

A. I. Nº - 206958.3010/16-2
AUTUADO - EKISOM EQUIPAMENTOS PARA VEÍCULOS LTDA - ME
AUTUANTE - LUCAS XAVIER PESSOA
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 20.12.2018

RETIFICAÇÃO DE RESOLUÇÃO

Retificação da Resolução relativa ao Acórdão nº 0198-04/18, de 06 de novembro de 2018, para fim de inclusão da indicação de interposição do Recurso de Ofício, de acordo com o art. 164, § 3º, do RPAF/99.

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0198-04/18A

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO Comprovado pelo autuante equívocos na apuração do imposto por não considerar valores comprovadamente recolhidos pelo autuado ou retidos pelo remetente da mercadoria. Indeferido o pedido de diligência. Afastada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 19/09/2016, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$117.998,82, em decorrência do recolhimento a menor do ICMS por antecipação total, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, relacionadas nos anexos 69 e 88, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, acrescido da multa de 60%,.. (infração 07.01.04).

O autuado em sua defesa às fls.79 a 82 argui a nulidade da ação fiscal, sob o argumento de que o mesmo foi lavrado desobedecendo à legislação em vigor, não levando em consideração a sua condição cadastral de microempresa enquadrada no Simples Nacional. Portanto não poderia ser autuada como contribuinte no sistema NORMAL.

Explica que apesar de constar equivocadamente no cadastro da SEFAZ/Bahia, como contribuinte do regime Normal (conta corrente fiscal), na verdade, recolhia todos os seus tributos, inclusive ICMS, na condição de enquadrada no Simples Nacional, informação esta de total conhecimento do Fiscal Autuante durante todo o período de fiscalização, inclusive o mesmo cita esta situação.

Diz que conforme Certidão Narrativa, emitida pela 4ª Vara da Fazenda Pública de Salvador e protocolo PGE/2016386483-0 o Autuado, apesar de constar no cadastro na Sefaz/Ba., como contribuinte normal, se comportava e recolhia todos os seus tributos, inclusive o ICMS, na condição de enquadrado no Simples Nacional, conforme a LC 123/2006. Lastreada na exigibilidade suspensa, na cobrança do PAF 088313.0005/02-2, em tramitação judicial na 4ª Vara da Fazenda Pública e mediante a concessão de Liminar, para efetivação de pagamento em Juízo, o que o fez em 90 (noventa) parcelas, tendo na data atual, o crédito fiscal totalmente quitado, aguardando apenas, julgamento do mérito para conclusão do processo, tudo conforme os documentos certidão que diz anexar.

Prossegue informando que a Procuradoria da Fazenda Estadual, tendo conhecimento do processo, inclusive com manifestação nos autos, não fez a devida comunicação a Sefaz/Ba, para dar

conhecimento do processo e liminar, a fim de constar pelo menos que a exigibilidade do crédito tributário se encontrava suspensa e com isto, no cadastro da Sefaz/Ba, constar a condição empresa optante no Simples Nacional.

Salienta que quando da emissão do Termo de Exclusão do Simples Nacional, foi protocolado em 08/12/2008, Recurso Administrativo, com Impugnação do Termo de Exclusão, processo nº212291/2007-9, e até a presente data, está sem análise e emissão de parecer, e desde 15/04/2015 encontra-se com a seguinte informação: “a pedido da unidade”, na PGE/PROFIS/ILHÉUS.

Acrescenta que através do número do processo nº 212291/2007-9 era permitido acessar o portal do Simples Nacional, e efetivar os recolhimentos dos tributos, inclusive ICMS, e prestar as obrigações acessórias inerentes ao Simples Nacional, conforme autorizado pelo artigo 39 § 5º e §6º, da LC 139/2011, cujo teor transcreve.

Assevera que não pode ser duplamente penalizada pela demora no julgamento do processo judicial sob nº 0119651-43.2002.8.05.0001 na 4ª. Vara da Fazenda Pública em Salvador e que apesar de estar protegido e garantida nos seus direitos pela LIMINAR (processo nº140.02.944987-7), em vigor até a presente data e pela inércia no parecer da impugnação ao Termo de Exclusão do Simples Nacional, processo nº 212291/2007-9 e também 271674/2008-0, além da não comunicação da Procuradoria da Fazenda Pública Estadual, para Sefaz/Ba., dando conta da suspensão do crédito tributário.

Pede a nulidade do Auto de Infração a fim de que seja fiscalizado na condição cadastral de empresa optante pelo Simples Nacional.

Caso seja ultrapassada a preliminar de NULIDADE requerida no mérito, passa a contestar a autuação arguindo que as notas fiscais discriminadas no demonstrativo da infração, têm os devidos comprovantes de pagamento anexados, ou então estão com os devidos códigos de operação fiscal e a situação tributária informados nas notas fiscais.

Informa ainda que de acordo com o Protocolo 41/2008 fica atribuído ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas ao ICMS e suas MVA's estão em conformidade com os acordos interestaduais, que se referem as operações de comercialização de autopeças constantes no anexo 88, do RICMS BA.

Diz que no demonstrativo de falta de pagamento do imposto apresentado no auto de infração, no campo de “ICMS Recolhimento”, a maioria dos valores dos impostos recolhidos estão zerados, os valores de ICMS ST retidos nas notas fiscais também não foram informados.

Informa que está anexando uma mídia, em CD, contendo cópia das notas fiscais com os dados digitalizados das Notas Fiscais em que são cobrados os ICMS ST, onde comprova o pagamento do ICMS por antecipação total, efetuadas pelo próprio remetente das mercadorias, não ensejando novo pagamento, uma vez, que a fase da tributação do ICMS já estava encerrada.

Assevera que não foram juntadas pelo fiscal Autuante as notas fiscais e protesta pela juntada posterior de todas as notas fiscais de entradas, assim como, das provas de pagamento, caso esta Colenda Junta, entender oportuno e necessário por parte da Autuada a juntada das mesmas, ressaltando que se trata de notas eletrônicas podendo ser consultadas no próprio site da Fazenda Estadual.

Finaliza formulando os seguintes pedidos:

1. que as decisões sejam encaminhadas ao endereço do representante legal, procurador, do Autuado;
2. realização de diligência junto a Procuradoria Geral da Fazenda Estadual, assim como, na 4ª. Vara da Fazenda Pública de Salvador, a fim de comprovar a veracidade das informações processuais e tramitação dos processos que suspendem o crédito tributário desde 2008, na

esfera administrativa fiscal e judicial, que deram origem ao Termo de Exclusão do Simples, que foi impugnado.

Por fim solicita a improcedência do Auto de Infração.

O autuante ao prestar a informação fiscal à fl. 100 a 102 após fazer um resumo dos argumentos defensivos assevera que a empresa não contestou com especificidade nenhum dos valores, ou datas, ou notas fiscais dentre as arroladas no levantamento cujo demonstrativo está às fls. 9 a 71 do PAF, ou mesmo se este ou aquele produto está ou não submetido à incidência da antecipação total (substituição tributária).

Diz que após examinar a mídia encontrou uma relação vasta de imagens de muitas das Notas Fiscais Eletrônicas citadas no demonstrativo, cujos DANFEs não pode observar por ocasião do levantamento, por defeito técnico do sistema. Assim, após lançamento de todos os valores do ICMS ST efetivamente destacados e/ou presentes nos comprovantes de recolhimento expostos nestas imagens, que afetaram significativamente apenas as exigências de janeiro/2011 a Abril/2013, produziu novo demonstrativo, retirando dele todas as NFEs que resultaram pagas integralmente, bem como aquelas que desde o documento original se encontravam zeradas, para melhor efeito estético do levantamento.

Informa que os aproveitamentos de valores originaram-se apenas das seguintes NFEs:

2011: JAN - 2925, 29925, 960, 29006, 6042, 111835, 17826.

FEV – 3350, 8913, 8456, 649, 990, 2463, 34243, 3349, 8557, 1440, 34492, 2727, 15566.

MAR - 11846, 32937, 4147, 35735, 58619, 58618, 35854, 119285, 36689.

ABR – 37931, 1935, 7061, 1067, 9847, 4190, 777, 3026, 39564, 2767.

MAI – 10560, 1094, 2373, 871, 4849, 576, 884, 41090, 35631, 5697, 3000, 12703, 2241, 966.

JUN – 44191, 52429, 128132, 128134, 951, 5395, 3482, 549, 40561, 44506, 44679,

JUL – 2947, 1199, 3002, 47896, 3048, 1038, 3093, 2597.

AGO - 49416, 11811, 42493, 5940, 50436, 4792, 52086.

SET- 4114, 55526, 807, 35929, 2854, 1263, 15727, 170438, 3951, 870.

OUT – 3085, 45338, 3544, 5692.

NOV – 6607, 3773, 59893, 3835, 1323, 46425, 13826, 46640.

DEZ – 10208, 43999, 63011, 47324, 47234, 1004, 10548, 64309, 8938, 3893, 1767.

2012: JAN – 3733, 2880, 15932, 9869, 48705, 66455.

FEV – 50170, 50424, 3919, 4168, 15812.

MAR – 1100, 13270, 161906, 6441, 11786, 11697, 50723, 1521, 57553, 184743, 5427, 72483, 73526, 2862, 4025.

MAI – 52700, 4356, 4569, 17331, 80974, 78881, 7870.

JUN – 866, 53226, 82043, 83166.

JUL – 174585, 4947, 4684, 54354.

AGO – 55326, 19323, 2799, 1820.

SET – 95432, 26716, 5401, 55862, 3792, 4, 12206.

OUT – 96535, 97107, 28258, 4196, 185932, 186709, 56795, 69204.

NOV – 4205, 36, 101541, 99220.

DEZ – 103419, 103387, 104430, 104491, 104737, 7846, 5498, 22493, 57852, 30546.

2013: JAN – 33774, 17303, 10097, 58325, 23256.

FEV – 78039, 2238, 107899, 35316, 11178.

MAR – 203265, 202279, 202278, 59617, 110991.

ABR – 115503, 114189, 59981, 127291, 467, 8079.

OUT – Nihil. Não havia cobrança no demonstrativo original.

NOV - Nihil. Não havia cobrança no demonstrativo original.

2014: Não apresentada qualquer imagem de nfe.

2015: NOV - Nihil. Não havia cobrança no demonstrativo original.

Presta ainda os seguintes esclarecimentos:

- a) Foram aproveitados os valores integrais do ICMS ST destacado em cada NFE citada na relação acima, ou no respectivo documento comprovador do recolhimento;

- b) Houveram várias imagens de NFE que, apesar de presentes no demonstrativo, estavam com os valores zerados no final. Ou seja, sem exigência original;
- c) No caso de valores ICMS ST destacados a maior que o exigido, foi aproveitado apenas o valor exigido;
- d) Várias NFE apresentadas em imagens não estavam presentes sequer no demonstrativo. Foram ignoradas.
- e) Desprezamos as diferenças remanescentes inferiores a R\$1,00 (um real), por insignificância;
- f) Todos os valores que estão na cor azul, na coluna S (ICMS RECOLHIDO), do novo demonstrativo, referem-se a valores copiados destas comprovações de pagamento da Defesa.
- g) Nos meses em que houve lançamentos desses valores, zeramos o montante registrado na linha relativa a “*recolhimentos SIGAT, Auto de Infração, etc*”, ao final de cada mês, para não gerar duplicidade.

Assim, após todo o exposto, alterou a exigência da Infração 07.01.04 para R\$73.941,34, conforme o novo demonstrativo que anexou em papel e gravado na mesma mídia CD original – fl. 72 do PAF.

Finaliza solicitando a Procedência Parcial do Auto de Infração.

O contribuinte foi cientificado através de AR conforme se verifica no documento anexado às fls. 137 a 138, constando como data de ciência 13/01/2018. Em 05 de fevereiro de 2018 o processo foi encaminhado a este Conselho para julgamento.

Na sessão de julgamento do dia 03 de abril de 2018 esta Relatora tomou conhecimento da manifestação do contribuinte protocolada na Inspetoria dentro do prazo a ele concedido e somente recebida nesta Conselho na realização da sessão de julgamento.

Por esta razão o processo foi convertido em diligência para que o autuante tomasse ciência do mencionado documento às fls. 144 a 149 e se pronunciasse a respeito.

O autuante ao se pronunciar às fls. 155 a 158 diz que pós analisar a mídia Cd de fl. 149 constatou que muitas imagens de notas fiscais e comprovantes de pagamentos já haviam sido considerados desde a cobrança inicial e outras na Informação Fiscal anterior.

Quanto às demais comprovações diz que de fato não foram consideradas anteriormente, razão pela qual elaborou novos demonstrativos às fls. 103 a 136, excluindo as notas fiscais que indicou às fls. 156 a 158.

Após informar que o débito foi reduzido para R\$21.554,58.

O sujeito passivo se manifesta às fls. 204 a 205 reiterando os argumentos defensivos, especialmente os relacionados a pedido de nulidade do Auto e infração.

No mérito diz que em relação ao saldo remanescente de R\$21.554,58 ainda está sendo exigido valores indevidos pois está sendo exigido valores referentes a entrada de mercadorias cujo imposto ST já havia sido retido pelos seus fornecedores.

Ressalta que o destaque do ST era de responsabilidade de seus fornecedores, portanto, sujeitos passivos pelo recolhimento do imposto, cabendo-lhe a comprovação do seu pagamento conforme determina o art. 292, § 1º do RICMS e Lei 7.014/96.

Finaliza ratificando a defesa inicial e requer em caráter preliminar a nulidade do Auto de Infração e no mérito a sua improcedência, em razão de inexistir ICMS a ser recolhido.

VOTO

Inicialmente, observo que não há nenhum óbice a que as intimações também sejam dirigidas ao procurador do recorrente no endereço constante na defesa, entretanto, o não atendimento a essa

solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, em conformidade com o artigo 108 do RPAF/99.

O sujeito passivo requer a nulidade do lançamento de ofício ao argumento de que não foi levado em consideração a sua condição cadastral de microempresa, enquadrada no Simples Nacional. Salienta que ao tomar conhecimento do Termo de Exclusão do Simples Nacional, protocolou em 08/12/2008 Recurso Administrativo, processo nº 212291/2007-9, que até a presente data está sem emissão de parecer, e desde 15/04/2015 encontra-se com a seguinte informação: “a pedido da unidade, na PGE/PROFIS/ILHÉUS.

Não acolho tal argumento, pois o contribuinte foi notificado da exclusão do Simples Nacional em conformidade com a legislação vigente:

A Resolução CGSN nº 94/11 que contém normas específicas para o desenquadramento de ofício de contribuintes inscritos no Simples Nacional (artigos 75 e 76) assim determina:

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

(...)

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 2º Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º).

Assim é que os artigos 326 e 327 do RICMS/12, estabeleceram rito procedural para a exclusão de ofício de empresa do Simples Nacional, como a seguir demonstrado:

Art. 326. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação da microempresa ou da empresa de pequeno porte, na forma determinada em resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional.

Art. 327. Na hipótese de exclusão de ofício, será expedido termo de exclusão e o contribuinte será comunicado da exclusão nos termos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999.

Portanto, foi cumprido o procedimento previsto na legislação, inserido no artigo 327 do RICMS/12 anteriormente transcrito, não tendo este órgão competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual.

Quanto ao PAF nº 088313.0005/02-2 citado pelo defendant, verifico em consulta do sistema desta SEFAZ que o mesmo encontra-se baixado por pagamento, não havendo, portanto, nenhuma relação com o julgamento.

Ademais, não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação das infrações, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar com segurança, a infração e o infrator. Assim, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, não estando presentes no processo qualquer hipótese motivadora de nulidade, elencadas nos incisos I a IV, do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Desse modo, não acolho as nulidades suscitadas.

Quanto ao pedido de realização de diligência, indefiro, com base no art. 147, I, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação à presente lide.

No mérito, observo que o presente Auto de Infração diz respeito ao recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação total, em operações de aquisições interestaduais.

Como esclarecido nas preliminares de nulidade, o sujeito passivo encontra-se cadastrado nesta

SEFAZ na condição de normal. Mesmo que estivesse enquadrado no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, em nada alteraria a forma de cálculo do imposto ora exigido, por se tratar de operações sujeitas ao regime de substituição tributária. Isto porque, em relação ao ICMS, as mesmas estão excluídas do referido regime, devendo consequentemente obedecer a legislação estadual, conforme disposto no inciso XIII, "a", do §1º, do art. 13 da Lei Complementar nº 123.

Na fase de defesa o autuado afirma ser improcedente a acusação fiscal. Diz que o demonstrativo elaborado pela fiscalização não considerou diversos pagamentos por ele efetuados ou não foram observados os códigos de operação fiscal e a situação tributária informada nas notas fiscais. Apresenta mídia eletrônica contendo cópias das notas fiscais em que são destacados os valores do ICMS ST, comprovando o pagamento do imposto pelos próprios remetentes.

O autuante, ao prestar a Informação Fiscal, inicialmente informa que a empresa não contestou com especificidade nenhum dos valores, datas, ou notas fiscais dentre as arroladas no levantamento, ou mesmo se este ou aquele produto está ou não submetido à incidência da antecipação total (substituição tributária), e que após exame da mídia encontrou uma relação vasta de imagens de muitas das Notas Fiscais Eletrônicas citadas no demonstrativo, cujos DANFEs não pode observar por ocasião do levantamento, por defeito técnico do sistema.

Diz que após o lançamento de todos os valores do ICMS ST efetivamente destacados e/ou presentes nos comprovantes de recolhimento, constatou que afetou significamente as exigências de janeiro de 2011 a abril de 2013. Elaborou novos demonstrativos às fls. 103 a 136, reduzindo o valor exigido para R\$73.558,31, que anteriormente era de R\$117.998,82.

Ao tomar conhecimento das alterações promovidas pelo autuante, o sujeito passivo assevera que a fiscalização reconheceu em parte o equívoco cometido por "defeito técnico do sistema," acatando em parte os argumentos e documentos defensivos. Informa estar anexando as demais notas e pagamentos não enviados anteriormente.

Em nova intervenção, o fiscal autuante acata mais uma vez os argumentos defensivos e elabora novos demonstrativos, reduzindo o valor exigido para R\$21.554,58.

Diante do exposto, acato os novos demonstrativos elaborados pelo fiscal autuante, que acertadamente efetuou os ajustes necessários considerando os valores que comprovadamente foram recolhidos pelo contribuinte, ou foram objeto de retenção e recolhimento integral por parte do remetente. Consequentemente, remanesce o valor de R\$21.554,58.

Ressalto que todos os valores retidos pelo fornecedor e acompanhados das respectivas guias Nacionais de Recolhimentos de Tributos estaduais – GNERs, foram excluídos da exigência fiscal, a exemplo da nota fiscal nº 2.925, com data de emissão em 07/01/2011, de acordo com demonstrativo de fl.159.

Observo ainda a existência de situações em que o cálculo efetuado pela fiscalização foi superior ao retido pelo fornecedor. Neste caso, é devida a diferença, tendo em vista que não constam no campo dos referidos documentos "INC. ESTADUAL DO SUBST. TRIBUTÁRIO", qualquer informação, levando-nos a concluir que se trata de fornecedor não inscrito neste Estado.

Em função disso, enquanto não sobrevenha prova em sentido contrário, é absolutamente legítimo deduzir que os remetentes das operações autuadas são pessoas não inscritas no Estado da Bahia, o que resulta na possibilidade de se atribuir ao destinatário a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS ST, incidente nas aquisições listadas no demonstrativo de fls. 159 a 200.

Vale salientar, que o art. 128 do CTN estabelece que a lei pode atribuir a responsabilidade solidária a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação tributária, atribuindo ao contribuinte a responsabilidade pelo cumprimento total ou parcial da obrigação tributária.

No presente caso, o autuado na condição de adquirente, é considerado por lei responsável pelo

recolhimento do imposto razão, pela qual, concluo pela subsistência parcial do Auto de Infração, conforme demonstrativos de fls. 159 a 200.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$21.554,58, consoante totalização mensal inserida no demonstrativo de fls. 159 a 200.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206958.3010/16-2**, lavrado contra **EKISOM EQUIPAMENTOS PARA VEÍCULOS LTDA-ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.554,58**, acrescido das multas 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2019.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR