

A. I. Nº - 028924.0011/09-5
AUTUADO - MARSHAL COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO FERNANDO DA CUNHA VEIGA
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 17.05.10

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0117-04/10

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Ilícitos não impugnados pelo sujeito passivo. Mantidas as infrações 01 e 02. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Incide o ICMS por antecipação parcial quando restar comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização. Caracterizadas as infrações 03 e 04. Re-enquadramento da multa para o art. 42, inc. II, letra “f”, em consonância com a jurisprudência reiterada das Câmaras de Julgamento do CONSEF e pronunciamentos da Procuradoria Estadual. Auto de infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 25/11/2009 e exige ICMS no valor de R\$ 266.683,87, acrescido de multas, em razão de terem sido constatadas as seguintes irregularidades:

- 1- Falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração SIMBAHIA. Valor exigido de R\$ 84.057,63 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 3 da Lei nº 7.014/96.
- 2- Recolhimento a menos do ICMS nos prazos regulamentares, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração SIMBAHIA. Valor exigido de R\$ 126.606,10 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 3 da Lei nº 7.014/96.
- 3- Falta de recolhimento do tributo por antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor exigido de R\$ 52.127,65 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei nº 7.014/96.
- 4- Recolhimento a menos do imposto por antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor exigido de R\$ 3.892,49 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 61 a 63. Após aduzir a tempestividade da peça e sintetizar os ilícitos fiscais imputados, passa a expor as suas razões.

Segundo informa, o trabalho da autoridade fiscal dirigi-se à análise da documentação disponibilizada pelo contribuinte (planilhas, notas fiscais etc.), em confronto com as informações de terceiros, extraídas do sistema SINTEGRA, do qual resultou o lançamento em exame.

Tendo apresentado planilha que designa notas fiscais de compra ~~com operações isentas~~ substituídas e não tributadas), limita o seu pedido a que proporcionalidade previsto na IN 56/07, de forma a reduzir o valor de

Na informação fiscal de fl. 75, o autuante aduz que não é cabível aplicar o índice de proporcionalidade quando o ICMS é exigido por antecipação parcial, e que o Regime SIMBAHIA não contempla substituição e antecipação, pelo que mantém a autuação.

VOTO

Primeiramente, importa registrar que as infrações 01 e 02 não foram impugnadas. Dessa maneira, com fundamento no art. 140 do RPAF/99, não terão o mérito apreciado neste julgamento. Mantidas as infrações 01 e 02.

Com relação às infrações 03 e 04, analisando as cópias de notas fiscais de aquisições interestaduais de fls. 33 a 57, verifico que na maior parte das mesmas há aposição de carimbos de postos fiscais, selos fiscais, bem como declarações de recebimento das transportadoras BAHIACARGAS LTDA. e RANIELLE TRANSPORTES LTDA.

O impugnante não negou as aquisições de mercadorias cujas cópias de notas fiscais foram colacionadas ao processo. Assim, concluo que é razoável acolher os citados documentos como comprovantes das operações de compra.

O sujeito passivo cingiu o seu pedido à aplicação do índice de proporcionalidade previsto na Instrução Normativa 56/2007, o que não é possível, posto que o lançamento de ofício não trata das presunções previstas no art. 4º, parágrafo 4º da Lei nº 7.014/96, e a referida IN somente se aplica nos casos de presunção.

Incide o ICMS por antecipação parcial quando restar comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização.

Todavia, faz-se necessário o re-enquadramento da multa aplicada nas infrações 03 e 04 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, da 5ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal.

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:
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 obrigatória 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 aplicar o art. 42, II, “d”, ao presente caso, considerando que antes da alteração

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 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 aujuante 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 capituloção 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 03 e 04 mantidas, com o re-enquadramento da multa destas infrações para o art. 42, inc. II, letra “f” da Lei nº 7.014/96.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, sendo que deve ser fornecida ao contribuinte a oportunidade de pagar a quantia relativa às infrações de multa, tendo-se em vista o re-enquadramento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 028924.0011/09-5, lavrado contra **MARSHAL COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 266.683,87, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 210.663,73 e de 60% sobre R\$ 56.020,14, previstas no art. 42, I, “b”, item 3 e II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR