

A. I. N° - 281240.0037/09-8
AUTUADO - OXIBRÁS RECICLAGEM DE METAIS LTDA.
AUTUANTE - AURELINO ALMEIDA SANTOS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 22.04.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0089-04/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. É devida a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a 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 penalidade proposta pelo autuante, para o art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96, pois os fatos geradores são antes da edição da Lei nº 10.846/07. Refeitos os cálculos. Afastada a preliminar de nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 11/11/2009, exige ICMS, no valor histórico de R\$13.568,40 acrescido da multa de 60%, decorrente da falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

O autuado apresentou defesa, fls. 29/32, argumentando que se encontra enquadrado no Simples Nacional, entendendo que o ICMS autuado já foi recolhido dentro dos valores mensais do referido regime.

Assevera que está enquadrado no regime de Diferimento.

Diz reconhecer parte do valor autuado.

Aduz que os cálculos realizados pela fiscalização são incorretos e requer a nulidade da autuação.

Em seguida, fls. 30 a 32, passou a tratar de uma suposta infração 02, a qual não existe no Auto de Infração em lide.

Ao finalizar, requer a “nulidade dos lançamentos em partes”, do auto em lide e do outro Auto de Infração diferente do presente.

O auditor autuante ao prestar a informação fiscal, fl. 41, informa que, no período autuado, a empresa estava na “condição de Normal”, conforme extrato do sistema INC – Informações do contribuinte, fl. 09.

Diz que também não é verdade que a empresa opera com o regime de Diferimento, pois a empresa não tem autorização da SEFAZ/BA para atuar neste regime.

Salienta que houve erro do contribuinte ao requerer a “nulidade parcial” dos dois Autos de Infração, quando cita o de número 232.175.0003/09-2, o qual o autuante assevera que desconhece totalmente.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que Infração em tela para exigir imposto decorrente da falta de reco.

antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que a alegação de erros nos cálculos não é causa para nulidade do auto, se trata de questão de mérito, a qual será analisada oportunamente, também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação. Ademais, o próprio contribuinte reconhece parcialmente a autuação.

O argumento defensivo de que não é devido o ICMS Antecipação Parcial por se encontrar enquadrado do Simples Nacional, não pode ser acolhido. Em primeiro lugar, de acordo com o extrato do sistema INC – Informações do Contribuinte – Histórico de Econômico/Condição/Situação, fl. 09, o sujeito passivo estava na condição de “Normal” e não no Simples Nacional como alegou. Em segundo lugar, mesmo que estivesse no Simples Nacional seria devido o imposto reclamado, uma vez que o regime de antecipação parcial tem sua incidência prevista em relação às aquisições interestaduais para fins de comercialização, conforme dispõe o art. 12-A da Lei nº 7.014/97, incluído pela Lei nº 8.967/03, o qual transcrevo para um melhor entendimento:

*“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, 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 III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.*

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

I - isenção;

II - não-incidência;

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

§ 2º O regulamento poderá fazer exclusões da sistemática de antecipação parcial do imposto por mercadoria ou por atividade econômica.”

§ 3º Nas operações com álcool poderá ser exigida a antecipação parcial do imposto, na forma que dispuser o regulamento. (grifo nosso)”

Quanto à alegação defensiva de que as operações encontram-se amparadas pelo regime de Diferimento, o mesmo não apresentou nenhuma prova de sua alegação. Ademais, se trata de sucata que são revendidas pelo autuado. Devo ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa estar acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

No mérito, a defesa alegou a existência de erro nos cálculos do autuante. Observo que o levantamento elaborado pela fiscalização, fl. 07, foi embasado nas cópias das notas fiscais acostadas aos autos às folhas 13 a 23. Assiste razão ao autuado, de acordo com o artigo 61, IX, do RICMS/BA, em relação às Notas Fiscais nºs 575.307 e 783.495, nas quais foram consideradas como bases de cálculos os valores equivocados de R\$ 40.000,00 e R\$ 5.900,00, respectivamente, quando o correto é R\$ 2.583,33 para Nota Fiscal nº 578,805 cópia à folha 18, e R\$ 3.429,00 para Nota Fiscal nº 783.495, ficando o ICMS devido para os meses de janeiro e fevereiro reduzidos para R\$ 997,16 e R\$ 5.969,82, respectivamente.

Quanto ao argumento defensivo de uma suposta infração 02, entendo ser mais uma confusão de peça defensiva, pois o Auto de Infração em lide consta apenas em relação ao outro auto de infração citado pela defesa, AI 232175.0003

defensiva, foi objeto de autuação relativo ao segundo semestre de 2007. Portanto, não tem nenhuma relação com o AI-281240.0037/09-8 ora em lide, o qual tem como data de ocorrência os meses de janeiro e maio de 2007.

Quanto à multa aplicada, entendo que não se pode confundir a “antecipação parcial”, que nada mais é que um adiantamento ao Estado, com a “substituição tributária”, na modalidade da “antecipação”, que é um instituto com conceito, forma e objetivos diversos. A multa decorrente da “falta de antecipação”, ou seja, da infração correspondente à “substituição tributária”, para empresa enquadrada no então SimBahia é de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Em relação à penalidade aplicada no Auto de Infração em lide, considerando a alteração legislativa promovida pela Lei nº 10.847/07, no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, com efeitos a partir de 28/11/07, que acrescentou a expressão “inclusive antecipação parcial” no referido dispositivo legal que capitula a multa pela falta de recolhimento do ICMS, nos casos de antecipação tributária.

O Conselho de Fazenda, o qual já firmou entendimento contrário ao conteúdo da mesma, conforme diversos Acórdãos da 1ª e da 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, apenas a título de exemplo, cito os acórdãos nºs CJF Nºs. 0203-12/09, 0209-12/09, 0214-12/09, 0252-12/09 e 0301-12/09

Acompanho a tese defendida nas decisões majoritárias acima citadas, as quais foram embasadas em pareceres dos ilustres representantes da PGE/PROFIS. De fato, no sentido estrito, os institutos da antecipação parcial e a antecipação são institutos diversos. Na primeira, ocorre apenas a antecipação de parte do ICMS, não havendo encerramento da fase de tributação e não se aplica às mercadorias enquadradas na Substituição Tributária. Enquanto que na segunda, uma vez realizada antecipação do ICMS, o que somente ocorre sobre as operações com mercadorias enquadradas na Substituição Tributária, a fase de tributação é encerrada.

Nos diversos acórdãos acima apontados, tem sido citado o posicionamento da PGE/PROFIS pela impossibilidade de aplicação da multa prevista no art. 42, inc. II, “d”, para as infrações relativas à antecipação parcial, 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 da substituição tributária. Entretanto, como já se encontrava previsto no ordenamento jurídico tributário estadual, à época da ocorrência dos fatos, a previsão punitiva tributária, consignada no art. 42, inc. II, alínea “f”, esse fato possibilita aplicar multa de 60% para as hipóteses de não recolhimento da antecipação parcial, para todas as categorias de contribuintes, uma vez que o referido dispositivo prevê a aplicação de sanção quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa da prevista no inc. II, do art. 42, que importe em descumprimento de obrigação principal.

É importante ressaltar que, conforme previsão expressa do art. 19 do RPAF/99, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. No mesmo sentido, o Código Tributário Nacional – CTN, nos artigos 142 e 149, ao tratar do lançamento tributário, estabelece que compete à autoridade fiscal propor a penalidade cabível, podendo, entretanto, essa proposição ser revista de ofício, pela instância julgadora, visando o devido enquadramento legal do fato tributável.

Seguindo essa linha de raciocínio, a multa aplicada pelo autuante, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, foi equivocada, haja vista que a referida penalidade era aplicável apenas nas hipóteses da falta de pagamento do ICMS devido por antecipação tributária propriamente dita. Para a falta de pagamento de ICMS devido por antecipação “parcial”, a pena correta, à época, era a prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da citada Lei, porém esse fato não implicou em modificação no núcleo da exigência fiscal, que remanesce inalterada e circunscrita à cobrança do ICMS da antecipação parcial.

Por tudo acima exposto, retifico a multa indicada no percentual de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, para a prevista na alínea “f” do inciso II do mesmo artigo e lei, no percentual de 60%, uma vez que esta era a pena prevista na lei para a irregularidade à época dos fatos geradores.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARICAL do Auto de Infração, conforme abaixo:

DATA OCORR	ICMS DEVIDO
31.01.2007	997,16
31.05.2007	5.969,82
TOTAL	6.966,98

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281240.0037/09-8**, lavrado contra **OXIBRÁS RECICLAGEM DE METAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.966,98**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de abril de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR