

PROCESSO - 0938011650/07
RECORRENTE - CASA DO AR COMÉRCIO LTDA. (CASA DO AR CLIMATIZAÇÃO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0333-02/07
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 24/08/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0232-12/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESTAURANTE. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. É devida a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização. Reenquadramento da multa para o inciso II, “F”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator quanto à exclusão da multa aplicada. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo, visando reformar a Decisão proferida pela 2ª JJF, que julgou o Auto de Infração procedente, o qual acusa o recorrente de ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização. O imposto exigido no presente lançamento de ofício é no valor histórico de R\$625,88, acrescido de multa no percentual de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei Estadual nº 7.014/96.

A 2ª JJF, após analisar a impugnação interposta pelo sujeito passivo, julgou o Auto de Infração procedente, aduzindo que o autuado apenas negou a ocorrência da infração, porém não colacionou aos autos provas suficientes para atestar as suas alegações. Disse que a vultosa quantidade de cabos apreendidos (8.500 metros) caracterizaria o intuito comercial da mercadoria e, por fim, afastou o argumento defensivo aduzindo que o contribuinte, além de estar cadastrado perante a SEFAZ, deverá estar credenciado para recolher o imposto aqui exigido, em momento posterior.

Inconformado com a Decisão proferida em primeiro grau, o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário, pugnando pela reforma da Decisão proferida em primeiro grau, sob o argumento de que as mercadorias que objetivaram o Auto de Infração tem como destino o uso e consumo do autuado, bem como é empregada na prestação de serviço.

Continuando o seu Recurso, afirma que o arts. 6 e 7 do RICMS preveem a isenção do imposto nas aquisições de mercadorias ou materiais efetuados por prestadores de serviço para o desenvolvimento de suas atividades-fins, inclusive quando se tratar de estabelecimento que desenvolva atividades mistas.

Alega que a sua empresa, quando da autuação, não se encontrava com seu cadastro inativo, tanto que, segundo o mesmo, enviou cópia da comprovação do credenciamento da empresa.

Sustenta, ainda, que o autuado tem como objeto social o comércio de equipamentos de ar condicionado, peças em geral, materiais elétricos e controles microprocessados de automação, conserto e instalação de ar condicionado e locação de ar condicionado e tendo em vista a prestação do serviço em seu objeto Social, a empresa adquire as mercadorias que foram objeto da autuação, em grandes quantidades, para aplicação dos serviços prestados, que em muitas vezes seus clientes são pessoas jurídicas. Acosta uma planilha a fim de demonstrar a quantidade de mercadorias utilizadas para realizar um serviço.

A PGE/PROFIS, ao se manifestar sobre o Recurso Voluntário, emitiu Parecer às fls. 57, sugerindo uma diligência a fim de se apurar a proporcionalidade nas saídas de cabos elétricos, distinguindo-se o percentual utilizado na comercialização daquele aplicado na prestação de serviços.

Discordando do Parecer supra, o ilustre procurador assistente proferiu um despacho, aduzindo que a empresa autuada se enquadra nos lindes firmados no item 14.01 da Lista de Serviços do ISS, não havendo que se falar, portanto, em não-incidência do ICMS sobre as operações de circulação acopladas às prestações de serviços, atividades mistas, por expressa determinação legal. Cita o item 14.01 da Lista de Serviços do ISS, o qual dispõe sobre os serviços que devem sofrer a incidência do ISS, bem como destaca a exceção das peças e partes empregadas que segundo o referido item estão sujeitas ao ICMS.

Conclui o seu Parecer afirmando que não há que se falar, no presente caso, em não-incidência do ICMS, em face da exceção contida no referido dispositivo legal, motivo pelo qual opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário.

Tendo em vista que o presente Auto de Infração foi lavrado em data anterior à vigência da Lei nº 10.847/07, os Julgadores da 2ª CJF, em pauta suplementar, acordaram em converter o PAF em diligência a fim de que a PGE/PROFIS emitisse Parecer jurídico esclarecendo se na situação em análise, pode ser aplicada a penalidade prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Atendendo à diligência solicitada, a ilustre PGE/PROFIS proferiu Parecer jurídico aduzindo que entendia *“inaplicável a sanção decorrente do não recolhimento da antecipação parcial tanto na hipótese das empresas normais como nos casos de microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, uma vez que, tratando-se a antecipação propriamente dita e a antecipação parcial de institutos distintos, situação esta reconhecida pelo próprio Estado na ADIN nº 33203-8/2004, dès que a sanção descrita no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 não encapava o instituto da antecipação parcial antes da Lei nº 10.847/07.”*

Ao final de seu Parecer, destaca a possibilidade da aplicação da alínea “f”, II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 nas hipóteses em que fora imputada, de forma equivocada, a penalidade descrita no art. 42, II, “d”. Segundo o Parecerista, a citada alínea “f” remete a possibilidade de aplicação da penalidade nas hipóteses de não recolhimento da antecipação parcial, uma vez que de forma conceitual aberta, prevê a possibilidade sanção em qualquer hipótese de infração diversa das previstas no inciso II, do art. 42, que importe descumprimento de obrigação tributária principal.

Conclui o seu Parecer afirmando ser possível a revisão do levantamento no sentido de se imputar a penalidade descrita no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, nas hipóteses de não recolhimento da antecipação parcial, antes do advento da Lei nº 10.847/07, possibilitando ao autuado o pedido de dispensa e redução de multa previsto na Lei Estadual de regência do ICMS.

VOTO (Vencido quanto à Exclusão da Multa)

O sujeito passivo ingressou com o presente Recurso Voluntário, visando à reforma da Decisão proferida em primeiro grau administrativo que julgou o Auto de Infração totalmente procedente.

O presente lançamento fiscal acusa o recorrente de ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS, antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

O contribuinte, irresignado com a autuação, sustenta que as mercadorias que objetivaram a ação fiscal são utilizadas na prestação dos seus serviços, bem como no uso e consumo da empresa. Diz que o RICMS prevê a isenção do imposto nas aquisições de mercadorias ou materiais efetuados por prestadores de serviço para o desenvolvimento de suas atividades-fins, inclusive quando o estabelecimento desenvolva atividades mistas. Argumenta, ainda, que a sua empresa não se encontrava com o seu cadastro inativo, tanto que enviou cópia da comprovação do credenciamento da mesma.

Compulsando os autos, observo que acertada foi a Decisão hostilizada. Em que pese conste no contrato social que a mesma é prestadora de serviço de instalação de ar condicionado, é de saber notório que empresas do mesmo ramo do recorrente, embora instalem ar condicionado na casa de seus clientes, o material de instalação são adquiridos separadamente. Ou seja, quando o

cliente adquire um aparelho de ar condicionado o preço da instalação já está embutido no preço do aparelho, porém, os materiais excedentes da instalação, àqueles que não acompanham os aparelhos, são adquiridos separadamente, tanto que a quantidade do material é discriminada separadamente do orçamento ou na nota fiscal.

Ora, se os materiais excedentes, que no ramo do autuado em regra são os cabos e canos de cobre, são cobrados pelo comerciante de forma separada, resta evidente que tais materiais não estão embutidos no preço da prestação de serviço, motivo pelo qual deve ser exigido o ICMS.

Já não bastassem tais argumentos para se constatar a incidência do ICMS nas mercadorias apreendidas, merece destaque o Parecer da PGE/PROFIS, quando afirmou que o item 14.01 da lista de serviços prevê a incidência do ICMS nas peças e partes utilizadas para a realização dos referidos serviços.

Não há, ainda, como se admitir que as mercadorias autuadas são utilizadas para o uso e consumo do autuado, diante da vultosa quantidade de mercadorias apreendidas.

Quanto à afirmação de que o autuado encontrava-se cadastrado na SEFAZ, mister se faz esclarecer que o cadastro que se refere na autuação é a do sujeito passivo poder recolher o imposto antecipação parcial em data posterior ao do ingresso da mercadoria no Estado da Bahia. Não havendo nos autos prova de que o Recorrente se encontrava enquadrado para usufruir de tal benesse, afasto tal alegação.

Ultrapassadas as questões trazidas pelo sujeito passivo no seu Recurso Voluntário, cabe neste momento se analisar o cabimento da multa prevista no art. 42, II, “d” da Lei Estadual nº 7.014/96, em face da alteração legislativa trazida na Lei nº 10.847/07, a qual incluiu no nosso ordenamento jurídico o termo “inclusive a antecipação parcial”.

O questionamento a ser enfrentado é se saber se a penalidade prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, antes da edição da Lei nº 10.847/07, abarcava ou não as hipóteses em que envolvessem a antecipação parcial.

Como é de sabença notória a antecipação propriamente dita e a antecipação parcial são institutos distintos do nosso ordenamento tributário. Na forma em que o referido artigo encontra-se redigido, não há como se concluir que a penalidade referente à antecipação parcial já se encontrava inserida no nosso ordenamento Jurídico. Caso contrário, entendendo que o legislador Estadual não inseria o termo “inclusive a antecipação parcial” na alínea “d” do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Esta questão ao ser enfrentada pela primeira vez por esta Colenda Câmara de Julgamento Fiscal, proferiu julgamento no sentido de não se aplicar a referida multa aos casos de antecipação parcial antes da edição da Lei nº 10.847/07. Apenas para ilustrar, vejamos a ementa do referido Acórdão.

“EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Impossibilidade de aplicação da multa exigida no Auto de Infração em face do princípio da irretroatividade de normas que cominam sanções. A alteração produzida na Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 10.846/07, quanto a penalidade de 60% sobre o valor do imposto recolhido fora do prazo, só é aplicável à antecipação parcial após a edição da norma que modificou o texto originário do dispositivo legal. Entendimento lastreado em pronunciamento externado pela representação da Procuradoria Estadual na assentada de julgamento. Modificada a Decisão recorrida. Infração Improcedente. Recurso **PROVIDO. Decisão não unânime.(Acórdão CJF 0206-12/08. Rel. Cons. Helconio Almeida. J. 21.07.2008).”**

Ressalte-se, ainda, que a PGE/PROFIS, em resposta à diligência solicitada por esta E. Câmara, foi enfática em afirmar que a antecipação total e a antecipação parcial são institutos jurídicos diferentes e que a multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 para os casos de antecipação parcial, apenas poderá ser aplicada aos casos após a vigência da Lei nº 10.846/07.

Diante de todo o exposto, voto no sentido de NÃO DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, porém, de ofício, voto no sentido de julgar IMPROCEDENTE a multa aplicada com base no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, por não haver previsão legal à época dos fatos.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Exclusão da Multa)

Acompanho o voto do ilustre conselheiro relator quanto à cobrança do imposto lançado, porém dirijo de seu posicionamento no que tange à exclusão, de ofício, da multa que foi indicada no Auto de Infração.

Comungando com o último Parecer exarado pelo ilustre representante da PGE/PROFIS, considero que a multa indicada na autuação, no percentual de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, deve ser reequadrada no artigo 42, inciso II, alínea “f”, também no percentual de 60%, uma vez que esse era o correto enquadramento da multa na época da ocorrência dos fatos.

Ressalto que, no entanto, caso o recorrente assim deseje, poderá requerer à Câmara Superior do CONSEF a dispensa da multa por infração de obrigação principal ao apelo da equidade, no prazo de trinta dias da ciência desta Decisão, acompanhada da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos, sob o fundamento de ter sido induzido a erro por orientação de funcionário fiscal, conforme previsto no art. 159, inc. I, do RPAF/99.

Quanto à Decisão citada pelo ilustre conselheiro em seu voto, considero que o posicionamento ali expresso não reflete bem o entendimento que este CONSEF tem tido em situações semelhantes a que se encontra em lide, conforme se pode depreender da ementa que transcrevo a seguir, referente ao Acórdão CJF Nº 0060-11-09, da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF:

EMENTA: *ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Exigência do imposto, após dedução dos valores recolhidos. Multa prevista, à época dos fatos, na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Mantida a Decisão recorrida. Indeferido o pedido de diligência. Não acolhidas as preliminares de nulidade arguidas. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.*

Pelo acima exposto, voto pelo **NÃO PROVIMENTO** do Recurso Voluntário, retificando, porém, a multa indicada na autuação e ressaltando ao recorrente a possibilidade de se eximir dessa multa mediante pedido de dispensa de multa ao apelo da equidade, dirigido à Câmara Superior deste CONSEF no prazo de trinta dias da ciência desta Decisão, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos, sob o fundamento de ter sido induzido a erro por orientação de funcionário fiscal, conforme previsto no art. 159, inc. I, do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **0938011650/07**, lavrado contra **CASA DO AR COMÉRCIO LTDA. (CASA DO AR CLIMATIZAÇÃO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$625,88**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Quanto à Exclusão da Multa

VOTO VENCEDOR – Conselheiros (as): Carlos Fábio Cabral Ferreira, Álvaro Barreto Vieira e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: Fauze Midlej, Márcio Medeiros Bastos e Nelson Antonio Daiha Filho.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de agosto de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR/VOTO VENCIDO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS