

A. I. Nº - 152701.0261/18-3
AUTUADA - SIGNCENTER COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI – EPP
AUTUANTE - ELENILTON DE JESUS SOARES
ORIGEM - IFMT-SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 18.03.2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0015-05/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO E INAPTO NO CADASTRO ESTADUAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. VÍCIO INSANÁVEL. DECRETAÇÃO DA NULIDADE DE OFÍCIO. Caracterizada nulidade do lançamento. Descrição da infração e enquadramento legal em total desconformidade com os demonstrativos e com os fatos efetivamente apurados na ação fiscal. Vício formal insanável, acarretando a nulificação do ato administrativo. Recomendação para que se proceda à renovação da ação fiscal visando a formalização de novo ato de lançamento. Auto de Infração **NULO** de pleno direito. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 27/08/2018, no trânsito de mercadorias, para exigência de ICMS no valor histórico de R\$36.098,86, contendo a seguinte imputação fiscal:

Infração 01 – 54.05.10 – *Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.*

No campo “Descrição dos fatos” da peça de lançamento foi inserida a seguinte informação: “O contribuinte acima qualificado, na condição de empresa DESCREDENCIADA junto ao CAD-ICMS/BA, deixou de pagar voluntariamente o ICMS referente à aquisição interestadual de mercadorias (mercadorias diversas), oriundas do Estado do Paraná e destinadas à comercialização no Estado da Bahia, com se infere dos DANFES nºs 66074 e 66076, emitidos em 24/08/2018 e Hardy Copy SEFAZ/BA – cópias colacionadas (fls. 7/8)”.

O contribuinte foi notificado do lançamento em 10/10/2018, através dos correios, via A.R. (aviso de recebimento) e ingressou com defesa administrativa protocolada em 07/11/2018, peça processual juntada às fls. 30 a 37 dos autos.

Ao discorrer acerca dos fatos que resultaram na presente autuação, a defesa declarou que o Decreto nº 8.969 de 13/02/04 regulamentou a Lei nº 8.967 de 29/12/03 que instituiu no Estado da Bahia a cobrança da Antecipação Parcial do ICMS, quando das aquisições interestadual de mercadorias destinadas à comercialização no Estado da Bahia. Frisou que o dispositivo legal entrou em vigor em 01/03/2004.

Ressaltou que a Antecipação Parcial do ICMS consiste na diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, quando das entradas de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária adquiridas fora do Estado para fins de comercialização.

Transcreveu em seguida o conteúdo do artigo 13 da Lei Complementar nº 123/2006, que trata do regime de tributação do Simples Nacional, com a seguinte redação:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

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

II - Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI [...];

III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;

IV-Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social COFINS, [...];

V - Contribuição para o PIS/Pasep, [...];

VI- Contribuição Patronal Previdenciária - CPP, [...]

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;

Disse que em se tratando de empresas optantes pelo Regime do Simples Nacional, é ilegal e incompatível, estender a inclusão das mesmas na regra da Antecipação Parcial do ICMS considerando que esse regime de tributação fere frontalmente o Princípio da não cumulatividade do ICMS, ou seja, o contribuinte optante pelo Simples Nacional, paga o imposto antecipado e não tem, pela natureza do próprio Regime Fiscal do Simples, condições de compensar o que foi devido, em cada operação relativa à circulação de mercadorias, com o montante cobrado nas operações anteriores, procedentes de outros Estados da Federação. Ou seja, efetivar o débito e o crédito fiscal, onde se abate do montante devido pelo contribuinte, o valor pago por este, em etapas anteriores quando de suas compras de mercadorias, destinadas à comercialização; e, nesta equação do débito e crédito fiscal, o contribuinte compensa o valor da Antecipação Parcial do ICMS.

Enfatizou que só podem usufruir da compensação da Antecipação Parcial do ICMS aqueles contribuintes do Regime Normal do ICMS, onde a conta corrente fiscal (débito e crédito), por natureza do Regime, apura o que se pagou antecipado.

Assim sustenta ser patente a completa ilegalidade e inconstitucionalidade praticada pelo Estado, na sanha da arrecadação, trombando com o Princípio claro e evidente da **não cumulatividade** do ICMS, exigindo a Antecipação Parcial para os optantes do Simples Nacional;

Destacou ainda que além da cobrança em testilha ferir o Princípio da não cumulatividade para os optantes do Simples Nacional, atenta, também, diretamente contra o Princípio do **bis in idem**, no âmbito do direito tributário, quando o Estado cobra ICMS do mesmo contribuinte, pela antecipação, visto que já se paga ICMS no sistema do Simples Nacional, quando do seu faturamento.

Argumenta que a LC 123/2006 prevê o recolhimento do Simples pelo Documento de Arrecadação Simples - DAS, dos impostos elencados conforme anexo I, dos optantes pelo Simples de atividade comercial, caso específico da Impetrante, conforme tabela progressiva, por tributo, reproduzida à fl. 33 dos autos.

Nesse contexto a defesa argumenta que não há previsão do pagamento de ICMS em duplicidade, através do recolhimento por Antecipação Parcial, e depois, através de incidência do mesmo tributo sobre o faturamento da empresa.

Reproduziu na peça impugnatória a Decisão Judicial originária do Processo nº 0063252-59, proferida pelo juiz de direito de Guaxupé - MG, Dr. Milton Furquim. Nessa decisão, o citado magistrado teceu considerações e fundamentações extensivas sobre a matéria em comento, reconhecendo a ilegitimidade da cobrança do ICMS Antecipado, incidente sobre as operações Interestaduais das empresas comerciais, optantes pelo Simples Nacional.

Abaixo a reprodução do inteiro teor dos trechos da decisão judicial, inseridos na peça de defesa:

Juiz Direito Vara Civil Infância e Juventude na TJMG

Processo nº 0063252-59

Mandado Segurança ICMS Aquisição Mercadoria Interestadual Bitributação

Impetrante: L. M. Pereira Comercial Ltda. ME

Impetrado: Chefe Administração Fazendária Estadual de Guaxupé

“Vistos, etc.

*Tem-se inicialmente, Mandado de Segurança impetrado por L. M. Pereira Comercial Ltda. ME, contra ato da autoridade coatora **Chefe Administração Fazendária Estadual de Guaxupé**, consistente na exigência de pagamento antecipado do ICMS nas operações interestaduais efetuadas pela Impetrante, alegando assim, a incompatibilidade de tal exigência prevista no art. 1º do Decreto Estadual nº 44.650/07 com a Lei Complementar nº 123/2006 que institui o regime do simples nacional, caracterizando desta forma sua inconstitucionalidade, eis que fere o princípio da não-cumulatividade. Após discorrer sobre direito que entende aplicável ao caso, pleiteou medida liminar para que a autoridade coatora, se abstenha de cobrar o ICMS antecipado, bem como, para que seja autorizado realizar o depósito judicial dos valores vincendos e controversos relativos à antecipação do ICMS. No mérito, pleiteia a concessão de segurança em definitivo, declarando a ilegalidade e inconstitucionalidade de tal exigência.*

Em análise dos autos, observa-se que a controvérsia instaurada, tem relação direta com a discussão acerca da possibilidade de cobrança de ICMS antecipado a empresa optante do simples, com fulcro no art. 1º do Decreto Estadual n. 44.650/07 e art. 13, § 1º, XIII, g, da Lei Complementar n. 123/06.

Pois bem.

Ocorre que a Impetrante é empresa de pequeno porte que, nos termos da lei complementar n. 123/2006, aderiu ao simples nacional, estando sujeita ao recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, de diversos impostos, dentre os quais o ICMS (art. 13, inciso VII, da referida lei).

*Utilizando-se da prerrogativa prevista no § 1º, inciso XIX, alínea g do supracitado dispositivo legal, o Estado de Minas Gerais publicou o Decreto Estadual n. 44.650/07, estabelecendo no art. 42, par. 14, do RICMS/02. Contra o qual a Impetrante se insurge: “**par. 14. O contribuinte enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte que receber em operação interestadual mercadoria para industrialização, comercializada ou utilização de prestação de serviço fica obrigado a recolher, a título de antecipação do imposto, o valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, observado o disposto no inciso I do par. 5º e no par. 9º do art. 43 deste Regulamento**”.*

Apesar de plenamente admitida a antecipação tributária pelos tribunais superiores, vê-se discutindo a constitucionalidade da antecipação tributária para as empresas optantes do simples nacional. Defende-se que a impossibilidade, quando do recolhimento mensal pelo simples, da compensação do ICMS pago deforma antecipada viola os princípios de não cumulatividade e da vedação à bitributação, além de gerar uma desvantagem das microempresas e das empresas de pequeno porte ao concorrerem com os demais contribuintes.

A criação do simples nacional objetivou, justamente, criar uma sistemática de tributação simplificada, mais adequada à estrutura das microempresas e das empresas de pequeno porte.

*Diante disso, vem-se indeferindo a suspensão das decisões liminares que determinaram o afastamento dos pagamentos antecipados para as empresas optantes pelo simples nacional, em decorrência do risco de dano irreparável reverso, consoante decisão proferida pelo então presidente do STF, infra citada: “**DECISÃO: Trata-se de pedido de suspensão de segurança formulado pelo Estado do Pará, originalmente perante o Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de sustar os efeitos do acórdão prolatado pelas Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, que, nos autos do Mandado de Segurança nº 2009.3.010655-2, reconheceu o direito líquido e certo de diversas empresas ao não recolhimento da exação instituída pelos Decretos Estaduais nº 1.717/2009 e nº 1.812/2009. Segundo o relato da petição inicial, diversas associações de microempresas e de empresas de pequeno porte impetraram mandado de segurança coletivo, com pedido de medida liminar, a fim de que fosse declarada a inconstitucionalidade da submissão das empresas optantes pelo SIMPLES NACIONAL ao regime de antecipação do ICMS instituído pelos Decretos nº 1.717/2009 e nº 1.812/2009. (...) Decido. A base normativa que fundamenta o instituto da suspensão***

(Leis nº 12.016/09, nº 8.437/92, nº 9.494/97 e art. 297 do RI-STF) permite que a Presidência do Supremo Tribunal Federal, a fim de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspenda a execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais, quando a discussão travada na origem for de índole constitucional Assim, é a natureza constitucional da controvérsia que justifica a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar o pedido de contracautela, conforme a pacificada jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl-AgR nº 497, ReL Carlos Velloso, DJ 6.4.2601; SS-AgR nº 2.187, ReL Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS nº 2.465, Rei Nelson Jobim, DJ 20.10.2004. Na ação de origem, discute-se a interpretação e a aplicação dos arts. 150, I, II; 155, VII, VIII, da Constituição. Não há dúvida, portanto, de que a matéria discutida na origem reveste-se de índole constitucional Feitas essas considerações preliminares, passo à análise do pedido, o que faço apenas e tão somente com base nas diretrizes normativas que disciplinam as medidas de contracautela. Ressalte-se, não obstante, que, na análise do pedido de suspensão de decisão judicial, não é vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um juízo mínimo de delibação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte, da qual se destacam os seguintes julgados: SS-AgR 846, Rei Sepúlveda Pertence, DJ 29.5.96; SS-AgR 1.272, Rei Carlos Velloso, DJ 18.5.2001. O mencionado juízo de delibação dos elementos da causa não se revela apenas possível, mas necessário à aferição da existência de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, pois, como bem salientou o Ministro Sepúlveda Pertence, (...) ainda que não se cuide de recurso, o deferimento do pedido de suspensão de segurança não prescinde de todo da delibação do mérito da controvérsia subjacente à decisão concessiva da liminar ou do mandado de segurança. Com efeito, não obstante suas peculiaridades, a suspensão de segurança é medida cautelar: visa, afinal de contas, a salvaguardar dos riscos da execução provisória do julgado os qualificados interesses públicos - os relativos à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas - que a justificam, com vistas à eventual reforma da decisão mediante o recurso cabível.

Por isso, tenho acentuado: se, de plano, se evidencia a inviabilidade do recurso interposto ou anunciado, perde sentido a suspensão da segurança concedida (...) (SS 1.001, DJ21.03.1996). Nesse sentido, revela-se plausível o entendimento segundo o qual a decisão impugnada não teria violado a ordem ou a economia públicas, mas apenas resguardado o direito fundamental dos contribuintes à observância do princípio da legalidade tributária (art. 150, I, da Constituição). Isso porque, conforme afirmado na referida decisão, não é despropositado entender que os Decretos Estaduais nº 1.717/2009 e nº 1.812/2009 promoveram, de fato, o aumento da carga tributária incidente sobre as microempresas e empresas de pequeno porte localizadas Estado do Pará. Tal afirmação é corroborada, inclusive, pela argumentação desenvolvida pelo requerente na petição inicial, que se baseia, quase que exclusivamente, na suposta redução de receita do ente estadual Ademais, vislumbro, em um juízo preliminar, a existência de lesão à economia pública não na manutenção da decisão impugnada, mas na suspensão de seus efeitos, haja vista que o referido aumento abrupto na carga tributária não parece, a priori, compatível com as finalidades do SIMPLES NACIONAL, com consequências gravosas ao funcionamento das micro e pequenas empresas localizadas no Estado do Pará. Ante o exposto, indefiro o presente pedido de suspensão de segurança. Publique-se. Brasília, 23 de março de 2010. Ministro GILMAR MENDES Presidente (SS 4134, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO (Presidente), julgado em 24/03/2010, publicado em DJe-059 DIVULG 05/04/2010 PUBLIC 06/04/2010) ”.

Diante do exposto, concedo a liminar, por reconhecer a ilegitimidade da cobrança do ICMS antecipado incidente sobre as operações interestaduais, com a cobrança do diferencial de alíquota, praticadas pela Impetrante vez que a mesma já recolhe o Imposto através do SIMPLES NACIONAL, bem como para determinar que a autoridade coatora se abstenha de exigir o ICMS antecipado quanto à Impetrante nas aquisições (entradas) de mercadorias em operações interestaduais para comercialização pela Impetrante, bem como que se abstenha de impor restrições como lavratura de auto de infração, termo de

*apreensão ou outras medidas, pelo objeto alcançado por esta demanda. Atribuo ao feito o segredo de justiça. Autorizo o Impetrante a efetuar o depósito judicial do montante integral do ICMS até solução definitiva. Ato contínuo, dê-se vista ao Ministério Público. Sem custas. Sem Honorários.
Intimem-se.
Guaxupé, 19/09/17.
Milton Biagioni Furquim
Juiz de Direito”*

Ressaltou ainda a defesa que próprio Ministério Público do Estado da Bahia já se manifestou sobre a matéria, em processo requerido pelo CRC-BA (Conselho Regional de Contabilidade Seção Regional da Bahia), conforme extrato noticioso apensado às fls. 41/42.

Ao finalizar a peça de defesa o contribuinte formulou os seguintes requerimentos:

- 1 - Que, o referido auto seja desconsiderado, pelas razões de fato e de direito acima expostas;*
- 2 - Que seja suspensa a exigibilidade do crédito tributário, até o julgamento do mérito no âmbito administrativo deste Egrégio Conselho;*
- 3 - Que seja suspensa também a exigibilidade do referido crédito até o julgamento definitivo do mandamus que tramita na 3ª Vara da Fazenda Publica-Salvador sob o número 0548504-35.2018.8.05.0001 (documento anexo).*

Foi prestada informação fiscal em 23/11/2018, peça processual acostada às fls. 46/50 dos autos.

O autuante inicialmente destacou que o A.I. em exame preencheu todos os requisitos legais para a sua validade, não incorrendo em qualquer tipo de nulidade, especialmente em relação às hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

Após transcrever as disposições contidas no art. 13, § 1º, inc. XIII, letra “g” da LC 123/2006, o autuante declarou que o RICMS/12, em sintonia com o que está disposto na referida lei, dispõe em diversos dispositivos (art. 321, inc. VII, letra “b” e § 1º art. 322, § 2º) que o ICMS - Antecipação Parcial é devido, no trânsito de mercadorias, nas operações de aquisição de mercadorias destinadas à comercialização por contribuinte descredenciado, não havendo na norma qualquer ressalva quanto ao regime de tributação adotado pelo sujeito passivo, estando submetidos a esse regramento inclusive os contribuintes inscritos no Simples Nacional.

Argumentou que a peça defensiva do contribuinte tem fins meramente procrastinatórios e que não cabe ao agente autuante apreciar questões relacionadas à ilegalidade da exigência fiscal.

Pede ao final pela total PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide, contém em sua descrição fática a acusação de falta de recolhimento do ICMS a título de antecipação tributária total, alcançando operações de aquisições de mercadorias enquadradas na legislação interna no regime de substituição tributária, promovida por contribuinte descredenciado no cadastro do ICMS do Estado da Bahia.

Segundo consta na peça acusatória, o contribuinte deixou de pagar voluntariamente o imposto no posto fiscal de trânsito de mercadorias, em relação a produtos originários do Estado do Paraná, acobertadas pelos DANFES nºs 66074 e 66076, emitidos em 24/08/2018, cópias colacionadas (fls. 7/8).

O agente autuante enquadrou os fatos descritos na peça acusatória na lei de regência do ICMS no Estado da Bahia (Lei nº 7.014/96), nos seguintes dispositivos: *art. 8º, § 4º, inc. I, art. 23, § 6º e arts. 32 e 40*, que estão relacionadas à situação em que as operações de circulação de mercadorias são destinadas para contribuinte não inscrito ou descredenciado no Cadastro do ICMS estadual.

Observo que em desconformidade com a descrição dos fatos estampada no Auto de Infração, a cobrança, em verdade, se refere ao ICMS - Antecipação Parcial, abarcando operações de entrada de mercadorias submetidas à tributação normal, por estabelecimento inscrito no regime de tributação

simplificado (Simples Nacional). Portanto, a descrição fática do Auto de Infração que faz referência a aquisições de produtos enquadrados no regime de substituição tributária, com encerramento da fase de tributação, não está em conformidade com os demonstrativos gerados na peça de lançamento (doc. fl. 11), e com as razões expostas pelo agente autuante na fase de informação fiscal (fls. 46/50).

A citada desconformidade viola norma expressa do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Dec. nº 7629/1999, que estabelece no seu art. 39, incs. III e IV, os seguintes comandos:

Art. 39 – O Auto de Infração conterá:

(...)

III – a descrição dos fatos considerados infrações das obrigações tributárias, principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta;

IV – o demonstrativo do débito tributário, discriminado, em relação a cada fato.

Observe ainda que a legislação processual administrativa (art. 19, do RPAF/99), somente retira a possibilidade de decretação de nulidade pelo órgão julgador se houver erro de enquadramento legal, permanecendo incólume a descrição fática que deve ser precisa e em conformidade com o que se verificou efetivamente no caso concreto.

No presente caso, conforme já exposto acima, a descrição do fato considerado infração, é totalmente distinto do que foi apurado na ação fiscal, o que acarreta a nulidade do lançamento, por vício insanável do ato administrativo.

Somente através da formalização de novo ato de lançamento, poderá a administração pública corrigir a falha apontada, possibilitando assim que o processo administrativo siga seu curso sem comprometimento da futura formação do título executivo, visando à efetiva cobrança do crédito tributário.

Pelas razões acima expostas, nosso voto é pela NULIDADE do Auto de Infração.

Recomenda-se à autoridade administrativa competente, que proceda à renovação da ação fiscal a salvo das falhas formais acima apontadas, a ser desenvolvida pela fiscalização de estabelecimentos, considerando que os fatos apurados no trânsito de mercadorias, não são mais passíveis de recomposição.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **152701.0261/18-3**, lavrado contra **SIGNCENTER COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI - EPP**, recomendando-se à unidade fazendária de origem do lançamento, tomar as providências cabíveis para encaminhar o PAF a quem de direito no sentido de, à vista dos fatos geradores aqui analisados, renovar o procedimento fiscal a salvo de falhas.

Alçada restrita à primeira instância, ressalvada a hipótese estabelecida no §2º do art. 169 do RPAF-BA.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR