III, da Lei nº 7.014/96 (Infrações 2 e 3).

Protestou 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, MVAs e datas das ocorrências.

Requeru a nulidade ou improcedência da ação fiscal e do Auto de Infração, ou, no máximo, nas três ocorrências apontadas, 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 apresentou Informação Fiscal (fls. 78 a 82), onde afirmou que:

- 1) a competência para constituição de créditos tributários foi atribuída aos Agentes de Tributos Estaduais pelo Art. 1º da Lei nº 11.470/09, a Lei nº 8.210/02 alterou a investidura do referido cargo para profissionais de nível superior e 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) os demonstrativos analíticos dos valores apurados, Demonstrativo A e Demonstrativo B, estão todos na mídia gravada (fl. 11), com o recibo assinado pela representante do Autuado (fls. 12 e 13), onde podem ser encontrados também os DANFES do período fiscalizado;
- 5) a infração foi devidamente descrita no corpo do Auto de Infração e encontrou amparo no Art. 289, §1º, III, “b”, do RICMS/BA, que transcreveu, 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.

Acrescentou 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, e solicitou que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

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, inclusive a comprovação de entrega de todos os demonstrativos e planilhas elaboradas na autuação.

O Autuado suscitou a nulidade da autuação por 5 (cinco) motivos diferentes, os quais passo a analisar. Quanto à 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. Enquanto não for declarada a inconstitucionalidade da referida Lei nº 11.470/09, a mesma tem plena validade à luz do direito.

O Autuado equivocadamente 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. Consta no PAF o Termo de Intimação (fl. 06), cumprindo o disposto no Art. 26, III, do RPAF/99.

O Autuado alegou cerceamento de defesa, em função de terem sido lavrados, na mesma data, mais 2 (dois) Autos de Infração distintos, os PAFs nºs 217365.0016/17-6 e 217365.0018/17-9, este último retratando ocorrências pertinentes à antecipação tributária, com ofensa ao disposto no Art.

40, do RPAF/99, por não ter sido justificada a motivação para a divisão das supostas apurações efetuadas na mesma ação fiscal.

Esclareço que o PAF nº 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 a infração descrita no PAF nº 217365.0018/17-9 é a de que o Autuado deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no período de janeiro a dezembro de 2013, fevereiro a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015 e junho e dezembro de 2016.

Não há nenhuma ocorrência nos referidos PAFs que se confunda com as infrações previstas no Auto de Infração ora em julgamento. Na Infração 01 é exigido imposto por recolhimento a menor do ICMS por substituição tributária e em período não abrangido no PAF nº 217365.0018/17-9 (janeiro de 2014) e nas Infrações 02 e 03 pela falta de recolhimento e pelo recolhimento a menor do ICMS relativo à antecipação parcial.

O referido 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 Autuado também arguiu cerceamento de defesa, pela ausência de demonstração analítica dos valores apurados, sob a alegação de que os demonstrativos “RESUMO 2”, “RESUMO 3” e “RESUMO 4” foram os únicos aos quais teve acesso. Constatado que os demonstrativos analíticos dos valores apurados, Demonstrativo A e Demonstrativo B, estão todos na mídia gravada (fl. 11), com o recibo assinado pela representante do Autuado (fls. 12 e 13), onde podem ser encontrados também os DANFES do período fiscalizado.

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

Diante do exposto, afasto as nulidades suscitadas.

Sobre a juntada posterior de demonstrativos e documentos requerida na peça defensiva, fica prejudicado tal pedido, tendo em vista que nada foi apresentado até o momento deste julgamento.

Indefiro o pedido de revisão, nos termos do Art. 147, I, “a” e “b”, e II, “b”, do RPAF/99, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, por ser 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, bem como pelo fato da prova pretendida não depender do conhecimento especial de técnicos.

No mérito, o Autuado não apontou objetivamente nenhuma falha nos demonstrativos que embasaram a autuação, apenas inferiu que não existiu uma correta correspondência entre as datas das supostas operações relacionadas no RESUMO 4, em vista de apresentar pagamentos “a maior” em quase todos os meses. Caberia ao Autuado, se fosse o caso, indicar os supostos erros capazes de reduzir ou elidir a infração, mas efetuou apenas suposições genéricas. Inclusive, na maior parte do período fiscalizado nem há recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, motivo da exigência da Infração 2. Assim, não há porque fazer revisão da autuação.

Não há como efetuar a equiparação com os contribuintes do Regime Normal, em razão do §1º do Art. 42 da Lei nº 7.014/96 determinar a aplicação apenas da multa por infração, quando a saída subsequente for tributada normalmente, pois os contribuintes optantes pelo Simples Nacional recolhem o imposto em função do seu faturamento, independentemente da mercadoria ser tributada.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217365.0017/17-2**, lavrado contra **SJDR MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI (SALVADOR PISO) - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$102.123,61**, 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, 06 de março de 2018.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR