

A. I. N° - 028924.0018/09-0
AUTUADO - TENISPORT MATERIAIS ESPORTIVOS LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO FERNANDO DA CUNHA VEIGA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 30.06.2010

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0161-04/10

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. b) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É legal a exigência do ICMS por antecipação parcial quando restar comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização. Re-enquadramento da multa para o art. 42, inc. II, letras “f”, em consonância com a jurisprudência reiterada das Câmaras de Julgamento do CONSEF e pronunciamentos da Procuradoria Estadual. Infrações caracterizadas. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO POR EMPRESA ENQUADRADA NO SISTEMA SIMBAHIA, NAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. b) FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO POR EMPRESA OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL, NAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Indeferido o pedido de diligência ou perícia. Auto de infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 26/11/2009 e exige ICMS no valor histórico de R\$ 8.929,05, em razão de terem sido constatadas as seguintes irregularidades:

- 1- Recolhimento a menos do tributo por antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante. Valor exigido de R\$ 1.364,54 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei nº 7.014/96.
- 2- Falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante. Valor exigido de R\$ 1.074,18 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei nº 7.014/96.
- 3- Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor exigido de R\$ 5.389,11 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei nº 7.014/96.
- 4- Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, na condição de empresa de pequeno porte não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor exigido de R\$ 1.101,22 e multa de 50%, pr da Lei nº 7.014/96.

Na sua defesa, de fl. 134, como fundamento de pedido de “revisão total neste lançamento”, o sujeito passivo afirma que a agente de tributos estaduais, Eliete Novais Almeida, cometeu irregularidades na auditoria, a exemplo de não ter levado em consideração os pagamentos registrados nos documentos de arrecadação estadual de fls. 153 a 169. Assim, teria “passado” os levantamentos para o auditor autuante sem observar tais equívocos.

Na informação fiscal de fl. 170, o autuante assevera que os documentos de arrecadação juntados na defesa não discriminam as parcelas relativas a cada nota fiscal, pelo que conclui deve ser mantida a exigência.

Na assentada de julgamento de 11 de junho de 2010, a secretária desta Junta de Julgamento Fiscal informou que houve pagamento parcial do quanto exigido no Auto de Infração.

VOTO

Quanto ao pedido de diligência e / ou perícia fiscal, penso que não há razões para o seu deferimento, pois os autos encontram-se devidamente instruídos e não vislumbro equívocos ou elementos de dúvidas que ensejem a necessidade de qualquer esclarecimento técnico. Os levantamentos e documentos presentes no processo demonstram a autoria e a materialidade dos fatos, de maneira que, como dito, mostra-se desnecessário o objeto deste pleito.

Da análise dos elementos do PAF, em especial o levantamento de fls. 10 a 15, percebo que o autuante agrupou as quatro infrações em um só demonstrativo, que denominou “LEVANTAMENTO DE ANTECIPAÇÃO TOTAL E PARCIAL”.

Os cálculos relativos à substituição tributária por antecipação estão discriminados com a observação “ANTECIPAÇÃO TOTAL”, ao lado da discriminação dos meses a que se referem. Aqueles concernentes ao imposto devido por antecipação parcial encontram-se com a observação “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”, no mesmo local.

No período em que o ilícito imputado foi falta de recolhimento do tributo por antecipação parcial (infração 02) não há valores lançados na coluna “ICMS RECOL.”, enquanto se fez constar tais valores naqueles períodos em que a acusação foi de recolhimento a menos do ICMS (infrações 01, 03 e 04).

O autuado, com o intuito de comprovar os alegados erros cometidos pela autoridade fiscal, juntou documentos de arrecadação estadual comprovantes de pagamentos do tributo por antecipação parcial às fls. 153 a 169.

Analizando tais documentos, percebo que as notas fiscais designadas no campo “INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES” não fizeram parte da composição dos débitos das duas infrações relativas à antecipação parcial, a exemplo daquela de número 0410777 (fl. 169), que não está no levantamento de fl. 15.

Igualmente, observo que o defendente juntou diversos documentos de arrecadação estadual com a indicação do código 2175 (antecipação parcial). É possível notar, no confronto entre o demonstrativo trazido pelo autuante, as notas juntadas e os mencionados documentos de arrecadação, que a sociedade empresária promoveu indevidamente o pagamento do tributo por antecipação parcial, posto que relativo a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Por exemplo, aquela (s) designada (s) na nota fiscal de número 545.607 (fl. 16, pares de Tênis), em relação aos quais foi exigido o ICMS-ST à fl. 10, cujo DAE encontra-se à fl. 154.

Como se sabe, o art. 352-A, parágrafo 1º, III do RICMS/BA afasta a antecipação parcial das operações efetuadas com produtos sujeitos à antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação, exceto nas aquisições de álcool de que trata o art. 515-D.

Portanto, com relação ao recolhimento do imposto por antecipação parcial, relativo a mercadorias enquadradas na substituição tributária, há direito a que o sujeito pæ indêbito.

É legal a exigência do ICMS por antecipação parcial quando restar comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização, o que foi feito nos documentos de fls. 16 a 131.

Faz-se necessário o re-enquadramento da multa 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 JF, de relatoria do julgador Tolstói 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 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 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, 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.

Assim, as infrações 01 e 02 ficam caracterizadas, não pelo motivo apontado pelo autuante, de que os documentos de arrecadação juntados na defesa não discriminam as parcelas relativas a cada nota fiscal, mas pelo fato de as notas fiscais não terem sido tomadas no cômputo da quantia devida.

Uma vez que os documentos apresentados na impugnação dizem respeito apenas ao ICMS por antecipação parcial, concluo, com fundamento no art. 143 do RPAF/99, que as infrações 03 e 04 estão caracterizadas.

RPAF/99. Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com a homologação dos valores já pagos. Tendo-se em vista o re-enquadramento, deve ser oferecida ao contribuinte a oportunidade de pagar o quanto exigido nas infrações 01 e 02 com as reduções de multas previstas na legislação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **028924.0018/09-0**, lavrado contra **TENISPORT MATERIAIS ESPORTIVOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 8.929,05**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 2.438,72, e 50% sobre R\$ 6.490,33, previstas no art. 42, II, “f” e I, “b”, item 1 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO D

FRANCISCO ATANA