

A. I. Nº - 232854.0041/07-6
AUTUADO - FLORATA PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.
AUTUANTE - MARCELO AUGUSTO CUNHA DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAS FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 08.08.2007

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0225-02/07

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. De acordo com o art.12-A, da Lei nº 7.014/96, independente do regime de apuração, o contribuinte tem o dever jurídico de efetuar a antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, no valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Na defesa foi aduzido que a matéria se encontraria “*sub judice*”, por força de liminar concedida pelo Juízo de Direito da 9ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, no sentido de que a autoridade coatora abstenha de exigir pagamento da antecipação parcial do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização. Defesa prejudicada quanto a apreciação do mérito tendo em vista a matéria se encontrar *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário, o que importa em presunção de legitimidade do Auto de Infração. Exigibilidade do crédito tributário suspensa. Corrigido o valor lançado por erro na sua apuração. 2. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA. A multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no art.42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96, e se aplica ao presente caso, pois o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente. Os acréscimos moratórios abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, conforme regra inserta nos art. 101, § 3º, e 102, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/03/2007, reclama o valor de R\$23.640,34, sob acusação de que o contribuinte supra deixou de recolher o ICMS - ANTECIPAÇÃO PARCIAL, amparado por medida liminar, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias para comercialização provenientes de outras unidades da Federação, no período de novembro de 2004 a junho de 2005, através das notas fiscais relacionadas às fls.12 a 13.

Consta à fl. 06 um ofício subscrito pelo autuante e endereçado à PROFIS solicitando orientação quanto ao lançamento ou não dos valores devidos suspensos por medida liminar (MS - 554187/2004). Conforme Parecer/RPGE II nº JECR 03/2007 (fls.07 a 11), foi concluído não existir no Estado da Bahia lei que impeça a caducidade diante de uma ordem judicial, e portanto, não há impedimento para a constituição do lançamento, ficando a exigibilidade suspensa até a sentença final.

O contribuinte foi cientificado da autuação em 10/04/2007, e em 10/05/2007, através do Processo nº 077072/2007-8 (fls.20 a 33), impugnou o Auto de Infração com base nas seguintes razões de defesa.

Transcreveu o art.12-A, da Lei nº 7.014/96, que obriga o contribuinte a efetuar a antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, no valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, para argumentar que não tem o dever jurídico de recolher o imposto antecipado, por considerar que a legislação que rege a espécie está eivada de ilegalidades e inconstitucionalidades.

Diz que com o fito de impedir futuras cobranças, bem como anular aquelas já formalizadas, ajuizou Mandado de Segurança tombado sob nº 5.541.873/04, que foi Distribuído ao M.M. Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, cuja liminar foi deferida em 10/11/2004, segundo o defendant, nos seguintes termos:

“POSTO ISTO, tenho como presentes os pressupostos autorizadores do deferimento liminar da medida – **relevância do pedido e possibilidade de dano irreparável** – e, com base no art. 7º, da Lei nº 1.533/51, concedo a liminar requerida, sem prejuízo do controle e fiscalização por parte do impetrado, para que a autoridade coatora abstenha de exigir pagamento da antecipação parcial do ICMS referente às operações interestaduais promovidas pelas Impetrantes, possibilitando que prossigam com seus pagamentos normais do ICMS, como ocorria antes da Lei nº 8.967/2003”.

Informa que já foi prolatada sentença concessiva de segurança, publicada em 05/04/2005, confirmando a decisão liminar, e que o processo encontra-se em grau de recurso no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Assim, observa que por expressa ordem judicial a fiscalização não poderia lançar os créditos tributários referentes à antecipação parcial, aplicando-se o disposto no artigo 151, inciso IV, do CTN, por entender que não poderia a autoridade fiscal ter iniciado o procedimento de cobrança, mediante a lavratura do auto de infração, pois este foi iniciado após a concessão de liminar em Mandado de Segurança.

Salienta que ainda que se entenda possível o lançamento de crédito cuja exigibilidade encontra-se suspensa, salienta que não é válida a imposição de multa por infração e os acréscimos moratórios. Para ratificar esse entendimento citou a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região sobre esta questão.

Por conta desses argumentos requer a nulidade da autuação com fulcro no art.151, IV, do CTN, ou caso contrário, que sejam excluídos a multa e os acréscimos moratórios.

No mérito, apontou duas falhas na constituição do crédito tributário alegando que:

1. a base de cálculo foi apurada incorretamente pelo valor cheio das notas fiscais, sem diferenciar mercadorias destinadas à comercialização e aquelas adquiridas para uso e consumo do estabelecimento. Diz que este procedimento vai de encontro com a norma contida no art.12-A da Lei nº 7.014/96, que prevê que a incidência da antecipação parcial do ICMS deve ser calculada com base nas aquisições de mercadorias para comercialização. Ressalta que caberia à fiscalização segregar as mercadorias para comercialização (desodorantes, deo-colônias, entre outras) daquelas destinadas para uso e consumo do estabelecimento (plaquetas indicativas dos preços das mercadorias). Para comprovar esta alegação foram juntadas planilhas mensais para serem revisadas pelo aujuante (docs.fl.37 a 39)
2. não foram considerados os recolhimentos realizados conforme DAE's anexados (docs.fl.40 a 46). Diz que a partir do mês de março de 2005, visando acautelar-se de um possível resultado negativo da ação proposta, passou a recolher normalmente a antecipação do ICMS. Além disso,

diz que nos meses de maio e junho de 2005, realizou pagamentos a maior do que o exigido no auto de infração, reconhecendo como devido os valores de R\$6.596,57 (30/11/2004); R\$2.314,36 (31/01/2005).

Por fim, requer a nulidade procedendo-se a sua desconstituição; se ultrapassada esta preliminar que seja julgado parcialmente procedente o Auto de Infração; e que sejam excluídos a multa de infração e os acréscimos moratórios.

Na informação fiscal à fl.49 a 50, o autuante esclareceu que em decorrência da análise dos livros e documentos fiscais, pertinentes à Ordem de Serviço nº 519.854/06, apurou a falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, respaldado por medida liminar.

Aduz que como não houve julgamento de mérito, encaminhou consulta Representação Regional da Procuradoria Geral do Estado, a qual, manifestou-se favorável ao controle e fiscalização da empresa e ao lançamento do débito apurado, suspendendo, no entanto a exigibilidade do mesmo.

Diz que não lhe cabe apreciar as questões jurídicas suscitadas na defesa, porém, quanto às falhas apontadas informou o seguinte:

Quanto a primeira falha (erro na determinação da base de cálculo), explica que ao analisar cada documento fiscal verificou que a contabilidade da empresa separava as mercadorias pelo seu enquadramento (tributadas a 17% ou 25%; outras; brindes; amostra grátis) no corpo da própria nota fiscal. Diz que efetuou o lançamento pelo que foi manuscrito nos documentos fiscais. Juntou cópias de notas fiscais para comprovar essa informação (fls.51 a 157)

Sobre a segunda falha apontada (não consideração dos recolhimentos efetuados pela empresa), comenta que na sua ação fiscal tomou com base as informações constantes nos extratos de arrecadação relativo ao Código 2175 – Antecipação Parcial no período fiscalizado (fls.158 a 159).

Concluiu mantendo integralmente a autuação.

VOTO

A exigência fiscal discutida neste processo diz respeito a falta de recolhimento do ICMS-ANTECIPAÇÃO PARCIAL, nas aquisições de mercadorias, para comercialização, provenientes de outras unidades da Federação efetuadas pelo autuado na condição de Microempresa/Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA) através das notas fiscais relacionadas às fls.12 e 13.

Para instruir a ação fiscal, foi juntado aos autos o Parecer/RPGE II nº JECR 03/2007 (fls.07 a 11), referente a consulta quanto ao lançamento ou não dos valores devidos suspensos por medida liminar, no qual, consta a conclusão que por inexistir no Estado da Bahia lei que impeça a caducidade diante de uma ordem judicial, não há impedimento para a constituição do lançamento, ficando a exigibilidade suspensa até a sentença final.

Na defesa fiscal, o sujeito passivo informou que por não se conformar com o pagamento do ICMS antecipação parcial, previsto no art.12-A, da Lei nº 7.014/96, e considerar inconstitucional essa exigência fiscal, bem assim, impedir futuras cobranças e anular aquelas já formalizadas, ajuizou Mandado de Segurança tombado sob nº 5.541.873/04, que foi Distribuído ao M.M. Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, cuja liminar foi deferida em 10/11/2004 e já foi prolatada sentença concessiva de segurança, publicada em 05/04/2005, confirmando a decisão liminar, encontrando-se em grau de recurso no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Portanto, de acordo com as razões de defesa e do que constam nos autos, o autuado ingressou em Juízo com o Mandado de Segurança acima citado, sendo deferido o pedido de liminar para não ser exigido o ICMS referente ao pagamento do ICMS-Antecipação Parcial. Por isso, o defendente

reconhece que é possível a constituição crédito tributário pelo lançamento de ofício, para evitar a decadência, mas alega que é totalmente ilegítima a formalização deste crédito acrescido de penalidades.

Observo que, efetivamente, se encontra suspensa a exigibilidade do crédito tributário face à concessão de medida liminar, e o defensor alegou que se insurge contra a multa indicada no Auto de Infração, por considerá-la confiscatória.

A concessão de medida liminar é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Entretanto, nada impede que seja efetuado o lançamento pelo Fisco, para assegurar a sua exigibilidade posterior, em caso de decisão judicial desfavorável ao contribuinte.

O art. 39 do RPAF/99, estabelece que o Auto de Infração deve conter a identificação, endereço e a qualificação do autuado; a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias; a alíquota e o percentual da multa cabível, etc. Dessa forma, o Fisco não pode efetuar o lançamento do crédito tributário com a lavratura de Auto de Infração por descumprimento de obrigação principal, sem a indicação da multa correspondente.

Desta forma, sobre a escolha da via judicial pelo sujeito passivo, o art. 117, do RPAF-BA estabelece:

“Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interpuesto”.

Assim, verifico que o processo judicial está relacionado ao lançamento do ICMS-Antecipação Parcial correspondente às aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, sem decisão transitada em julgado, haja vista que, conforme informado pelo próprio autuado, apesar de já haver sido prolatada sentença concessiva de segurança, publicada em 05/04/2005, confirmando a decisão liminar, a questão encontra-se em grau de recurso no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, ficando, a análise do mérito prejudicada pelo fato de o autuado estar discutindo a matéria no âmbito do Poder Judiciário.

Quanto à arguição de inconstitucionalidade da exigência fiscal e da multa, ressalto que, com base no art. 167, I do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, estando a multa aplicada prevista no art. 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96.

Ressalto que se a decisão for favorável ao Estado, ficará caracterizado que não houve o pagamento do imposto no prazo regulamentar, e neste caso, é devido o imposto com os acréscimos previstos em Lei, cabendo ao defensor requerer a dispensa dos acréscimos ora questionados, se a decisão judicial lhe for favorável.

Portanto, em relação à multa e aos acréscimos moratórios decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração. Dessa forma, a multa exigida por descumprimento de obrigação principal é a prevista na legislação no art. 42, inciso I, alínea “b”, item 1, da Lei 7.014/96, e se aplica ao presente caso, uma vez que o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente. Os acréscimos moratórios abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, consoante a regra do art. 101, § 3º e 102, § 1º, da Lei 3.956/81 (COTEB).

Quanto aos aspectos materiais, e para que o crédito tributário objeto do Auto de Infração seja constituído de forma legítima, faz-se necessário apreciar se os equívocos no levantamento fiscal apontados pelo patrono do autuado são procedentes.

As notas fiscais que serviram de base para a apuração do débito encontram-se especificadas na planilha Auditoria da Substituição Tributária e Antecipação Parcial (fls.12 e 13). O autuado alegou que houve erro na determinação da base de cálculo por inclusão de mercadorias que não foram

adquiridas para comercialização (plaquetas indicativas dos preços das mercadorias), e juntou cópias de memórias de cálculos das notas fiscais objeto da autuação e dos respectivos recolhimentos que segundo o autuado não foram considerados pelo autuante. Esta informação foi rebatida pelo autuante juntando cópias de diversas notas fiscais e extratos de arrecadação extraídos do sistema da SEFAZ.

Em relação a primeira alegação (erro na determinação da base de cálculo, cotejando o levantamento do autuante com os documentos apresentados na defesa, observo o seguinte.

NFs nº 3681 – 4032 – 4396 – 4543 e 4855 – novembro/04

Está correto o cálculo do autuado à fl.37, no total de R\$ 6.596,57, ao invés de R\$6.668,77, conforme notas fiscais fls.51 a 71.

NFs nº 5277 – 5414 – 5634 – 5904 e 6147 – dezembro/04

Mantido o valor apurado pelo autuante de R\$3.662,03, uma vez que o autuado não apresentou a memória de cálculo.

NFs nº 6362 – 6474 – 6721 – 6890 e 6993 – janeiro/2005

Está correto o cálculo do autuado à fl.38, no total de R\$2.314,36, ao invés de R\$2.362,99, conforme notas fiscais fls.92 a 106.

NFs nº 7398 – 7909 e 8289 – fevereiro/2005

Mantido o valor apurado pelo autuante de R\$3.716,03, uma vez que o autuado não apresentou a memória de cálculo.

NFs nº 8371 – 8562 e 8917 – março/2005

Excluindo do total de R\$173,91 o débito da Nota Fiscal nº 8917 (fl.123) por se tratar de brindes, resulta no total de R\$102,01. Considerando que foi comprovado o recolhimento desta importância, conforme DAE (fls.39/40), deve ser excluído este valor da exigência fiscal.

NFs nº 9510 – 9886 – 10027 – 10176 e 11041 – abril/2005

Foi apurado pelo autuante o valor de R\$ 4.530,35 (fl.13). No DAE à fl.41, além das notas fiscais acima também foi incluída a NF nº 189551 que não foi objeto de exigência fiscal na planilha à fl.13. Considerando o recolhimento no total de R\$ 5.070,21, conforme DAE à fl.41, apresentado na defesa, concluo que o total lançado deve ser excluído do Auto de Infração.

NFs nº 11432 – 11691 – 12034 – 12310 e 12518 – maio/2005

Deve ser excluído o valor apurado pelo autuante de R\$2.526,26, uma vez que o autuado comprovou o recolhimento em três parcela através dos DAE's às fls.44 a 46.

Desta forma, a exigência fiscal fica modificada conforme demonstrativo de débito abaixo:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
30/11/2004	9/12/2004	38.803,35	17	50	6.596,57	1
31/12/2004	9/1/2005	21.541,35	17	50	3.662,03	1
31/1/2005	9/2/2005	13.613,88	17	50	2.314,36	1
28/2/2005	9/3/2005	21.859,00	17	50	3.716,03	1
31/3/2005	9/4/2005	-	17	50	-	1
30/4/2005	9/5/2005	-	10	50	-	1
31/5/2005	9/6/2005	-	17	50	-	1
TOTAL DO DÉBITO					16.288,99	

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 16.288,99, ficando suspensa a exigibilidade do crédito até decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232854.0041/07-6, lavrado contra **FLORATA PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.288,99**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, inciso I, alínea “b”, da Lei 7014/98 e, em seguida, os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, restando suspensa a exigibilidade do crédito até decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTÔNIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR