

A. I. N° - 206977.0201/09-0
AUTUADO - MARIA ISABEL OLIVEIRA DOS SANTOS
AUTUANTE - MARCO ANTÔNIO COUTO FERREIRA
ORIGEM - INFAZ JACOBINA
INTERNET - 17.05.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0119-04/10

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. É legal a exigência do ICMS por antecipação parcial quando restar comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização. Situação em que o sujeito passivo comprovou o pagamento de parte do valor exigido. 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. Infração parcialmente elidida. 2. SUPRIMENTOS CONTA CAIXA. ATRAVÉS DE EMPRÉSTIMOS NÃO COMPROVADOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ilícito não impugnado. Infração mantida. 3. 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. Situação em que o autuado comprovou o pagamento de parte do valor lançado de ofício. Infração parcialmente elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 17/06/2009 e exige ICMS no montante de R\$ 11.201,49, em razão de terem sido constatadas as seguintes irregularidades:

- 1- Recolhimento a menor 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 (demonstrativos às fls. 55 a 74). Valor exigido de R\$ 3.860,99. Multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b” da Lei nº 7.014/96.
- 2- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada (depósito de sócios, demonstrativos e documentos às fls. 75 a 164). Valor exigido de R\$ 5.323,16. Multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.
- 3- Falta de recolhimento do tributo por antecipação tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de fora do Estado (calçados, demonstrativos às fls. 07 a 54). Multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b” da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressa com impugnação às fls. 169 a 172. Diz concordar em parte com as três infrações, mas apresenta razões para a impugnação parcial daquelas de números 01 e 03.

No tocante à infração 01, insurge-se contra os lançamentos de 31/05/2004, 30/11/2004, e 31/05/2007, em virtude de pagamentos efetuados. Além disso, requer um crédito de R\$ 87,20, valor supostamente pago a mais no DAE de competência 12/2004.

Quanto à infração 03, também argumenta ter ocorrido uma série de pagamentos, incluindo aqueles realizados através de documentos de arrecadação estadual do Estado da Bahia e do Mato Grosso do Sul, relativos à antecipação parcial e tributária, consoante está registrado na peça defesa.

Na informação fiscal de fls. 212 e 213, o autuante acata as razões de impugnação referentes à infração 01, com exceção da relativa ao crédito de R\$ 87,20, que afirma dever ser objeto de pedido de restituição de indébito.

Também acata, apenas parcialmente, as alegações de defesa relativas à terceira infração, pois verificou que os valores impugnados referentes aos períodos de 05/2005, 10/2005, 12/2005 e 04/2007 são relacionados a pagamentos sob a rubrica ANTECIPAÇÃO PARCIAL, que devem ser objeto de pedido de restituição.

Com relação à ocorrência de dezembro de 2006, diz que foi apresentado documento de arrecadação estadual do Estado do Mato Grosso do Sul, motivo pelo qual não aceita as alegações do impugnante.

Registra que ficou comprovado o recolhimento do tributo devido por antecipação tributária referente a maio de 2004, novembro de 2006, maio de 2007 e junho de 2004 (parte). Apresenta novo demonstrativo de débito das infrações 01 e 03, onde a primeira ficou reduzida de R\$ 3.860,99 para R\$ 1.558,47 e a terceira de R\$ 2.017,34 para R\$ 1.426,01.

Na pauta de 24/11/2009, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu converter o PAF em diligência à Inspetoria de Jacobina, tendo em vista o fato de o sujeito passivo não ter tomado conhecimento da informação fiscal e de seu demonstrativo. Assim, solicitou-se a intimação do mesmo e abertura de prazo para manifestação.

Intimado (fl. 238), o contribuinte nada fez.

Às fls. 241 a 243, a COORDENAÇÃO DE ADMINISTRAÇÃO DO CONSEF juntou relatório comprovante de pagamento de parte do débito cobrado.

VOTO

Primeiramente, importa registrar que a infração 02 não foi impugnada pelo autuado. Desse modo, com fundamento no art. 140 do RPAF/BA, a mesma não terá o mérito apreciado neste julgamento.

No que se refere à infração 01 (recolhimento a menor do imposto por antecipação parcial), o contribuinte apresentou impugnação alegando pagamento de valores concernentes às datas de ocorrência 31/05/2004, 30/11/2004 e 31/05/2007. A defesa foi acatada pelo autuante. Com efeito, o auditor fiscal, no novo demonstrativo de débito de fl. 213, reduziu as quantias relativas às citadas datas, bem como o total exigido, que passou de R\$ 3.860,99 para R\$ 1.558,47.

Quanto ao crédito de R\$ 87,20, citado na peça de defesa, referente a valor supostamente pago a mais no DAE de competência 12/2004, o que tenho a dizer é que deve ser pleiteado nos termos dos artigos 73 a 83 do RPAF/BA, não em sede de impugnação a Auto de Infração.

Ainda com relação à infração em comento, faz-se necessário o re-enquadramento da sua multa para o art. 42, inc. II, letra “F” da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60%, 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 JF, de relatoria do julgador Tolstoi Seara Nolasco.

Por outro lado, no presente Auto de Infração, a penalidade imputada ao sujeito 42, inc. I, alínea “b”, item I, da Lei nº 7.014/96. O mencionado dispositivo transcrito 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 obrigatoria simbiose entre o artigo em análise e os princípios regidos 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 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 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.

É legal a exigência do ICMS por antecipação parcial quando restar comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização.

Dessarte, acato o demonstrativo de fl. 213, elaborado pelo autuante, 01 deve ser reduzido de R\$ 3.860,99 para R\$ 1.558,47, oportun

pagamento com redução total da multa. Infração parcialmente elidida, com o re-enquadramento da multa para o art. 42, inc. II, letra “F” da Lei nº 7.014/96.

Com relação à infração 03, entendo que assiste razão ao autuante ao assinalar que:

- (i) os valores impugnados referentes aos períodos de 05/2005 (fl. 188), 10/2005 (fl. 193), 12/2005 (fl. 196) e 04/2007 (fl. 206) são referentes a pagamentos sob a rubrica ANTECIPAÇÃO PARCIAL;
- (ii) relativamente à ocorrência de dezembro de 2006 (nota fiscal 21.079, fls. 42 e 202), foi apresentado documento de arrecadação estadual do Estado do Mato Grosso do Sul, sendo que o autuante, no cálculo do imposto devido, considerou o valor pago através do mesmo; e
- (iii) ficou comprovado o recolhimento do tributo devido por antecipação tributária referente a maio de 2004 (nota fiscal 80.192, fls. 11, 185 e 186), novembro de 2006 (nota fiscal 42.464, fls. 41, 199 e 200) e junho de 2004 (parte, fls. 12 e 209).

Ao compulsar os autos, não encontrei comprovantes que justificassem o acatamento das razões defensivas relativas a maio de 2007.

Assim, o demonstrativo de débito da terceira infração deve restar na forma abaixo: idêntico ao de fl. 213, elaborado pelo autuante, com o acréscimo do valor referente a maio de 2007 (fl. 02).

DATA OCORR.	VALOR DEVIDO
	(R\$)
30/06/2004	119,87
31/10/2004	295,63
30/11/2004	42,08
31/05/2005	320,77
31/10/2005	353,20
31/12/2005	157,91
31/12/2006	41,12
30/04/2007	95,43
31/05/2007	48,04
TOTAL	1.474,05

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. Infração 03 parcialmente elidida, com o valor reduzido de R\$ 2.017,34 para R\$ 1.474,05.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, na quantia de R\$ 8.355,68, com o re-enquadramento da multa da infração 01 para o art. 42, inc. II, letra “F” da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60%, sendo que os valores já pagos devem ser homologados.

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 **206977.0201/09-0**, lavrado contra **MARIA ISABEL OLIVEIRA DOS SANTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 8.355,68**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 1.558,47, 70% sobre R\$ 5.323,16, e 50% sobre R\$ 1.474,05, previstas no art. 42, II, “F” III e I, “b”, 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, sendo que os valores já pagos devem ser homologados.

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

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO D

FRANCISCO ATANÁ