

A. I. N.º - 017903.0603/08-1
AUTUADO - VIÇOSA TRANSPORTES LTDA
AUTUANTE - GERALDO BRITO NUNES
ORIGEM - INFAZ T. FREITAS
INTERNET - 02.04.2009

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF N.º 0009-05/09

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO. Preliminar de nulidade rejeitada. Exclusão de parte das entradas por exigência de antecipação parcial somente a partir de 29/07/04 em face da entrada em vigência do §3º do art. 352-A do RICMS-BA. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/06/2008, reclama ICMS no valor de R\$13.237,11 com aplicação da multa de 60% por ter deixado de recolher ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

À fl. 274, o autuado apresenta defesa com preliminar de nulidade por acreditar que houve equívoco na emissão do Auto de Infração. Diz que o RICMS-BA., estabelece norma para enquadramento de contribuinte no regime especial de fiscalização que é ato do Secretário da Fazenda do Estado da Bahia, no qual deve constar o prazo de duração e os critérios de sua aplicação, nos termos do parágrafo único do artigo 46 da Lei 7.014/96, mas que essa regra não foi observada no caso em tela.

A seguir, transcrevendo os arts. 46 e 47 da Lei 7.014/96, diz que não infringiu nenhuma das normas constantes do dispositivo legal invocado, por se tratar de atividade vinculada a prestação de serviços de transportes municipais, como unidade exclusivamente consumidora de manutenção dos ônibus da empresa autuada e que deve ser levado em consideração que as notas fiscais levantadas para cobrança do ICMS parcial referem-se à aquisição de peças e outros acessórios para uso e consumo na aplicação e reposição nos ônibus.

Concluindo, diz que não cabe a autuação vez que o art. 352-A com a alteração nº 52, Decreto nº 8.969/04, com vigência a partir de 01 de março de 2004, exige antecipação parcial somente para compras de mercadorias para comercialização, o que não é o caso da empresa autuada.

Finalmente, aduz identificar também no parágrafo 3º do art. 352-A, acrescentado pela alteração nº 57, Decreto nº 9.152 de 28 de julho de 2004, deverá ser observado início da vigência para efeito de cobrança de ICMS somente a partir de 29 de julho de 2004, mesmo que se caracterize cobrança do ICMS parcial para o seu caso.

Pelo que expõe, solicita a Improcedência do Auto de Infração, pedindo ainda, por cautela, em segunda hipótese, seja observada a vigência da alteração nº 57, Decreto nº 9.152 de 28 de julho de 2004.

O autuante apresenta informação fiscal à folha 288, dizendo que a autuada jamais foi submetida a Regime Especial de Fiscalização como alega, pois foi fiscalizada em programação normal, sendo totalmente descabida tal alegação, que com certeza foi incluída na defesa por total desconhecimento do sistema de fiscalização da Sefaz.

Aduz que a intenção da autuada é desviar o foco da autuação em seu aspecto legal, interpretando favoravelmente o art. 352-A, parágrafo 3º, inciso I do RICMS, que transcreve.

Diz que reclama no auto é o ICMS relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual referente às compras fora do estado efetuadas pelo autuado e não a antecipação parcial relativa a compras fora do estado de mercadorias para comercialização, com o que pede a manutenção do auto em sua totalidade.

VOTO

Da análise das peças processuais, constato que na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF/99, com a entrega ao sujeito passivo dos papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário, conforme recibo na fl. 25, tendo a infração sido descrita de forma clara, estando fundamentada nos demonstrativos e documentos fiscais que embasaram a acusação fiscal, determinando, com segurança, a infração e o infrator. Além do que, o autuado, exercendo o seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentou impugnação demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração. Ressalto não ter vislumbrado nos autos a ocorrência de cerceamento ao direito de defesa por descumprimento do devido processo legal, nem visto no procedimento fiscal qualquer possibilidade de subsunção a qualquer das hipóteses do art. 18 do RPAF/99, o que afasta a arguição de nulidade suscitada pelo autuado.

O Auto de Infração em lide se refere a exigência de ICMS relativo a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao uso e consumo do próprio estabelecimento. Esta matéria está disciplinada no artigo 5º, inciso I, do RICMS/97, que estabelece:

“Art. 5º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

I - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento;”

Portanto, o fato gerador ocorreu quando da entrada no estabelecimento do contribuinte das mercadorias destinadas ao ativo imobilizado, estando a exigência fiscal amparada na legislação pertinente.

Observe que o sujeito passivo se defende com base em três fundamentos: a) o lançamento seria nulo em face de a ação fiscal ter se desenvolvido sob um Regime Especial de Fiscalização cuja regra que o autoriza não foi observada; b) não cabe a autuação já que o art. 352-A do RICMS-BA, acrescentado pela alteração nº 52, Decreto nº 8.969, com vigência a partir de 01 de março de 2004, somente exige antecipação parcial nas compras interestaduais de mercadorias para comercialização, e; c) mesmo que se caracterize a cobrança do ICMS parcial, no seu caso, esta só é possível a partir de 29 de julho de 2004, data que passou a vigor o parágrafo 3º do art. 352-A do RICMS-BA acrescentado pela alteração nº 57, Decreto nº 9.152/04.

Isto posto, para concluir, passo analisar tais fundamentos:

No que se refere ao primeiro, por sinal, premilinarmente já visto, apenas acrescento, em concordância com o informado pelo autuante, que o autuado não foi submetido a nenhum Regime Especial de Fiscalização e que a ação fiscal foi desenvolvida sob comum e normal programação fiscal dentro dos limites legais que a orientam, não cabendo pertinência ao pedido de nulidade em razão da insubsistência do argumento apontado.

Quanto ao segundo fundamento, verdade é que somente a partir de 01 de março de 2004, com a introdução do art. 352-A no RICMS, o Estado da Bahia passou a exigir a antecipação parcial nas entradas interestaduais de mercadorias a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição, mas somente para as mercadorias adquiridas para fins de comercialização, o que, de fato, não é o caso em questão vez que as notas fiscais de entradas relacionadas do demonstrativo de fls. 07 a 12 cujas cópias estão anexadas nos autos (fls. 13 a 271) e objeto da autuação, se referem a mercadorias adquiridas para uso e consumo do autuado.

Finalmente, quanto ao terceiro e último dos argumentos defensivos, tenho a dizer o seguinte: A atual redação do parágrafo 3º do art. 352-A, dada pela alteração de nº 66, Decreto nº 9547, de 20/09/05 e publicada no Diário Oficial de 21/09/05, dispõe que para os efeitos deste artigo, também serão consideradas para fins de comercialização as aquisições interestaduais de mercadorias, cujo imposto tenha sido calculado com aplicação de alíquota interestadual, efetuadas por: I - pessoas jurídicas inscritas no cadastro do ICMS na condição de especial; II - contribuinte que desenvolva atividade sujeita ao ICMS e ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS.

Verificando o cadastro do autuado na Sefaz, vejo que é contribuinte inscrito na condição especial e sendo prestador de serviços de manutenção em ônibus como declara em sua peça defensiva, em razão das duas situações - que não são excludentes – está sujeito à antecipação parcial prevista no artigo citado.

O parágrafo 3º do art. 352-A foi introduzido no regulamento pela alteração nº 57, Decreto 9152 de 28/07/2004, publicado no Diário Oficial de 29/07/2004, com a seguinte redação:

"§ 3º Para os efeitos deste artigo, serão consideradas para fins de comercialização as aquisições interestaduais de mercadorias ou bens, cujo imposto tenha sido calculado com aplicação de alíquota interestadual, efetuadas por pessoas jurídicas inscritas no cadastro do ICMS na condição de especial ou por contribuintes inscritos na condição de normal que desenvolvam atividades sujeitas ao ICMS e ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS."

Deste modo, mesmo observando a redação original do dispositivo em análise, vê-se que as operações interestaduais do autuado mesmo destinadas a seu uso e consumo sujeitam-se à antecipação parcial. Entretanto, em razão do princípio da anterioridade que rege as normas tributárias, em especial, a disposição do art. 103, inciso I do Código Tributário Nacional, corroboro com o entendimento do contribuinte para firmar que, no presente caso, só é devida a antecipação tributária das compras interestaduais das mercadorias constantes das notas fiscais emitidas a partir de 29/07/2004 e relacionadas no demonstrativo de folhas 07 a 12. Portanto, do valor autuado do mês de julho de 2004 (R\$2.468,13), resta devido R\$81,55, referente às notas fiscais nº 76.819, 383.793 e 8.279 (fl. 11).

Assim, em face desse entendimento o demonstrativo de débito passa a ser o seguinte:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data vencto	Base Cálculo	Aliq. %	Multa %	ICMS devido
Infração 01					
31/07/2004	09/08/2004	479,71	17	60	81,55
31/08/2004	09/09/2004	12.545,24	17	60	2.132,69
30/09/2004	09/10/2004	1.534,29	17	60	260,83
TOTAL					2.475,07

Ante o exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **017903.0603/08-1**, lavrado contra **VIÇOSA TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.475,07**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS DE CARVALHO - JULGADORA