

PROCESSO - A. I. Nº 217365.0017/17-2
RECORRENTE - SJDR MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELE (SALVADOR PISO) - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0040-05/18
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/07/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0141-12/19

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

INFRAÇÃO 1 – 07.21.02 – Efetuou 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 a agosto e outubro 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 - Efetuou 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.

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a 5ª JJF, decidiu, por unanimidade, pela Procedência da infração com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito.

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 constitucionalidade foi questionada pela ADI 4.233, ainda pendente de julgamento pelo STF. Enquanto não for declarada a constitucionalidade 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. Constatou 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.

Dianete 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.

Inconformado, o Sujeito Passivo por seu Patrono interpõe Recurso Voluntário, às fls. 101/122, aduzindo:

Inicialmente, reitera todos os termos de sua defesa, novamente solicitando que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da Autuada na ação administrativa, tudo conforme poderes especificados na procuração anexada ao PAF.

Suscita a nulidade da decisão recorrida, por supressão de instância. A JJF não analisou a questão contida nos itens 13 e 14 da defesa, especialmente 14, notadamente sobre o tratamento diferenciado previsto na alínea “b” do inciso III do art. 289, do RICMS, bem como no inciso IV do mesmo artigo, cuja aplicação ensejaria menor ônus para o contribuinte e, em segundo plano, acerca de parcelamento do débito apurado.

Refuta que a Junta disse apenas que: “*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, não fazendo sentido a sua alegação.*” (destacamos).

Aponta que a JJF deixou de apreciar alegações pertinentes a apuração do imposto, à carga tributária e à forma de pagamento, ou seja, se omitiu em se pronunciar sobre a interpretação da norma, o que enseja a nulidade da decisão. Cita decisão do CONSEF (A-0040-12/13)

Destaca que a JJF, na apreciação do mérito, deixou também de apreciar as alegações contidas nos itens 16 a 22 da defesa, somente se manifestando sobre os itens 23 a 25 (mesmo assim são avaliação direta), o que igualmente provoca supressão de instância. A JJF disse, tão somente, na sua decisão, que: “*No mérito, o autuado não apontou objetivamente nenhuma falha no demonstrativo que embasaram apenas inferiu que não existe 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 recolhimentos de ICMS relativa à e antecipação parcial, motiva da exigência da Infração 02. Assim, não há porque fazer revisão da autuação.*”

Afirma que não há como efetuar a equiparação com os Contribuintes do Regime Normal, em razão do §º 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.

Salienta que deixou de apreciar importantes matérias de direito suscitadas na defesa, alinhadas nos itens 16 a 22. São inúmeras as decisões do CONSEF determinando, em situações análogas, a nulidade da decisão, valendo transcrever a ementa de apenas uma delas, ressaltando que foi tomada mediante iniciativa da PGE/PROFIS, em sede de controle de legalidade, via Representação ao CONSEF (A-0356-11/05).

Infere ser Nula a decisão, ainda, por cerceamento do direito de defesa, na medida em que a JJF negou o pedido de diligência para esclarecimento dos fatos e para a ouvida da PGE. Os fatos, conforme abaixo será narrado, necessitam de total esclarecimento, notadamente acerca do enquadramento das mercadorias na substituição tributária. Com relação ao solicitado pronunciamento da PGE sobre a matéria de direito, a JJF não fez qualquer menção, provocando clara supressão de instância.

Acrescenta que na improável hipótese de ser superada a questão acima, renova a preliminar de nulidade da autuação, eis que levada a efeito por “autoridade incompetente”, na medida em que o lançamento de ofício é ato privativo dos Auditores Fiscais. Junta Decisão do CONSEF (A-0076-03/12).

Pontua que a matéria foi inclusive objeto de “ação direta de constitucionalidade”, ainda

pendente de julgamento, que contou com os favoráveis pareceres anexos, da OAB, Ministério Público Federal e da Advocacia Geral da União. Assim, inclusive como precaução em favor do Erário, deve ser declarada a nulidade do lançamento, a teor do art. 18, inciso I, do RPAF, o que, por enquanto, permitirá novo e regular procedimento de fiscalização e evitará certo ônus de sucumbência judicial.

Ratifica também a segunda preliminar da ação fiscal e, por via conexa, do Auto de Infração, ante a ausência do necessário “termo de início da fiscalização”. No particular, é verdade que existe no PAF um “termo de intimação para apresentação de documentos”, o que daria suporte ao procedimento de fiscalização, conforme fundamento da JJF. Entretanto, pede que seja observado, como aconteceu em relação ao Auto de Infração nº 217365.0018/17-9, se o referido termo foi assinado por VIVIAN CERQUEIRA DE SOUZA, que é “CAIXA” da empresa, não possuindo conhecimento de causa e, principalmente, poderes para representar a Autuada perante o Fisco Estadual.

Disse que a intimação, portanto, pode ter sido feita de forma irregular, através de pessoa não qualificada e habilitada, estando viciada. Não foi atendido, ao contrário do que concluiu a JJF, o art. 26, III, do RPAF, pois a aludida funcionária, que exerce na empresa a função de CAIXA, não pode ser considerada, notadamente para fins de representação perante o Estado, “preposto ou responsável”. É nula a intimação e, por via conexa, a ação fiscal e o auto de infração, pois o art. 26, III, do RPAF, foi frontalmente atingido. Transcreve Decisão da CJF (A-0326-12/11).

Reitera também, com veemência, a quarta evidência da nulidade do AI ora impugnado, consubstanciada pela ausência de demonstração analítica dos valores apurados. De acordo com o que consta expressamente no corpo do AI, fls. 01, os valores levantados estão na “coluna I do demonstrativo RESUMO 2, 3 e 4” (cópias anexas). Estes foram os únicos demonstrativos aos quais o profissional que subscreve a presente defesa teve acesso, pelo que se conclui não existir a imprescindível demonstração analítica. Caso tenha sido entregue à Autuada, deve existir a prova correspondente, formada pelo recibo firmado nos demonstrativos impressos ou em mídia com acesso devidamente testado. Ou seja, ou a autoridade entrega os demonstrativos analíticos em meio físico e colhe a assinatura de representante legal do contribuinte, devidamente identificado, nos mesmos; ou o faz mediante arquivos magnéticos, mas nesse caso se exige que seja testado o acesso aos dados fornecidos, no momento da intimação acerca do AI, sendo tudo registrado em correspondente recibo. Reproduz decisão que não esclarece se a “mídia” oferecida ao Contribuinte foi testada, mediante certificação de que o Contribuinte teve livre e total acesso aos dados ali contidos do CONSEF (A-0051-13/12).

Acrescenta que existente tal “certificação”, a JJF disse que o recibo de fls. 12 e 13 comprovaria o acesso da Autuada aos DANFs do período fiscalizado, o que também não é suficiente para ensejar segurança à autuação e para permitir o exercício amplo da defesa.

Aduz que os demonstrativos apresentados no AI são SINTÉTICOS; MENSAIS. Não esclarecem se as cobranças foram realizadas pelas datas de emissões das notas ou pela efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento autuado, sendo certo que deveria ser comprovada a segunda hipótese (entrada no estabelecimento). Não foram esclarecidas também as MVAs adotadas para cada produto, sendo certo que várias foram alteradas nos períodos autuados, conforme Decretos nºs 12.242/12 (efeitos a partir de 01/01/13 e 14.550/13 (efeitos a partir de 01/07/13). Além disso, a autuação deveria apresentar a apuração ANALÍTICA, por item de mercadoria, visando se certificar se estariam ou não as mesmas sujeitas ao regime de substituição, conforme PROTOCOLO ICMS 104/09, que “Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno”.

Assevera que o lançamento, portanto, haveria que identificar as mercadorias pelo NCM, atendendo ao restrito enquadramento promovido pelo Protocolo ICMS 104/09. Não o fazendo, não só a apuração se encontra viciada e insegura, como também a defesa prejudicada. E não compete à Autuada, como fez crer a JJF, o saneamento dos vícios na ação fiscal, com a apresentação

objetiva das falhas encontradas. Isso significaria a obrigação de uma total revisão do lançamento, e sem comprovado acesso aos elementos necessários, que a Autuada não pode e nem deve fazer. É NULO, por mais essa motivação, o Auto de Infração.

Sustenta que deve ser renovada, ainda, a quinta questão prejudicial, eis que, inclusive, não foi integralmente apreciada pela JJF. Requer a nulidade da autuação, diante da ausência de nexo entre a acusação descrita às fls. 01 do AI e o enquadramento adotado (item 01) Às fls. 01 o Sr. Autuante diz que a Autuada haveria recolhido a menor ICMS por antecipação, decorrente de aquisições provenientes de fora do Estado. Já o enquadramento legal não condiz com o fato narrado. O art. 34, inciso III, da Lei 7.014/96, apenas se refere à obrigação “genérica” de pagar o imposto. O fato especificado no AI, portanto, haveria que se encontrar fundamentado no art. 289, § 1º, inciso III, do RICMS/12, ou seja, haveria que existir nexo entre o fato e o enquadramento legal para a exigência do ICMS.

Explica que o art. 289, § 1º, inciso III, do RICMS/12, diz respeito ao ajuste de estoques quando determinada mercadoria vem a ser enquadrada no regime de substituição tributária, o que não se verifica no caso presente e não se encontra descrito no AI como fato gerador. A questão envolve, inclusive, a apuração da base de cálculo, já que na hipótese do dispositivo dado como infringido, a alínea “b” do inciso III prevê tratamento diferenciado, com a aplicação, simplificada, da alíquota de 5% (e é claro que haveria que se adotar a medida menos onerosa). O inciso IV, do mesmo diploma, ainda se reporta a “parcelamento” do valor apurado.

Esclarece que não existe qualquer relação entre o fato e o direito aplicado, o que enseja a nulidade do lançamento, como decide (inclusive historicamente) o CONSEF (A-0244-03/14; A-0332-12/14; 0004-12/15; A-0286-11/15; A-0217-04/14; A-0006-11/09).

No mérito, destaca novamente que a JJF não apreciou as alegações da defesa, deve ser repetido que, EM TESE (diante dos vícios apontados acima na apuração), a Autuada, é optante pelo “Simples Nacional”, estando sujeita, por força do disposto no art. 321, inciso VII, “b”, do RICMS (ordem oriunda da Lei Complementar 123/06), do pagamento da “antecipação tributária, total e parcial” sobre suas aquisições interestaduais para revenda.

Diz que, como citado no AI é Contribuinte do SIMPLES NACIONAL, como EPP - optante pelo Regime Especial Unificado de Apuração de Tributos e Contribuições – SIMPLES NACIONAL. Como tal, e para tanto, possui limitações no faturamento, ou seja, na geração de receitas, não pode fazer uso de créditos fiscais, não estando alcançada pelas disposições da Lei nº 7.014/96. Em verdade, fica duplamente onerada, pagando o ICMS sobre sua receita e, no caso da substituição, pelas aquisições. Transcreve o art. 321, VII, do RICMS.

Salienta que sem encerramento da tributação (antecipação parcial), hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor, sem prejuízo das reduções previstas nos arts. 273 e 274.

Frisa que o contribuinte do SN, 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 recessiva carga de ICMS.

Diz que não se pode negar, assim, mesmo optante pelo Simples Nacional, a norma faz uma rigorosa exceção, atribuindo ao Contribuinte do SN obrigação própria daqueles que se encontram no regime normal de apuração. Significa que, em relação ao fato que dá origem à obrigação do pagamento da antecipação (aquisição interestadual), o contribuinte do SN é equiparado ao contribuinte do regime normal.

Sustenta que deve ser analisado que a obrigação de pagamento da “antecipação tributária”, na prática, implica 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.

Reclama que se mantenha a contraditória e onerosa cobrança, em relação a Contribuinte cujo

espírito da lei prevê medidas de “proteção”, feita a equiparação, 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.

Aborda nas questões prejudiciais, o RICMS previa, para os fatos narrados no AI, fórmula de cálculo mais benéfica, conforme art. 289, § 1º, III, “b”, do RICMS, mencionado pelo próprio Autuante como enquadramento legal, que então deveria ser aplicada.

Assinala que a Lei nº 7.014/96, ao prever a multa por infração, nos casos de não pagamento da antecipação (60%, conforme art. 42, inciso II, “d”), no parágrafo primeiro do art. 42, determina 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. Nesse caso se aplica apenas a multa de 60%, sobre o valor do imposto.

Frisa que se a lei equipara o contribuinte do SN para fins de pagamento da antecipação, e o faz lhe impondo fato gerador próprio do regime normal, a “sequência” da norma, parte punitiva, também deve ser aplicada por equiparação, inclusive a teor do art. 112, incisos I a IV, do Código Tributário Nacional. O Contribuinte do SN paga o ICMS sobre suas vendas, mesmo agindo, na hipótese específica, de acordo com a carga que lhe é atribuída por lei. Por isso mesmo, a parte infracional do sistema legislativo não pode ser analisada de forma apartada, lhe impondo ônus maior ainda.

Registra 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.

Aponta que a tributação pelas saídas, colocada em dúvida pela JJF, é inerente à própria autuação, eis que nenhuma oposição a tal fato foi registrada. A Autuada, assim, até que se prove o contrário, goza da presunção legal de que suas vendas foram tributadas, dentro, é claro, do seu regime de apuração, como aliás consta nos dados que a mesma forneça eletronicamente à SEFAZ.

Protesta 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 a comprovação das aquisições, origens, bases de cálculo, MVAs e datas das ocorrências, a Autuada pede pelo provimento do presente recurso e, consequentemente, pela nulidade da decisão recorrida ou NULIDADE ou IMPROCEDÊNCIA da ação fiscal e do Auto de Infração, ou, no máximo, que lhe seja aplicada a multa de 60%, conforme fundamentação legal esposada, sobre os valores que comprovadamente, via instrução do PAF, se provarem devidos.

O conselheiro Marcelo Mattedi e Silva declarou impedido no julgamento devido ter composto a JJF na decisão de primeiro piso.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo Contribuinte, através o seu Patrono, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, d o Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

O Recurso interposto tem como fulcro apresentar as razões de insurgência em face da Decisão de primeiro grau que julgou Procedente o lançamento cujas imputações são de ter o sujeito passivo efetuado recolhimento a menor, ou deixado de recolher, ICMS por antecipação ou substituição

tributária, na condição de empresa optante pelo SIMPLES NACIONAL, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de fora deste Estado, nos meses de 2013 a 2016, para exigir o recolhimento do tributo no valor total de R\$102.123,61, acrescido da multa de 60%.

Quanto à alegação preliminar de falta de competência do agente fiscal, não merece ser acolhida, pois o lançamento foi realizado por um servidor da SEFAZ/BA, ocupante do cargo de Agente de Tributos, cuja competência legal está assegurada no art. 107, §§ 1º e 3º do COTEB, cujos textos reproduzo abaixo.

“Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.

§ 1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.

...
§ 3º Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional (grifos acrescidos).

Assim, considerando que a empresa autuada é optante pelo Simples Nacional, não restam dúvidas de que a autoridade fiscal estava investida da competência legal para constituir o crédito tributário ora questionado.

Quanto à alegação de que a signatária do termo de intimação para apresentação de documentos, funcionária Vivian Cerqueira de Souza (ocupante da função de caixa), não possuía poderes para representar a Autuada perante o Fisco Estadual, é importante destacar que a científicação do Sujeito Passivo não representa um ato de manifestação de vontade, não dependendo de qualquer autorização da empresa para que produza efeitos. Nesse sentido, o RPAF previu a possibilidade de que pudesse ser dada por qualquer preposto da empresa, conforme art. 26, inciso III, abaixo reproduzido.

“Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

...
III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;
...”

Ora, possuindo vínculo empregatício com o estabelecimento autuado, como foi confessado pela própria empresa, estava, por consequência, apta a assinar o termo de início citado.

Ainda em sede de preliminar, quanto à alegação de que o auto de infração omitiu a carga tributária aplicada, ou mesmo, não apresentou os demonstrativos de débito analíticos, noto, pelo exame dos autos, que o lançamento fiscal se encontra devidamente estribado nos demonstrativos analíticos, contidos no CD entregue ao Contribuinte (FOLHA 11), demonstrativo este que detalha a carga tributária aplicada para apuração do tributo devido, o que afasta a pretensão recursal neste ponto.

Verifico, ainda, que a Recorrente suscita preliminarmente a nulidade da decisão recorrida por suposta supressão de instância, tendo em vista que o Julgador não teria analisado a quinta questão prejudicial apresentada em sede de defesa, relativa à Infração 01, onde, a seu ver, haveria que existir nexo entre o fato e o enquadramento legal. Aponta que a Junta disse apenas que: *“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, não fazendo sentido a sua alegação”*.

Não vejo como acatar esse questionamento, posto que a análise do julgador, transcrita pelo próprio Recorrente, embora sucinta, é objetiva e está correta, tendo em vista que, de fato, aponta o nexo entre a Infração e o seu enquadramento, a falta de tal exegese não comprometeu o julgamento ora recorrido, tendo em vista a clareza da autuação e dos respectivos dispositivos legais que lhes dão suporte eis que o disposto no artigo 289 é claro e correlato à autuação, quando assim dispõe:

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.

§ 1º Os contribuintes atacadistas, revendedores e varejistas, deverão, a fim de ajustar os estoques de mercadorias por ocasião de inclusões no regime de substituição tributária, adotar as seguintes providências:

(...)

b) tratando-se de contribuinte optante pelo simples nacional, a alíquota prevista na legislação para cada mercadoria, compensando-se com o crédito destacado na nota fiscal de aquisição ou, de forma simplificada, o percentual de 5% (cinco por cento) sem a utilização de qualquer crédito.

A Recorrente aponta ainda que a Junta deixou de se pronunciar sobre a interpretação dessa norma e, na apreciação do mérito, deixou de apreciar as alegações contidas nos itens 16 a 22 da sua Impugnação, o que, a seu ver, provocaria supressão de instância.

Vejo que, em seguida e contrariamente a essa assertiva, a Recorrente transcreve excerto do Voto do i. Relator da decisão em lide que destaca o fato de que o Autuado não teria apontado objetivamente nenhuma falha no demonstrativo (...) e que lhe caberia, se fosse o caso, indicar os supostos erros capazes de reduzir ou elidir a infração, mas efetuou apenas suposições genéricas.

Ainda em relação às nulidades, alega que o Julgador deixou de apreciar matérias de direito suscitadas na sua defesa, alinhadas nos itens 16 a 22, com inúmeras decisões deste CONSEF, determinando em situações que considera análogas, inclusive nulidade de Acórdão desta instância decorrente de iniciativa da PGE/PROFIS, em sede de controle da legalidade.

Em relação às inúmeras decisões deste CONSEF, apresentadas nas razões recursais do Contribuinte para servir de parâmetro às nulidades que arguiu, cotejando-as em relação à autuação e à decisão ora recorrida, não vejo como aproveitá-las, quer por se tratar de fatos e situações diferentes das que se verifica no presente feito e, sobretudo, pela clareza solar do enquadramento legal das infrações que lhe foi imputada e reconhecida pela própria Autuada.

Diante dessa constatação, devo ainda destacar que se pode verificar nos autos que, tanto na Decisão de Piso, quanto na Autuação foram observados os requisitos previstos no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, e inclusive a comprovação de entrega de todos os demonstrativos e planilhas elaboradas na autuação, o que proporcionou ao Patrono do Contribuinte exercer ampla e competente defesa e o contraditório.

Quanto ao específico pedido de ouvida da PGE/PROFIS sobre a matéria de direito que embasa o presente PAF, o indefiro, nos termos do Art. 147, I, “a” e “b”, e II, “b”, do RPAF/99, por considerá-la desnecessária, tendo em vista não caber dúvida quanto ao seu enquadramento no disposto do Artigo 42 da Lei 7.014/96 regulada pelo Artigo 289, § 1º, III, do RICMS, além do que, na assentada de Julgamento deste Recurso, o representante da Procuradoria certamente prolatará seu Parecer sobre a questão posta.

Quanto ao mérito, vejo que a Recorrente não contesta o cometimento das infrações que lhes foram imputadas, inclusive reconhece que a sua condição de optante pelo regime do SIMPLES NACIONAL não o exclui da incidência do ICMS realtivo a antecipação tributária e não apontou objetivamente, nenhuma falha nos demonstrativos que embasaram a autuação, apenas concentrou suas razões recursais na arguição das nulidades já devidamente enfrentadas e para requerer que, caso existam valores efetivamente devidos a título de antecipação total ou parcial, lhe seja concedido tratamento igualitário ao contribuinte optante pelo regime normal de apuração do ICMS, com a exclusão do tributo exigido na autuação em lide, imputando-lhe apenas a multa de 60% sobre o montante do imposto apurado.

Todavia, mesmo considerando que deveria haver um tratamento menos oneroso ao Contribuinte optante ao regime do Simples Nacional, quanto à eventual falta de recolhimento do ICMS devido à título de antecipações nas aquisições de mercadorias adquiridas fora deste Estado, cabe à este CONSEF, julgar de acordo com o que determina a Legislação pertinente, não vejo portanto como aplicar-lhe o tratamento destinado ao contribuinte optante pelo regime normal de apuração do

tributo, conforme já especificado pelo Julgador da Decisão de piso, na conclusa de seu voto, cujo teor transcrevo, a seguir:

“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 pelo NÃO PROVIMENTO do Presente Recurso Voluntário por considerar PROCEDENTE o Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 217365.0017/17-2, lavrado contra **SJDR MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI (SALVADOR PISO) - EPP**, devendo ser intimado o recorrente 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, 16 de maio de 2019.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS