

A. I. Nº - 196900.0031/17-8
AUTUADO - RJ COMÉRCIO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS EIRELI - EPP
AUTUANTE - JOSÉ MARIA MATOS MONTALVAN ESTEVES
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 22.08.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0123-04/18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. De acordo com o artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, independente do regime de apuração, o contribuinte tem o dever jurídico de efetuar a antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, no valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 18/11/2017 exige ICMS no valor de R\$106.982,43, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento do ICMS por 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, nos meses de junho a agosto e outubro a dezembro de 2013, janeiro, abril a junho, agosto a dezembro de 2014; e janeiro, junho a dezembro de 2015 e janeiro a julho, outubro e novembro de 2016, conforme demonstrativos anexos. (07.21.03)

O autuado, através do seu representante legalmente habilitado, apresentou impugnação, de fls. 33 a 53, e de logo argui que o preposto da empresa não foi intimado do Auto de Infração. Assevera que tomou conhecimento através de terceiros, conseguindo uma cópia na SEFAZ.

Pede preliminarmente a nulidade da citação/intimação, acrescentando que não consta na mesma a assinatura do Autuado ou do Representante legal e nem a data em que foi entregue ou supostamente postada. Assim, não foi cumprido regularmente o quanto preceitua a norma legal, mais precisamente o CAPÍTULO XI dos Atos de Comunicação, art. 49 e seguintes da Lei nº 12.209/11 de 20 de abril de 2011.

Prossegue afirmando ser nula a intimação, por afronta a Constituição Federal, no seu art. 5º, e transcreve o teor dos artigos 49, 50, 51, 52 e 53 da Lei anteriormente citada, concluindo não restar dúvidas sobre a forma errônea da intimação pois não foram utilizadas as previstas na legislação a saber:

I - mediante mensagem enviada ao endereço eletrônico (e-mail, com confirmação de leitura, ou por fac-simile;

II - mediante remessa por via postal, com aviso de recebimento.

III - pessoalmente, mediante aposição de data e assinatura do destinatário no instrumento ou expediente, ou através de lavratura de termo em livro próprio, se houver;

IV- por edital publicado no Diário Oficial do Estado.

Assevera que o órgão fiscalizador não está procedendo de forma correta pois não lhe está dando os meios necessários para a sua ampla defesa e o contraditório, pois encontra-se claro que até a presente data não foi intimado para impugnar o Auto de Infração.

Explica que o Auto de Infração datado do dia 21/11/2017 é totalmente nulo, pois deveria seguir o procedimento previsto em Lei. Ainda que se vislumbre algum alcance para o disposto no § 3º do artigo 253 do CPC, uma vez que o recebedor da contra-fé do Termo de Intimação sequer é da família da empresa, ou seu vizinho. Transcreve jurisprudência neste sentido.

Conclui asseverando ser Nula a Intimação, uma vez que nunca se efetivou de direito, entretanto, em observância ao elementar Princípio da Eventualidade, caso prospere o Termo de Intimação, apresenta as arguições meritórias.

Diz que o presente Auto de Infração em seu tópico, trata de falta de recolhimento do ICMS, sem ao menos informar que a empresa é tributada pelo Simples Nacional, além do que jamais foi excluída desse sistema, portanto, a SEFAZ não é parte legítima do polo ativo para cobrar esse tributo vez que a empresa recolhe pelo Simples Nacional, verificando assim uma inversão, uma vez que não se pode falar em cobrança de valores pelo sistema normal de imposto, estando o contribuinte inscrito no Simples Nacional.

Externa o entendimento de que se encontra presente um vício insanável, não sendo apenas o caso de reabrir prazo para que a impugnante pudesse apresentar defesa contra sua exclusão do Simples Nacional, pois o presente lançamento nunca poderia ter sido formalizado antes de cumpridos todos os requisitos para a exclusão do mesmo. Assim sendo, não poderia ser excluída do Regime do Simples Nacional e, conseqüentemente não pode o Fisco Estadual exigir o imposto devido na forma aplicável às demais pessoas jurídicas.

Explica que o ICMS é tributo afeto ao princípio constitucional da não - cumulatividade, e no caso vertente, o Fisco Estadual simplesmente identificou os valores supostamente omitidos de venda e aplicou a alíquota de 1,86%, até 17%, sem contudo proceder uma análise contábil no sentido de se verificar quais os créditos advindos da operação imediatamente anterior.

Diz que os artigos 25 a 27 da Lei Complementar nº 123/06 permitem aferir que a empresa necessita manter a sua escrita contábil, e nessa condição, havendo a exclusão do Simples, para o efetivo cálculo do suposto crédito tributário, deveria ser considerado os créditos havidos na operação, respeitando o princípio da não cumulatividade, solicitando os livros fiscais, notas de entradas e de saídas, porém, nenhum desses documentos foram considerados na lavratura do Auto de Infração. Acrescenta que inclusive adquire produtos junto a outros estados, sujeitos à substituição tributária e nada disso foi considerado, portanto, havido outra nulidade que macula a autuação, pela ausência, expressa, de motivação fática, haja vista que a acusação é sobremaneira genérica.

Prossegue afirmando que a autuação foi efetuada de maneira obscura sendo absurdamente contrária aos preceitos basilares de nosso ordenamento, tais como os princípios da motivação e do devido processo legal.

Fala sobre o princípio da legalidade asseverando que no caso concreto houve somente arbitramento de operações em total desconformidade com o art. 148 do Código Tributário Nacional.

Entende que as multas foram aplicadas em duplicidade e que somente com a prova Pericial poderia se saber se a empresa é devedora ou credora do Fisco. Solicita a realização da mesma e na oportunidade formulará quesitos e indicará assistente técnico

Reitera que a empresa nunca foi excluída do Simples Nacional como estabelecido no inciso I do art. 26 da Lei Complementar nº 123/09. Transcreve o seu teor e dispositivos da Resolução CGSN nº 15, de 23 de julho de 2007 que tratam da exclusão do Simples Nacional e seus efeitos.

Assevera que não há prova nos autos de que a empresa tenha sido excluída do citado Regime, visto que jamais recebeu algum documento ou processo legal, portanto, não tendo ficado caracterizada a correção da exclusão do Simples Nacional não poderia o Fisco lavrar o presente Auto de Infração, que exige justamente os valores relativos aos efeitos da exclusão, quais sejam, os valores do ICMS, nos termos da legislação geral de regência do imposto.

Enfatiza que se a empresa for formalmente excluída do Simples Nacional somente ficará sujeita às normas de Tributação Estadual aplicáveis às demais pessoas jurídicas a partir do período que se processarem os efeitos da exclusão.

Fala sobre a suspensão da exigibilidade do tributo e da multa advinda do Auto de Infração, face a interposição da defesa, transcrevendo o art. 151 do CTN, sendo vedada sua inscrição em dívida ativa.

Fala mais uma vez sobre a Prova Pericial, transcrevendo lições de Luiz Rodrigues Wambier e dispositivos do Código de Processo Civil e reitera o pedido de realização de Perícia.

Finaliza formulando os seguintes pedidos:

- Nulidade do Auto de Infração, por falta de embasamento legal, falta de intimação da empresa, devidamente demonstrado na peça Impugnatória, em concordância ao artigo 49 e seguintes da Lei 12.209/2011;
- Deferimento, sob pena de cerceamento de defesa, de diligência para que lhe seja entregue, em forma de planilhas, discriminando valores originais, valores discriminados com a multa e seu percentual, porcentagem aplicada de acordo com a mercadoria adquirida fora do Estado da Bahia e alíquotas legais.
- Caso não seja acatado o pedido de nulidade solicita limitar a taxa de juros e a Multa, como pactuado na cédula, e expurgar do Auto a quantia que excede o título em consequência;
- Deferimento da Perícia Contábil e a indicação do perito.
- Julgar procedente a sua Impugnação para o fim de determinar o trancamento definitivo do Auto de Infração.
- Protesta por todos meios de prova admitidas especialmente perícia documental e ouvida de testemunhas, dentre outros que se fizerem necessários.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal, fls. 57 a 62, faz um resumo dos argumentos defensivos e após presta os seus esclarecimentos, nos seguintes termos:

Autuado: “A empresa defendente foi autuada, conforme relato da infração datada em 18/07/2017, informando que o representante legal da empresa não foi intimada da Notificação Fiscal, onde ficou sabendo através de terceiros, conseguindo uma cópia no Sefaz instalado no Município de Salvador, Bahia (...) Verifica-se no Termo de Intimação do Auto de Infração, às fls. 3, não consta à assinatura do autuado ou do Representante Legal ou do Preposto da Empresa autuada, bem como não consta nem a data que foi entregue ou supostamente postada, (...) Salientando para Vossa Senhorias que o representante legal da empresa. Como estava no Município de Salvador realizando exames médicos, decidiu procurar o SEFAZ, onde constatou o ocorrido, conseguindo informalmente uma cópia, pois não se daria por citado, visto que não tinha conhecimento dos fatos ali transcritos. ”

[Autuante]: Não procede a alegação do autuado, pois, como pode ser constatado na folha 2 do PAF, o representante legal, Sr. Ricardo Magno Netto Barros, cadastrado como sócio Responsável pela Empresa), assinou e deu ciência ao PAF em 21/11/2017

Autuado: “O Órgão fiscalizador, SEFAZ Estadual, não está procedendo de forma correta com a empresa Impugnante, pois não está dando-lhe os meios para a sua ampla defesa e o contraditório, pois está claríssimo que até a presente data não foi intimada para impugnar o Auto de Infração. ”

[Autuante]: Não procede a alegação do autuado, pois o que está “claríssimo” é que, No corpo do PAF, na folha 2, abaixo da Informação “*Total do Débito*”, consta a Intimação para recolhimento do valor devido ou para apresentar justificção ao PAF, no prazo de 30 dias da data de ciência do mesmo:

Autuado:“*Acrésciente-se que o presente Auto de Infração, em seu tópico, trata da falta de recolhimento do ICMS, SEM AO MENOS INFORMAR QUE A EMPRESA É TRIBUTADA PELO SIMPLES NACIONAL, além do que, a empresa nunca foi excluída do Simples Nacional, portanto, a Secretaria da Fazenda do Estado, não é parte legítima do polo ativo para cobrar esse Tributo, POIS, A EMPRESA RECOLHE PELO SIMPLES NACIONAL CONFORME FAZ PROVA OS DOCUMENTOS EM ANEXO QUE FICAM FAZENDO PARTE INTEGRANTE DESSA DEFESA(...)* Não entendemos qual foi a premissa usada pelo Fisco Estadual para lavrar contra a empresa *Defendente o Auto de Infração, pois nunca foi excluída do Simples Nacional.*”

[Autuante]: Não Procedem as alegações do autuado, ficando evidenciado que, o representante do contribuinte desconhece a Legislação que rege o funcionamento e as obrigações do Simples Nacional relativo ao pagamento de Tributos Estaduais: Os Contribuintes optantes pelo Regime Simplificado de Pagamento do Imposto, simples Nacional, estão sujeitos ao disposto na Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006 (Republicação em atendimento ao disposto no art. 5º da Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)

Explica que o recolhimento do Imposto devido por Antecipação Parcial, sem o encerramento tributação está fora da competência do Simples nacional, devendo ser apurados e recolhidos segundo os dispositivos legais do RICMS/97 e Anexo 88 (vigentes de 01/04/1997 a 31/03/2012) e RICMS/12 e Anexo 1 (Vigente a partir de 01/04/2012), do Estado da Bahia.

Em relação ao fato do Auto de Infração omitir a condição de Simples Nacional do contribuinte, não há procedência na alegação tendo em vista que no cabeçalho do PAF (Folha 01 da Notificação Fiscal em questão) esta informação está explícita:

[Autuado]: Em relação ao cálculo do Imposto, é alegado:

“*O ICMS é tributo afeto ao princípio constitucional da não-cumulatividade, ou seja, para se aferir o valor do tributo devido computam-se todo o crédito havido na operação imediatamente anterior e, no caso vertente, o Fisco Estadual simplesmente identificou os valores supostamente omitidos de venda e aplicou a alíquota de 1,86 (um ponto oitenta e seis por cento) até 17% (dezessete por cento), sem contudo proceder a uma análise contábil no sentido de se verificar quais são os créditos advindos da operação imediatamente anterior.*”

[Autuante]: Não tem nenhuma procedência a reclamação do autuado. A simples análise do “**Demonstrativo 2 -Antecipação Parcial**” (à folha 011 a 018, do PAF e entregue ao contribuinte em cópia física e também em mídia ótica, conforme “Termo de Entrega”, cópia anexa à presente Informação Fiscal) e ao “**Demonstrativo 2.1 – Pagamentos e Créditos Relativos à Antecipação Parcial**” (Folhas 24 a 26, do PAF), além das “Notas Explicativas” (às folhas 20 à 22, do PAF), que demonstram o método de cálculo efetuado na “Memória de Cálculo” do Demonstrativo 2; deixa claro que foram observadas todas as disposições legais previstas no RICMS (Determinação da Base de Cálculo, alíquotas, carga máxima admitida na operação interna, crédito máximo admitido, valores pagos...) para o correto e justo cálculo da omissão de pagamento na Antecipação Parcial.

Conclui que os demais argumentos fazem referências à “Exclusão do Simples Nacional”, “Suspensão da Exigibilidade do Tributo e Multa advinda do Auto de Infração”, “Provas Periciais” etc. assuntos que fogem à Legislação do RICMS relativo a Obrigação do Pagamento da Antecipação Tributária nas Entradas o cálculo correto do imposto a ser pago, objetos principais do Auto de Infração lavrado.

Opina pela Procedência Total do Auto de Infração.

O contribuinte foi cientificado, porém não se manifestou.

Na assentada de julgamento o representante da empresa apresentou uma cópia de Decisão Interlocutória do Juiz da Vara de Fazenda Pública de Jequié concedendo Liminar no sentido de que a Inspetoria de Jequié reativasse a Inscrição estadual do contribuinte.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, não ter recolhido ICMS devido por antecipação parcial em operações de aquisições interestaduais.

Inicialmente destaco que Decisão Interlocutória do Juiz da Vara de Fazenda Pública de Jequié, não traz nenhuma repercussão neste Auto de Infração e não apresenta qualquer impedimento para o prosseguimento do feito.

Na defesa apresentada o autuado alega que o representante legal da empresa não teria sido intimado sobre a lavratura do Auto de Infração. Assevera que à fl. 03 do referido documento não consta a assinatura do seu preposto, nem a data da suposta postagem, contrariando ao disposto no artigo 49 e dispositivos seguintes, da Lei 12.209/2011. Em assim sendo, todo o procedimento é nulo por falta de intimação.

Não assiste razão o autuado pois não é o que observo nos autos. Isto porque na folha 03, citada pelo próprio impugnante, encontra-se aposta a assinatura do Sr. Ricardo Magno Netto Barros, cadastrado nesta SEFAZ como sócio responsável, conforme registros inseridos no sistema INC- Informações do Contribuinte desta secretaria, cuja cópia foi anexada à fl. 58 pelo autuante ao prestar a Informação Fiscal.

Tal documento comprova que o sujeito passivo em 21/11/2017 tomou ciência do Auto de Infração, pessoalmente, conforme previsto no art. 3º, inc. I do RPAF/BA e lhe foi concedido o prazo de 60 dias para apresentação da defesa. Ademais, observo que o Auto de Infração foi formalmente lavrado em obediência ao devido processo legal e na forma do art. 39, RPAF BA (Decreto nº 7.629/99), além do artigo 142, do Código Tributário Nacional – CTN, sendo entregues ao autuado as peças geradas do PAF e necessárias à sua defesa, que a exerceu amplamente, contraditando da forma que melhor lhe aprouve.

Argui, também, o impugnante, inobservância do devido processo legal em razão da fiscalização ter exigido valores apurados pelo sistema normal do imposto, incompatível com a sua condição de optante do Simples Nacional, já que não fora comunicado do seu desenquadramento do referido regime. Caso o fosse o caso de desenquadramento assevera que não foi seguido o rito previsto na legislação.

Verifico que o Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar 123/2006, que estabelece um tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias.

O Art. 13 da referida Lei determina que através de um único recolhimento mensal, o contribuinte efetue o pagamento de diversos impostos e contribuições:

I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ;

II - Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;

IV - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

V - Contribuição para o PIS/PASEP, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

VI - Contribuição Patronal Previdenciária - CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e da empresa

de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º-C do art. 18 desta Lei Complementar;

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

VIII - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS.

Por outro lado o, inciso XIII do §1º do artigo anteriormente citado dimensiona, especificamente as operações alcançadas pelo ICMS que estão excluídas do cálculo do Simples Nacional:

§ 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 ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária (.....);

b) por terceiro, a que o contribuinte se ache obrigado, por força da legislação estadual ou distrital vigente;

c) na entrada, no território do Estado ou do Distrito Federal, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, bem como energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou industrialização;

d) por ocasião do desembaraço aduaneiro;

e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacoberta de documento fiscal;

f) na operação ou prestação desacoberta de documento fiscal;

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;

h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

Já o art. 12-A da lei 7014/96 assim determina:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição. “

Da leitura dos mencionados dispositivos legais constato que o contribuinte tem o dever jurídico de efetuar a antecipação parcial, independente do regime de apuração do imposto, nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, no valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

No caso presente a empresa em nenhum momento foi desenquadrada do Simples Nacional, porém, como arguido pelo sujeito passivo.

Desse modo, não acolho as nulidades suscitadas pois não se encontra presentes no processo qualquer hipótese motivadora de nulidade elencadas nos incisos I a IV do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Em relação à perícia requerida, pontuo que esta tem a finalidade de esclarecer fatos eminentemente técnicos, a ser realizada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o que não é o caso dos autos, já que não é necessário conhecimento especializado para o deslinde da questão, razão pela qual fica indeferida, com fulcro no art. 147, inciso II, alínea “a” do RPAF/BA.

No mérito, como não foram apresentadas quaisquer provas capazes de desconstituir os lançamentos atinentes à infração sob análise, acolho os demonstrativos de apuração de débito elaborados pela autuante, fls. 11 a 18, e concluo pela subsistência do Auto de Infração.

No que diz respeito ao pedido de cancelamento da multa imposta, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158, do RPAF/BA.

Face ao exposto, voto pela Procedência do 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 **196900.0031/17-8**, lavrado contra **RJ COMÉRCIO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS EIRELI - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$106.982,43**, acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II "d" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de julho de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR