

A. I. Nº - 129423.0068/08-8
AUTUADO - SAMÓVEIS COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.
AUTUANTE - MARIA LUÍZA FREITAS AMARAL
ORIGEM - INFAC VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET 27.11.2009

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0334-05/09

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É legal a exigência do ICMS por antecipação parcial quando restar comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização. Situação em que o contribuinte provou pagamento prévio de parte dos valores exigidos. Re-enquadramento da multa para o art. 42, inc. II, letras “f” e “d”, em consonância com a jurisprudência reiterada das Câmaras de Julgamento do CONSEF e pronunciamentos da Procuradoria Estadual. Infração parcialmente elidida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Situação em que o contribuinte provou pagamento prévio de parte dos valores exigidos. Infração parcialmente elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 18/12/2008 e exige ICMS no valor de R\$ 10.875,17, acrescido de multas, em razão de terem sido constatadas as seguintes irregularidades:

- 1- Falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, na condição de optante pelo Regime de Apuração SIMBAHIA, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor exigido de R\$ 2.468,60 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b” da Lei 7.014/96.
- 2- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Está registrado no corpo do ato preparatório do lançamento que, “em razão das irregularidades encontradas, o imposto foi exigido sem o tratamento tributário do regime normal de apuração, conforme estabelece o RICMS/97. Do valor do imposto apurado, foi deduzido a título de crédito presumido o correspondente a 8% do valor das entradas computadas na apuração do débito em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, de acordo com as determinações do inciso XV, artigo 2º do Decreto 8.413, de 30/12/2002” (últimas colunas da planilha de fls. 06 e 07). Valor exigido de R\$ 8.406,57 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96.

O autuado ingressa com peça de impugnação às fls. 79 a 81.

Após descrever a exigência fiscal, reconhece parte da mesma nos seguintes moldes:

- INFRAÇÃO 1: confessa que não recolheu o ICMS por antecipação parcial relativo às notas fiscais de números 55.845 (R\$ 200,92), 209.435 (R\$ 99,90), 23.036 (R\$ 15,07), 50.975 (R\$ 382,09), 50.974 (R\$ 91,97), 50.531 (R\$ 21,53), 6.183 (R\$ 27,45) e 241.253 (R\$ 130,02).
- INFRAÇÃO 2: confessa “omissão de saídas (sic)” de mercadorias tributáveis relativas às notas fiscais de números 55.845 (R\$ 15,39), 209.435 (R\$ 89,91), 29.787 (R\$ 998,05), 23.036 (R\$ R\$ 27,12), 50.975 (R\$ 687,77), 50.974 (R\$ 165,55), 50.531 (R\$ R\$ 38,75), 6.183 (R\$ 49,41), 241.253 (117,02) e 15.061 (R\$ 77,76), de forma que o valor reconhecido nas duas infrações é de R\$ 3.235,68.

Alega que as demais notas fiscais – relativas às duas infrações -, estão lançadas na escrita fiscal e o imposto por antecipação parcial foi recolhido. Anexa à defesa cópias do Livro Registro de Entradas, notas fiscais e documentos de arrecadação estadual (DAE).

Requer o acolhimento da peça de impugnação e a improcedência do Auto de Infração.

A autuante apresentou informação fiscal à fl. 137, onde acata parcela das razões defensivas, tendo reduzido a quantia cobrada, conforme demonstrativo de fl. 135.

O sujeito passivo foi intimado para se manifestar sobre informação fiscal (fl. 139) e o fez às fls. 142 e 143. Informa que a autuante deixou de considerar o recolhimento do tributo por antecipação parcial no valor de R\$ 508,80, referente à nota fiscal de número 387.207, cujo DAE anexou à fl. 144.

Pede o deferimento de sua pretensão.

Às fls. 149 a 152, a COORDENAÇÃO DE ADMINISTRAÇÃO DO CONSEF juntou comprovantes de pagamento parcial do valor exigido, referente aos fatos geradores reconhecidos pelo autuado.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS devido à falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial e omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

A cobrança da infração 01 encontra respaldo no art. 352-A do RICMS/97, que estabelece que ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, 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. Assim, é legal a exigência do ICMS por antecipação parcial quando restar comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização.

A autuante acatou parcialmente as razões defensivas do sujeito passivo, tendo elaborado novo demonstrativo de débito à fl. 135. Ocorre que, no mês de julho de 2006, cobrou indevidamente o tributo concernente à nota fiscal número 387.207, pois a antecipação parcial já havia sido paga antes da lavratura do Auto de Infração, no dia 23/10/2006, conforme cópias de documentos de fl. 144.

Desta forma, acato o demonstrativo de fl. 135, elaborado pela autuante, com a exclusão do valor relativo a julho de 2006, de forma que as quantias exigidas são as designadas na planilha abaixo. Infração parcialmente elidida.

JUL/06	200,92
SET/06	99,90
OUT/06	15,07
NOV/06	653,06
TOTAL	968,95

Ainda com relação à infração em comento, faz-se necessário o re-enquadramento da sua multa para o art. 42, inc. II, letra “f” da Lei 7.014/96 (no período anterior a 11/2007, inclusive) e 42, inc. II, letra “d” da Lei nº 7.014/96 (a partir do mês de 12/2007), em consonância com a jurisprudência reiterada das Câmaras de Julgamento do CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF nº 0060-11/09, e pronunciamentos da Procuradoria Estadual, motivo pelo qual transcrevo, abaixo, parte do acórdão A-0227-05.09, desta mesma 5ª JJF, de relatoria do julgador Tolstoi Seara Nolasco.

“Por outro lado, no presente Auto de Infração, a penalidade imputada ao sujeito passivo se encontra prevista no art. 42, inc. I, alínea “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96. O mencionado dispositivo apresentava a redação abaixo transcrita à época da verificação dos fatos geradores lançados no Auto de Infração:

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

I - 50% (cinqüenta por cento) do valor do imposto, na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares:

...

b) tratando-se de pessoas dispensadas da escrituração regular de livros fiscais, exceto nos casos de infrações constatadas no trânsito de mercadorias, relativamente ao pagamento:

I - do imposto devido por microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, nas entradas de mercadorias sujeitas à antecipação ou substituição tributária, quando procedentes de fora do Estado;

(...)

Consignou a PGE/PROFIS, em diversos pareceres, que o texto da norma em questão, a despeito de remeter a uma ilação da possibilidade de sua aplicação às hipóteses de não recolhimento da antecipação parcial por microempresas e empresas de pequeno porte, mostra-se irrazoável, tendo em vista a obrigatoriedade simbiótica entre o artigo em análise e os princípios régios da proporcionalidade e da legalidade estrita, vinculados à imputação de penalidades. Ressaltou que seria ilógico não aplicar uma penalidade adstrita ao regime normal de tributação, prevista no art. 42, inc. II, “d”, aplicando-a, entretanto, aos contribuintes regidos pelo regime simplificado, considerando ademais, o tratamento diferenciado conferido pela Constituição Federal aos pequenos e médios contribuintes, consoante normas estampadas no art. 179 da Carta Magna.

Também foi ressaltada pela PGE/PROFIS a impossibilidade de aplicação da multa prevista no art. 42, II, “d”, ao presente caso, considerando que antes da alteração legislativa promovida pela Lei nº 10.847/07, o dispositivo normativo não abarcava a figura da antecipação parcial, referindo o mesmo ao instituto à substituição tributária, além de o citado comando normativo não alcançar expressamente empresas inscritas nos regimes simplificados de apuração do tributo.

Todavia, consoante entendimento do órgão jurídico do Estado, já se encontrava previsto no ordenamento jurídico tributário estadual, à época da ocorrência dos fatos geradores, a norma tributária-penal, inserida no art. 42, inciso II, alínea “f”, que nos remete à possibilidade de aplicação da multa de 60% para as hipóteses de não recolhimento da antecipação parcial, para todas as categorias de contribuintes, uma vez que de forma conceitual aberta, o referido dispositivo apregoa a aplicação de sanção quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa da prevista no inc. II, do art. 4, que importe em descumprimento de obrigação principal. Nessa linha de entendimento, mostra-se juridicamente possível o re-enquadramento da infração originalmente imputada, conforme autoriza o art. 142 c/c o art. 149 do Código Tributário Nacional (CTN), que ao disciplinar o ato de lançamento tributário afirma que compete à autoridade fiscal propor a penalidade cabível, podendo, entretanto, essa proposição ser revista de ofício, pela instância julgadora, visando o devido enquadramento normativo do fato tributável aos ditames da lei. Nessa direção, por sinal, se posiciona a legislação do processo administrativo fiscal do Estado da Bahia, no art. 19 do RPAF/99, que não inquia de nulidade o lançamento que contenha indicação errônea do dispositivo de lei ou regulamento, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente a infração cometida pelo contribuinte.

No caso presente, houve equívoco no enquadramento do fato infracional, no art. 42, inc. I, “b”, item 1, quando o correto seria o art. 42, inc. II, letra “f”. Todavia, esse equívoco não implicou em modificação do núcleo da exigência fiscal, que remanesce inalterada e circunscrita à cobrança do ICMS da antecipação parcial.

Dessa forma, em face do acima exposto, reviso o lançamento em lide, re-enquadrando as infrações praticadas pelo contribuinte atinentes à falta de recolhimento da antecipação parcial, para o art. 42, inc. II, letra “f”, relativamente aos fatos geradores anteriores à edição da Lei nº 10.847/07, ficando, todavia, ressalvada a possibilidade de o sujeito passivo requerer a dispensa da multa a ele imposta, se valendo do meio processual previsto no art. 158 do RPAF, com pedido dirigido à Câmara Superior, considerando que o errôneo enquadramento do fato infracional pelo autuante o induziu a erro, impossibilitando que o mesmo exercesse o direito de pagamento do tributo com redução de 100% da multa, conforme autoriza o comando normativo contido no art. 45-A da Lei nº 7.014/96. Nesse sentido o CONSEF já se manifestou, conforme decisão recentemente proferida por uma das suas Câmaras de Julgamento Fiscal, no Acórdão nº 0060-11/09.

*Destaco ainda que o fato de a legislação baiana ter sido posteriormente alterada para incluir expressamente a falta de recolhimento da antecipação parcial no rol das infrações previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96 em nada altera a aplicação da alínea “f” aos fatos geradores anteriores à vigência da Lei nº 10.847/07, tendo em vista não haver ofensa ao princípio da irretroatividade das normas de conteúdo sancionatório, aplicando ao caso outro princípio jurídico, segundo o qual, os fatos são regidos pelas normas vigentes à época da sua ocorrência (*tempus regit actum*).*

Fica, portanto, mantido o núcleo da exigência fiscal, revisando-se tão somente a capitulação legal do fato infracional, com o re-enquadramento da multa, originalmente capitulada no art. 42, inc. I, alínea “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96, no percentual de 50% para o art. 42, inc. II, letra “f”, no percentual de 60%, relativamente ao imposto devido por antecipação parcial, conforme fundamentação tracejada linhas atrás.”

Tal correção (para o art. 42, inc. II, letra "f" da Lei nº 7.014/96), diz respeito ao período anterior a 11/2007, inclusive. Tendo-se em vista a redação atual da alínea "d", do inciso II do *caput* do art. 42, dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, efeitos a partir de 28/11/07, a multa referente aos meses de 12/2007 e posteriores deve ser enquadrada neste dispositivo, no mesmo percentual acima mencionado (60%).

Com relação à segunda infração, a autuante também acatou as razões de defesa, tendo elaborado novo demonstrativo à fl. 135 (últimas colunas), que não foi contestado pelo contribuinte. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Situação em que o contribuinte provou pagamento prévio de parte dos valores exigidos. Desta forma, acato a planilha de fl. 135 elaborada pela autuante, sendo que o valor exigido fica reduzido para R\$ 2.612,99. Infração parcialmente elidida.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 3.581,94, com o reenquadramento da multa da infração 1, sendo que as quantias já pagas devem ser homologadas.

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 129423.0068/08-8, lavrado contra **SAMÓVEIS COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$3.581,94**, acrescido das multas de 60% sobre R\$968,95, e 70% sobre R\$2.612,99, previstas no art. 42, II, alíneas "d" e "f", e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR