

A. I. Nº - 087078.0003/09-0
AUTUADO - ANDRALMEIDA SUPERMERCADO LTDA.
AUTUANTE - ARQUINITO PINHEIRO SOUSA
ORIGEM - INFAC VITÓRIA CONQUISTA
INTERNET 22.12.09

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0377-05/09

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 1% e de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações procedentes. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. b) PAGAMENTO A MENOS. Infrações comprovadas. 4. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BEM DO ATIVO FIXO. Infração devidamente caracterizada. 5. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas e o RAICMS. Infração comprovada. Auto de infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/06/2009, exige ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de R\$ 10.549,85 em razão de:

1. Ter dado entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 811,52;
2. Ter dado entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 2.737,33.
3. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. ICMS no valor de R\$ 1.038,08 e multa de 60%.
4. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades de Federação adquiridas para fins de comercialização. ICMS no valor de R\$ 1.305,34 e multa de 60%.

5. Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. ICMS no valor de R\$ 2.994,84 e multa de 60%.
6. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 1.480,00 e multa de 60%.
7. Recolheu a menos ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no Livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. ICMS no valor de R\$ 182,74 e multa de 60%.

O autuado ingressa com defesa, fls. 1007 a 1013, tecendo os seguintes comentários:

Com relação às infrações 4 e 5 afirma que encontra-se inscrita no cadastro do ICMS do Estado da Bahia na condição de “normal”, sujeitando-se à apuração do imposto através da conta corrente fiscal (débito/crédito).

Diz que o autuante não poderia ter cobrado o ICMS correspondente e a multa, pelo fato de que as mercadorias constantes das notas fiscais identificadas no levantamento fiscal foram tributadas nas saídas subsequentes.

Quanto à multa, afirma que o art. 915, § 1º, II, “d”, nas datas dos fatos geradores (exercícios de 2006 e 2007), fazia referência somente à falta de recolhimento do imposto em antecipação total. Que somente a partir da alteração nº 99, mediante o Decreto nº 10.840, com efeitos a partir de 19/01/2008 é que veio a atual redação, fazendo referência expressa à antecipação parcial. Que desse modo não se pode cobrar penalidade isolada por fato anterior à sua tipificação.

Ressalta que a importância paga por antecipação parcial pode ser recuperada na escrita fiscal no mês do efetivo pagamento, conforme dispõe o art. 915 do RICMS/BA. Que por essa razão há que ser excluído o valor do imposto cobrado nas infrações 4 e 5, bem como a multa de 60% por descumprimento da obrigação acessória, vez que aplicável somente à antecipação total à época dos fatos.

Quanto à infração 6 afirma que a qualificação dos fatos para efeito de cobrança do imposto estadual é equivocada, pois o veículo encontra-se abrangido pelo Convênio ICMS 132/1992, sendo incluído no regime de substituição tributária. Trata-se de um Fiat Fiorino, ou seja, um veículo leve, de uso misto classificado na NCM 8703.22.90.

Alega que a matéria passa a ser regida pelo Convênio ICMS 132/92, cujos Estados da Bahia e de Minas Gerais (Estado onde se localiza a Fiat Automóveis S.A) são signatários.

Ressalta que de acordo com a cláusula primeira do convênio, nas saídas interestaduais com veículos novos, fica atribuída ao estabelecimento industrial a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes, inclusive na entrada com destino ao ativo imobilizado.

Do exposto entendeu que o autuante não poderia cobrar o imposto relativo à aquisição do veículo para uso no ativo imobilizado, estando o referido veículo incluído no Convênio ICMS 132/92. Afirma que o único responsável pelo pagamento do ICMS incidente sobre os veículos é a Fiat Automóveis S.A, que, por sua vez, já recolheu o imposto devido, como pode ser verificado no carimbo na nota fiscal “ICMS recolhido anteriormente nos termos do Convênio ICMS 132/92”.

Requer a procedência parcial do auto de infração, declarando a insubstância da infração 6.

O autuante presta informação fiscal fls. 1017 a 1020 com os seguintes comentários:

Que a empresa reconhece as infrações 1, 2, 3 e 7.

Quanto à infração 4 e a 5 alega ser claro o art. 352-A do RICMS quando diz 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 aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal”.

Ressalta que quando o legislador não discrimina algo é porque ele quer que aquilo seja generalizado, como é o caso do art. 915 inciso II, alínea “d”.

Na infração 6, entende que procede a afirmação do autuado no sentido de que a fiscalização deixou de aplicar as disposições contidas no Convênio ICMS 132/92. No entanto, alega que não as aplicou por uma questão de interpretação das normas jurídicas que regem a espécie, já que:

1. A aquisição do veículo Fiorino, código NBM/SH 8703.22.90, automóveis com motor explosão, de cilindrada superior a 1000CM3, mas não superior a 1500CM3 fora efetuada à empresa distribuidora autorizada (concessionária) DHJ COMERCIO DE VEICULOS LTDA, situada em São Paulo, através da Nota Fiscal de nº 203823, datada de 27/01/2006, às fls. 36, e não diretamente da montadora FIAT, localizada no Estado de Minas Gerais, como que o autuado, situação em que impõe o tratamento previsto na cláusula segunda, § 1º do convênio.

Ressalta que o aludido convênio é taxativo ao determinar a substituição tributária para as mercadorias destinadas ao ativo imobilizado, quando se tratar de estabelecimento destinatário que efetuar operação interestadual, situação da qual se enquadra à operação em comento.

Afirma que o remetente é de fato distribuidor autorizado, concessionária, que adquiriu o veículo da montadora Fiat, com a retenção do imposto. Que para fins de resarcimento do imposto retido pela montadora e que o seu recolhimento original recaiu sobre a concessionária, esta deverá emitir nota fiscal no valor do imposto originalmente retido, destinado a montadora, fazendo acompanhar cópia do documento de arrecadação relativo à operação interestadual.

2. Que a situação descrita nos leva a um aparente conflito de normas, ao cotejá-la com as disposições contidas no art. 355, V do RICMS/BA.

Afirma que um convênio para viger em determinado Estado signatário, tem a necessidade de fazer a sua ratificação através do Decreto do Executivo. Que as duas normas – RICMS e Convênio- foram chanceladas através de Decreto, passando a ter força normativa em igual nível hierárquico.

Aduz que as normas são legais e constitucionais e, ao adotar os princípios da plausibilidade e ponderação das normas, por uma questão de razoabilidade adotou a mais benéfica ao contribuinte, ou seja, aquelas insertas no Decreto nº 6284/97. Que o art. 355, V do RICMS/BA é autoexplicativa.

Requer que o auto de infração seja julgado totalmente procedente.

VOTO

No mérito, a empresa autuada reconhece o cometimento das infrações 1, 2, 3 e 7, e estando fora da apreciação deste CONSEF ficam mantidas.

As infrações 4 e 5 referem-se à antecipação parcial, cujo imposto não teria sido recolhido (infração 4) e foi recolhido a menos (infração 5).

A antecipação parcial está prevista no art. 352-A do RICMS/97, e o pagamento é cabível nas entradas interestaduais de mercadorias para serem comercializadas no Estado da Bahia, não enquadradas no regime de substituição tributária, na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Verifico que os fatos geradores autuados ocorreram no exercício de 2006 e de 2007, e a multa aplicada remete ao art. 42, II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, cuja redação é a seguinte:

“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;”;

Ocorre que a redação atual da alínea “d” foi dada pela Lei 10.847, de 27/11/2007, DOE de 28/11/07, efeitos a partir de 28/11/07. A redação anterior previa a hipótese de “quando o imposto não for recolhido por antecipação, nas hipóteses regulamentares.”

Ao ser acrescentada a expressão “inclusive por antecipação parcial”, evidente que o legislador considerou que até então, não havia previsão de multa específica para a falta de antecipação da “antecipação Parcial”. De fato, a chamada “antecipação parcial” não se confunde com a substituição tributária por antecipação. Na primeira não há o encerramento da fase de tributação, e na outra há aplicação de MVA. Outrossim, as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária não estão sujeitas à antecipação parcial.

Embora o auditor fiscal tenha aplicado a multa prevista no art. 42, II, “d”, à época dos fatos geradores, ocorridos até o mês de novembro de 2007, não caberia este enquadramento legal, por não haver a previsão expressa da “antecipação parcial”, neste dispositivo. Contudo, houve o cometimento da infração, isto é não foi promovido o devido pagamento do ICMS relativo à antecipação parcial nas épocas próprias, e neste caso, a multa a ser aplicada está prevista no art. 42, II, “f”, prevista para todo e qualquer caso em que se configura infração diversa das expressamente previstas nos demais tópicos do art. 42, que importe descumprimento de obrigação tributária principal, não havendo dolo.

Deste modo, as infrações ficam mantidas, com a correção da multa para a prevista no art. 42, II, “f”, para as ocorrências até o mês de novembro de 2007, e no mês de dezembro de 2007, a multa continua sendo a prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Quanto à alegação de que teria pago o ICMS nas saídas das mercadorias, este fato não ficou comprovado.

Quanto à infração 6, está sendo exigido ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do estabelecimento.

O demonstrativo encontra-se na fl. 30 e cópia da nota fiscal na fl. 36. Refere-se a Nota Fiscal nº 203823, emissão de 27/01/2006, no valor de R\$ 29.600,00.

O sujeito passivo em sua peça de defesa argui que o veículo encontra-se abrangido pelo Convênio ICMS 132/1992, e incluído no regime de substituição tributária. Trata- se de um Fiat Fiorino, veículo leve de uso misto, classificado na NCM 8703.22.90.

Ocorre que o veículo foi adquirido no Estado de São Paulo, por meio de uma concessionária, e o Convênio ICMS 132/92, atribui ao estabelecimento industrial a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes, mas esta hipótese não se enquadra à presente acusação, pois o que está se cobrando é a diferença de alíquotas.

No art. 7º do RICMS/BA, estão listadas as hipóteses em que não é devido o pagamento da diferença de alíquotas, e não há previsão para o caso de aquisição de bem do ativo imobilizado, em outra unidade da Federação, para uso próprio da empresa, quando a operação de remessa for tributada.

A montadora Fiat Automóveis, recolheu o ICMS para o Estado de São Paulo, todavia, como ocorreu uma nova operação, a mercadoria foi remetida para o Estado da Bahia, e o remetente é estabelecimento varejista (concessionária), não figurando no Convênio ICMS 132/92, como sujeito passivo por substituição. Logo, a alegação de que o adquirente não é o responsável pelo pagamento da diferença de alíquotas, não encontra respaldo na legislação do Estado da Bahia, quando disciplina a matéria no art. 6º no RICMS/97.

Portanto, aplicável o disposto no art. 5º, I do RICMS/97, sendo devido o pagamento da diferença de alíquotas, no momento da entrada no estabelecimento de contribuinte, de bem oriundo de outras unidade da Federação, quando destinado a ativo permanente do estabelecimento.

Infração mantida.

Voto pela PROCÊDENCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **087078.0003/09-0**, lavrado contra **ANDRALMEIDA SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.001,00**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, II, alíneas “d”, “f” e “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$3.548,85**, previstas nos, incisos XI e IX, do mesmo dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios, conforme previsão na Lei nº 9.837/05

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

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

PAULO DANILLO REIS LOPES - JULGADOR