

PROCESSO - A. I. Nº 152464.0013/18-4
RECORRENTE - EDNEI DAVI DOS SANTOS (REI DA CAMA BOX)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0044-04/19
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 22.09.2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0175-11/20-VD

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. MICROEMPRESA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE PAGAMENTO. **b)** PAGAMENTO A MENOS. Argumentos defensivos desprovidos de elementos capazes de elidir a acusação fiscal. Presentes fatos motivadores para o lançamento, o qual está devidamente comprovado. Rejeitada a nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida por meio do Acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0044-04/19, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração nº 1524640013184 lavrado em 06/03/2018, para exigir ICMS no valor histórico de R\$28.500,79, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento de duas infrações, abaixo descritas, ambas com base no Art. 12-A da Lei nº 7.014/96 c/c Art. 321, inciso VII, alínea “b” do RICMS/12:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial no total de R\$12.824,21, 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 provenientes de fora do Estado, destinadas à comercialização, nos exercícios de 2013, 2014, 2015 e 2017, conforme Resumo do Relatório 1.1 – Antecipação Parcial anexo. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 – Efetuou recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial no total de R\$15.676,58, 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 provenientes de fora do Estado, destinadas à comercialização, nos exercícios de 2013 e 2014, conforme Resumo do Relatório 1.2 – Antecipação Parcial anexo. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Após impugnação apresentada pelo autuado (fls. 66 a 74) e informação fiscal prestada pelo ilustre Auditor (fls. 85 a 87), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 4ª JF que optou pela Procedência do Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

O presente lançamento engloba duas acusações, ambas relacionadas a imposto, a título de antecipação tributária parcial, prevista pelo Art. 12-A da Lei nº 7.014/96, sendo que a primeira diz respeito à falta de pagamento no valor de R\$12.824,21, enquanto a segunda refere-se a pagamento do imposto a menos no total de R\$15.676,58.

Analizando os fatos pertinentes ao lançamento, vejo que estes atendem todos os requisitos previstos pelo Art. 39 do RPAF/BA, inexistindo a presença de qualquer óbice quanto ao seu prosseguimento.

O autuado iniciou sua defesa, citando que não subsiste a exigência do imposto consubstanciada pelo presente Auto de Infração, pelo fato de estar sendo exigido pagamento de ICMS por antecipação parcial sobre mercadorias que sofreram substituição tributária. A este respeito, colacionou a ementa relacionada ao Acórdão C/JF nº 0017-11/15, originário da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Não se sustenta tal argumento defensivo. Isto porque, o imposto que está sendo exigido nestes autos, em nenhuma hipótese se relaciona a mercadorias que estão incluídas na substituição tributária. Aliás, o autuado ao afirmar que as mercadorias objeto da autuação tiveram o imposto retido na fonte por substituição tributária, não apresenta qualquer prova nesse sentido, inclusive refere-se a um pseudo anexo que intitula de “Doc. 04”,

totalmente inexistente e ausente dos autos.

A motivação para o lançamento está expressa nos autos através das planilhas analíticas elaboradas pela autuante, para ambas as infrações, e não contraditadas pelo autuante que apesar de plena ciência das mesmas não se pronunciou e não aponta qualquer equívoco da lavra da autuante. Registro que as mercadorias alcançadas pelo lançamento, tais como roupeiros, cama de casal, racks, estantes, armários, painéis, dentre outros, adquiridas em quantidade e variedades, são pertinentes à atividade fim do autuado, enquanto que o mesmo não aponta que se encontram sujeitas a antecipação tributária integral.

A respeito da ementa relativa ao Acórdão CJP nº 0017-11/15, trazida pelo autuado em socorro ao seu argumento, não serve como paradigma para a presente acusação, pois se trata de matéria diversa da que ora se analisa.

De maneira que, ante a total ausência de argumentos defensivos capazes de elidir total ou parcialmente o lançamento, voto pela Procedência do presente Auto de Infração.

Inconformado com a decisão em 1ª Instância, o autuado interpôs Recurso Voluntário (fls. 110 a 115) alegando as seguintes a seguir aduzidas.

Inicialmente pede pela Nulidade alegando que a JF não cumpriu o devido processo legal nos termos do 2º do RPAF.

Diz que no tocante à infração imputada a empresa autuada, falta motivo para se proceder com sua exigência, uma vez que as mercadorias relacionadas pelo autuante se referem a mercadorias que tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária, como se pode constatar por meio da designação de diligência à ASTEC/CONSEF, de forma a restar inconsistente que as mercadorias relacionadas pelo autuante encontram-se com fase de tributação encerrada.

Alega que não havia motivo para que se procedesse a lavratura do malsinado Auto de Infração, posto que é premissa exata que o Auto de Infração, ou a notificação fiscal, que se embasam em motivos falsos, inexistentes ou mesmo inidôneos, são atos administrativos sem motivação, e assim, nulos “*ex radice*”, inconvaleáveis (STF, RTJ 79/478-490; HELY LOPES MEIRELES, Direito Administrativo Brasileiro. 15 ed. RT, SP 1990, pp.174/175).

Aduz que a questão central deste lançamento de ofício reside no fato do autuado ser contribuinte optante do Regime do Simples Nacional e o roteiro de fiscalização utilizado pelo autuante não se encontrar previsto em lei. Deste modo, não pode prosperar a exigência fiscal por tal método de fiscalização por falta de previsão legal na legislação tributária pertinente ao regime do Simples Nacional, vez que falta observância à LC 123/2006 e Resolução CGSN 94/2011.

Ainda afirma que nos termos do art. 21, § 1º da Resolução CGSN 94/2011, com base no art.18 da LC 123/06, que trata do cálculo dos tributos devidos pelas ME ou EPP optantes pelo regime do Simples Nacional, estabelece que o valor devido a recolher será determinado mediante a aplicação das alíquotas constantes das tabelas dos Anexos I a V-A, sobre a receita bruta total mensal, sendo que, para efeito de determinação da alíquota, o sujeito passivo utilizará a receita bruta total acumulada auferida nos doze meses anteriores ao do período da apuração.

E pelas razões acima mencionadas, o nobre autuante deixou de observar o devido processo legal, na medida que exigiu o cumprimento da obrigação principal, utilizando método de apuração não respaldado em roteiros de auditoria adotados pela SEFAZ. Vale dizer, o roteiro de auditoria desenvolvido pela autuante não era próprio para a situação e não permitia que se determinasse, com segurança, a infração e o valor do imposto.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo Contribuinte, com base no Art. 169, I, “b” do RPAF/BA, em razão da decisão proferida por meio Acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0044-04/19, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração nº 1524640013184 lavrado em 06/03/2018, para exigir ICMS no valor histórico de R\$28.500,79, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial nos exercícios de 2013, 2014, 2015 e 2017 com fulcro no Art. 12-A da Lei nº 7.014/96 c/c Art. 321, inciso VII, alínea “b” do RICMS/12.

A Recorrente sob a alegação de que a JJF não cumpriu o devido processo legal nos termos do 2º do RPAF, uma vez que o auto não contém todos os elementos necessários, que não foi verificado o devido processo legal e que devido aos vícios que possuem levará fatalmente a decretação da nulidade do Auto de Infração.

Diz que falta motivo para se proceder com sua exigência, uma vez que as mercadorias relacionadas pelo autuante se referem a mercadorias que tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária, como se pode constatar por meio da designação de diligência à ASTEC/CONSEF, de forma a restar inconsistente que as mercadorias relacionadas pelo autuante encontram-se com fase de tributação encerrada e que, uma vez provado que as mercadorias sofreram substituição tributária, fatalmente a ação fiscal será improcedente. Assim, não subsiste a exigência do pagamento de ICMS por antecipação parcial, sobre mercadorias que sofreram substituição tributária.

Não foi identificado nos autos nenhum documento acerca de diligência designada a ASTEC/CONSEF citada pelo Recorrente.

De acordo com o Art. 12-A da Lei nº 7.014/96 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 o valor constante no documento fiscal de aquisição, deduzido o valor do imposto destacado no respectivo documento.

Já o Art. 321, inciso VII do RICMS/BA, diz que o recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido, nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto nas aquisições em outro Estados ou Distrito Federal, com ou sem encerramento da fase de tributação. E ainda é importante ressaltar que de acordo com a alínea “b” do citado Artigo será cobrada a diferença a alíquota interna e interestadual, sendo vedada a agregação de valor.

Inclusive o Art. 273 do RICMS/BA vigente até 31/12/2015 previa uma redução de 60% (sessenta por cento) no valor da antecipação parcial do ICMS nas aquisições efetuadas por microempresas a estabelecimentos industriais, de produtos por ele fabricados, ou redução de 20% nos termos do Art. 273, desde que o contribuinte efetuasse o pagamento no prazo regulamentar, qual seria a entrada da mercadoria no território do Estado ou até o dia 25 do mês subsequente no caso de contribuintes credenciados nos termos do Art. 332, § 2º, sendo que, além disso, até 31/12/2014, o valor total a recolher estava limitado a 4% das receitas mais transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais, o que fosse maior. Vale ressaltar que nos demonstrativos do auditor, tais reduções foram consideradas conforme demonstrativos anexados fls. 11 a 21.

Alega a Recorrente que a questão central do lançamento de ofício reside no fato do autuado ser contribuinte optante do Regime do Simples Nacional e o roteiro de fiscalização utilizado pelo autuante não se encontrar previsto em lei. Deste modo, não pode prosperar a exigência fiscal por tal método de fiscalização por falta de previsão legal na legislação tributária pertinente ao regime do Simples Nacional, vez que falta observância à LC 123/2006 e Resolução CGSN 94/2011.

Ainda afirma que nos termos do art. 21, § 1º, da Resolução CGSN 94/2011, com base no art. 18 da LC 123/06, que trata do cálculo dos tributos devidos pelas ME ou EPP optantes pelo regime do Simples Nacional, estabelece que o valor devido a recolher será determinado mediante a aplicação das alíquotas constantes das tabelas dos Anexos I a V-A, sobre a receita bruta total mensal, sendo que, para efeito de determinação da alíquota, o sujeito passivo utilizará a receita bruta total acumulada auferida nos doze meses anteriores ao do período da apuração.

Conforme se constata do texto abaixo descrito, o Art. 18 da LC 123/06 fala sobre as alíquotas a serem aplicadas na apuração do imposto devido nas vendas, logo, não se aplica ao caso em questão, visto que a autuação baseia-se no valor devido quando da aquisição das mercadorias.

LC 123/06

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples

Nacional será determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas, calculadas a partir das alíquotas nominais constantes das tabelas dos Anexos I a V desta Lei Complementar, sobre a base de cálculo de que trata o §3º deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3º.

E conforme previsto no Art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea “g”, item 2 da Referida LC, o recolhimento dentro da sistemática do Simples Nacional 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, e no caso específico, a antecipação parcial:

Lei Complementar nº 123/06

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

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

§ 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:

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

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;

No que tange a multa pela falta de recolhimento cobrado pelo autuante, está devidamente prevista no Art. 42, Inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96 transcrito a seguir:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

*...
II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:*

*...
d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;*

Diante destes fatos e considerando que o Recorrente não anexou documentos que comprovem que se tratava de mercadorias sujeitas a ST, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser mantida inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **152464.0013/18-4**, lavrado contra **EDNEI DAVI DOS SANTOS (REI DA CAMA BOX)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.500,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de Julho de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS