

A. I. Nº - 140764.0023/09-4

AUTUADO - ANTONIO VITORINO DE SOUZA DE MORTUGABA

AUTUANTE - ETEVALDO NONICO SILVA

ORIGEM - INFAZ GUANAMBI

INTERNET 19.05.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0105-05/10

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. EMPRESA ENQUADRADA NO REGIME SIMBAHIA Infração reconhecida pelo contribuinte. Re-enquadramento da multa da obrigação principal, em concordância com reiterada jurisprudência deste CONSEF. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. OMISSÃO DE INFORMAÇÕES. MULTA. O próprio autuado admite que não declarou informações relativas à mercadorias adquiridas para integrar o seu ativo fixo, por entender que as mesmas se encontravam sujeitas ao regime de substituição e/ou antecipação tributária. A legislação do ICMS, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, exigia que todas as mercadorias entradas no estabelecimento fossem declaradas na DME. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 18/12/2009, para exigir ICMS e multa, no valor total de R\$9.485,60, em razão das irregularidades abaixo descritas:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS – antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora Estado. Meses de maio, julho, setembro e dezembro de 2004. Valor do imposto: R\$ 229,80;

INFRAÇÃO 2 – Omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME (Declaração de Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte). Ocorrência verificada em 30/04/2004. Valor da multa: R\$ 9.255,80 (correspondente a 5% do valor comercial das mercadorias).

O autuado apresentou impugnação (fl. 29), reconhecendo, de início, a procedência da infração 1. No tocante à segunda imputação fez observar que as operações objeto do lançamento da multa não se referem à mercadorias (bens destinados ao comércio ou para fins de venda), mas à aquisição de bens para o ativo imobilizado, envolvendo veículos sujeitos ao regime de substituição tributária. Diante desse fato postula que a multa aplicável à situação é aquela prevista no art. 915, inc. XVIII, do RICMS. Frisou ainda que o art. 408 e todo o Capítulo correspondente do Regulamento foram revogados pelo Decreto nº 10.396/07 e que as disposições do art. 335 da norma regulamentar foram devidamente cumpridas com a entrega tempestiva das informações exigidas.

Ao final, postulou pela conversão do lançamento do item 2 em penalidade fixa.

O autuante, apresentou sua informação fiscal, apensada às fls. 74/78 dos autos. Após fazer uma breve síntese das argumentações defensivas, afirmou que o RICMS ~~em seu art. 110, estabelece~~ que as obrigações acessórias têm por objeto prestações positivas ou de ato ou abstenção de fato, estabelecidas no interesse da arrecadação de tributos, tais como: inscrição, emissão de documentos, escrituração e fornecimento de informações periódicas etc.

Destacou ainda que a Declaração de Movimento Econômico (DME) foi substituída, a partir de 01/07/07, pela declaração única de informações socioeconômicas e fiscais, para microempresas e empresas de pequeno porte, optantes do Simples, a partir da alteração nº 91, operada no RICMS/97, através do Decreto nº 10.396/07. Todavia, no período entre 01/01/99 a 30/06/07, a DME era obrigatória para os contribuintes do antigo SimBahia, conforme prescrevia o art. 332, III, do Regulamento.

Transcreveu em seguida o art. 335 do RICMS, para destacar a obrigatoriedade de entrega da DME, para cada exercício encerrado, abarcando os valores de compras do período, tais como, mercadorias do exterior, bem como de dentro e de fora do Estado, transferências, ativo immobilizado, material de uso e consumo, serviços, além dos estoques, inicial e final.

Disse ainda que as notas fiscais que serviram de base para a exigência fiscal foram obtidas via circularização no SINTEGRA, e foram emitidas, respectivamente, por MONVEP e FACCHINI, compreendendo a aquisição de 2 (dois) caminhões e uma carroceria, cujos valores não foram informados na DME, estando, por conseguinte, o contribuinte sujeito à penalidade, a razão de 5% do valor comercial das mercadorias, conforme previsto no inc. XII-A, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02, cujo teor transcreveu na peça informativa.

Frisou, por fim, que o pedido de revisão da multa postulada pelo autuado não procede, visto que a penalidade sugerida, de 1%, é aplicável às empresas do regime normal, pela falta de escrituração fiscal de mercadorias isentas, não tributadas e substituídas.

Conclui, requerendo a manutenção “*in totum*” do Auto de Infração.

VOTO

A infração 1, atinente à falta de pagamento da antecipação parcial, foi expressamente reconhecida pelo contribuinte. Diante desse fato, que caracteriza a confissão do débito apurado, julgo procedente a acusação fiscal.

Todavia, de ofício, esta Junta de Julgamento levanta uma questão de ordem pública, vinculada à penalidade aplicada no Auto de Infração, atinente à exigência da antecipação parcial quanto aos fatos geradores anteriores a 28/11/2007.

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, acrescentou a expressão “inclusive antecipação parcial” no referido dispositivo legal, descontornado a análise da possibilidade jurídica de manutenção da multa proposta pela autuante em relação aos fatos geradores que se concretizaram antes da novel legislação.

Acerca desta matéria, a Procuradoria Estadual e as Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, vêm decidindo no sentido da irretroatividade da lei editada em 2007, todavia, é consignada nas decisões das instâncias recursais a possibilidade de re-enquadramento da infração, conforme veremos a seguir.

Inicialmente, ressalto que na decisão proferida em 1ª Instância, no Acórdão nº 0233-02-08, da lavra do eminente julgador José Bizerra Lima Irmão (processo nº 269131.0008/07-0), oportunidade em que foi devidamente observado que essa multa aplicava-se inicialmente à falta de antecipação “convencional”, relativamente a operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Depois, com a instituição da cobrança do imposto pelo sistema da chamada “antecipação parcial”, tal multa passou a ser aplicada, também, para a falta de antecipação do imposto por esta última modalidade (“antecipação parcial”), considerando-se que ela é espécie do gênero antecipação. Embora não conste que houvesse questionamentos por parte dos contribuintes, o legislador considerou que deveria tornar “mais clara” a norma e acrescentou à referida alínea “d”, a expressão “inclusive por antecipação parcial”. Poder-se-ia dizer que se trata de uma regra interpretativa, e, como tal, teria efeitos praticamente impossível haver uma norma “interpretativa”. Só é limite a explicitar o que a anterior já diz. No caso aqui considerado, é evidente que houve “inclusão”, ou seja, que houve acréscimo. Se

novo. Em matéria penal – e a regra em apreço é de direito tributário-penal –, somente se admite a retroatividade em se tratando do que a doutrina denomina de retroatividade benigna.

Por outro lado, no presente Auto de Infração, a penalidade imputada ao sujeito passivo no AI se encontrava prevista no art. 42, inc. II, alínea “d”, item 1, da Lei nº 7.014/96. O mencionado dispositivo legal apresentava a redação abaixo transcrita, à época da ocorrência dos fatos geradores verificados nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, julho, agosto e setembro do exercício de 2007.

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, nas hipóteses regulamentares (...)

Consignou a PGE (Procuradoria Geral do Estado), em diversos pareceres, a impossibilidade de aplicação da multa prevista no art. 42, II, “d”, ao presente caso, considerando a 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 do referido comando normativo não alcançar expressamente a 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, inc. 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. 42, 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, prescreve 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 de 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. II, “d”, quando o correto seria o art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei do ICMS. 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-enquadrandoo a infração praticada pelo contribuinte, atinente 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 do sujeito passivo requerer a dispensa da multa a ele imposta, se valendo do meio processual previsto no art. 159 do RPAF, com pedido dirigido à Câmara Superior, considerando que o errôneo enquadramento do fato infracional pelo autuante, induziu o contribuinte 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 fato de a legislação baiana ter sido posterior expressamente a falta de recolhimento da antecipação parcial no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, em nada altera a aplicação da

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-se 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 caputulação legal do fato infracional, com o re-enquadramento da multa, originalmente capitulada no art. 42, inc. II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, para o art. 42, inc. II, letra “f”, do mesmo diploma legal, no percentual de 60%, relativamente ao imposto devido por antecipação parcial, conforme fundamentação tracejada linhas atrás.

Na infração 2, a acusação estampada no Auto de Infração foi formalizada nos seguintes termos - *Omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas informações Econômico-Fiscais apresentadas através de DME (Declaração de Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte*. Essa imputação diz respeito ao descumprimento de obrigação acessória, decorrente de falta de registro de notas fiscais na DME, tratando-se de uma situação fática, ou seja, o contribuinte estava obrigado a informar na DME as notas fiscais de entradas arroladas na autuação e não fez o referido registro.

Relevante registrar que, independentemente do tratamento tributário dispensado à mercadoria, caberia ao autuado informar na DME as entradas, mesmo que o imposto tivesse sido pago antecipadamente ou se referisse a bens adquiridos para integrar o ativo ou para uso e consumo.

Assim não procedem os argumentos defensivos no sentido do re-enquadramento da infração, para a penalidade de 1%, pelo não registro de notas fiscais, prevista no art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96, aplicável somente às empresas do regime normal, sujeitas à escrituração de livros fiscais. Da mesma forma, o pedido de aplicação da penalidade fixa, prevista no inc. XVIII, “c”, do mesmo dispositivo legal não é cabível, visto que multa pela omissão de notas fiscais é específica e afasta aquele dispositivo, atinente a omissões de outra natureza.

Considero, portanto, subsistente esta infração.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA 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 140764.0023/09-4, lavrado contra **ANTONIO VITORINO DE SOUZA DE MORTUGABA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$229,80, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$9.255,80, prevista no artigo 42, XII-A, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de maio de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA