

A. I. N° - 110427.0049/08-2
AUTUADO - PORTO INDÚSTRIA TÊXTIL LTDA.
AUTUANTE - NÉLIO MANOEL DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET 23.12.09

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0384-05/09

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Ilícito reconhecido e débito parcelado. Infração mantida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. a) NA CONDIÇÃO DE MICROEMPRESA. Ilícito reconhecido e débito parcelado. Infração mantida. Re-enquadramento da multa para o art. 42, inc. II, letra “f” da Lei 7.014/96, em consonância com a jurisprudência reiterada das Câmaras de Julgamento do CONSEF e pronunciamentos da Procuradoria Estadual. b) COMO MICROEMPRESA NÃO OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. Infração descaracterizada, pois restou comprovado que as mercadorias sofreram processo de industrialização. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 23/12/2008, traz a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$ 77.303,49, tendo-se em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

1. Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. R\$ 75.137,08. Multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a” da Lei 7.014/96.
2. Falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, relativo a mercadorias provenientes de fora do Estado. Refere-se à aquisição de sacos alvejados, não integrados ao processo de transformação ou de industrialização, comercializados normalmente, conforme demonstrativo do Anexo III. R\$ 595,31. Multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b” da Lei 7.014/96.
3. Falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, na condição de microempresa não optante do Simples Nacional, relativo a mercadorias provenientes de fora do Estado. Refere-se à aquisição de sacos alvejados, não integrados ao processo de transformação ou de industrialização, comercializados normalmente, conforme demonstrativo do Anexo III. R\$ 1.571,10. Multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b” da Lei 7.014/96.

Através de advogados regularmente constituídos, nos termos do instrumento de mandato de fl. 54, o autuado ingressa com impugnação às fls. 48 a 53.

Inicialmente, observa que é microempresa, atuante em um mercado singelo, com grandes fragilidades financeiras, que toda sua atividade fabril é desenvolvida com maquinário simples e com 15 empregados.

Em sentido contrário ao que foi consignado no Auto de Infração, diz que os sacos alvejados são submetidos a processo de industrialização. Primeiramente, são recebidos em fardos, nos quais vêm em estado bruto, prensados e empacotados. Em seguida, são retirados pelos funcionários para verificar eventuais avarias que os tornem impróprios para continuar no processo de industrialização. Seleccionados, os sacos passam para a fase de refino, que trata de corte das

aparas, alongamento dos fios de algodão e “recostura” por máquinas de costura industriais, tudo isso conforme as fotos colacionadas às fls. 49 a 51.

Os mesmos sacos são também utilizados como matéria prima para a confecção de panos para copa e cozinha, através dos processos de pintura e costura em overloque. Alega que a Fiscalização considerou que os panos para copa e cozinha são submetidos ao processo de industrialização, mas os sacos alvejados não, talvez porque os primeiros possuem pintura, ao contrário dos sacos.

Anexa ao PAF CD com as originais das fotos apresentadas, amostra de saco alvejado em estado bruto, duas amostras de saco alvejado após a transformação e uma amostra de saco alvejado após mais transformações, que corresponde ao pano para copa e cozinha.

Requer a “extinção do crédito tributário”.

Na informação fiscal de fls. 77 a 80, o autuante nega que tenha havido qualquer processo de industrialização nos sacos alvejados, afirmando que a situação fática não se enquadra no parágrafo 5º do art. 2º do RICMS/BA.

Refuta a argumentação de que parte dos mencionados sacos destinou-se ao fabrico de panos para copa e cozinha, pois no período auditado foram detectadas mais vendas daqueles produtos do que entradas, o que demonstra que todas as mercadorias adquiridas foram vendidas. Registra que a empresa recebe tecidos em grandes quantidades, para serem utilizados como matéria prima na confecção de diversos produtos, inclusive panos para copa e cozinha. Anexa demonstrativos para comprovar suas alegações.

Conclui requerendo a procedência do Auto de Infração.

A COORDENAÇÃO DE ADMINISTRAÇÃO do CONSEF juntou, às fls. 85 a 87, comprovantes de parcelamento dos débitos consignados nas infrações 1 e 2.

VOTO

As infrações 1 e 2 não foram impugnadas e tiveram seus débitos parcelados, conforme RELATÓRIO DE DÉBITO DO PAF de fl. 87. Dessa forma, as mesmas não terão o mérito apreciado neste julgamento.

Todavia, faz-se necessário o re-enquadramento da multa aplicada na infração 02 para o art. 42, inc. II, letra “f” da Lei nº 7.014/96, 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% (cinquenta 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:

1 - 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 obrigatoria simbiose 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 inquina 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 equivocado 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 a 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.

Infrações 1 e 2 mantidas, com o re-enquadramento da multa da infração 02 para o art. 42, inc. II, letra “f” da Lei nº 7.014/96.

No tocante à terceira infração, o cerne da questão é determinar se os sacos alvejados foram ou não destinados à comercialização, pois somente nessa hipótese é cabível a exigência do ICMS por antecipação parcial.

Nos termos do parágrafo 5º do art. 2º do RICMS/BA, consideram-se produtos industrializados aqueles relacionados na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI) (Decreto nº 4.542, de 26 de dezembro de 2002), decorrentes de operação que modifique a natureza,

o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoamento para o consumo, tais como: transformação, assim entendida a que, executada sobre matéria-prima ou produto intermediário, resulte na obtenção de espécie nova; beneficiamento, a que importe modificação, aperfeiçoamento ou, de qualquer forma, alteração do funcionamento, da utilização, do acabamento ou da aparência do produto; montagem, a que consista na reunião de peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma; acondicionamento ou reacondicionamento, a que importe alteração da apresentação do produto pela colocação de embalagem, ainda que em substituição à originária, salvo quando se tratar de simples embalagem de apresentação de produto primário ou de embalagem destinada apenas ao transporte da mercadoria; renovação ou reacondicionamento, a que, executada sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização.

Ora, da análise dos fatos e elementos de prova colacionados pelo sujeito passivo na impugnação, independentemente de parte dos sacos alvejados ser ou não destinados ao fabrico de panos de copa / cozinha, entendo que os procedimentos a que são submetidos são subsumíveis a quase todas as hipóteses acima mencionadas, o que não caracteriza a sua destinação ao comércio na forma em que são adquiridos, condição necessária para fazer incidir o imposto por antecipação parcial. Infração 3 descaracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 75.732,39, sendo que os valores já pagos devem ser homologados. O PAF deve ser encaminhado à INFAZ de origem para se acompanhe o parcelamento.

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 110427.0049/08-2, lavrado contra **PORTO INDÚSTRIA TÊXTIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$75.732,39**, acrescido das multas de 50% sobre R\$75.137,08, e 60% sobre R\$595,31, previstas no art. 42, incisos I, “a” e II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, sendo que os valores já pagos devem ser homologados e o processo encaminhado à INFAZ de origem, para acompanhamento do parcelamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA