

A. I. N° - 299325.0089/09-0
AUTUADO - JOSÉ PAULO CARNEIRO DA SILVA
AUTUANTE - RUBEM LEAL IVO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 09.11.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0309-02/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO 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. Refeitos os cálculos com base nos documentos fiscais apresentados pela defesa, reduzindo o valor do ICMS devido. Infração parcialmente caracterizada. Reenquadramento da penalidade proposta pelo autuante, para o art. 42, inc. II, letra “F”, da Lei nº 7.014/96, para os fatos geradores ocorridos até 28/11/2007, antes da edição da Lei nº 10.846/07. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/12/2009, exige ICMS, no valor histórico de R\$3.740,57, 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. 49/51, impugnando o lançamento fiscal não concordando com o valor autuado, alegando que as notas fiscais que deram origem ao Auto de Infração foram todas lançadas no registro de entrada de mercadorias e estão com os ICMS's todos pagos.

Frisa que algumas notas fiscais estão lançadas no mês subsequente conforme passou a demonstrar. Exceto a Nota Fiscal nº 48114 de 28/02/2005, valor R\$ 1.264,24, a qual não encontrou nenhum lançamento, tendo solicitado cópia da mesma para comprovar a sua veracidade e a Nota Fiscal nº 185831 de 18/06/2004, que se trata de mercadoria bonificada, não devendo pagamento da Antecipação parcial.

Ao final, requer a nulidade da autuação.

O auditor autuante, fl. 139, ao prestar a informação fiscal acata os DAE's apresentados pela defesa e reconhece que o Auto de Infração é praticamente improcedente no seu valor, persistindo apenas 02 (duas) notas fiscais com pendências, sendo uma relativa a bonificação a qual entende de deve ser mantida na autuação e outra constante da listagem do CFAMT, embora não estando acostada aos autos.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente da falta de recolhimento do ICMS decorrente da antecipação parcial, na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

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 7.014/97, incluído pela Lei 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)”

Em sua defesa o sujeito passivo alega que efetuou o recolhimento de todo o ICMS devido, ressaltando que algumas notas fiscais deram entrada no estabelecimento autuado no mês seguinte ao da data de emissão, conforme demonstrativo apresentado na defesa. Em relação às Notas Fiscais nºs 44888 e 185831, em relação a primeira, diz não conhecer e requereu a cópia para comprova a veracidade do levantamento do autuante. Quanto a segunda nota esclarece que se refere a bonificação, não sendo devida o pagamento da antecipação parcial.

Na informação fiscal, o autuante reconhece que algumas notas fiscais entraram no estabelecimento no mês seguinte ao da emissão e acata o levantamento realizado pela defesa, portanto, não existe razão para manutenção da autuação relativa a essa parte da autuação, ficando apenas a análise das Notas Fiscais nºs 44888 e 185831.

Entendo que não pode ser mantida a autuação em relação a Nota Fiscal nº 44888, pois o autuante reconhece que não acostou a cópia da referida nota aos autos, tendo se baseado unicamente em listagem do CFAMT

O entendimento reiterado do CONSEF, materializado em diversos julgados, apenas a título de exemplo CJF 0015-12/10, 0370-12/09, 0056-11/09, 0109-12/09 (transcrito trecho do Parecer da PGE/PROFIS), 0078-12/09, 0006-11/09 e 0235-12/09, todos das Câmaras de Julgamento Fiscal, tem sido no sentido de que a cópias das notas fiscais é elemento essencial de prova da circulação da mercadoria no território baiano, em se tratando do CFAMT.

Efetivamente a prova não se encontra nos autos deste processo, apesar do contribuinte ter requerido cópia da nota fiscal em sua peça defensiva, o fiscal não acostou, sequer, a cópia da nota do CFAMT, o que impede a verificação dos dados referentes pelo contribuinte e pelos Julgadores deste Conselho.

Assim, por cerceamento do direito de defesa do contribuinte, a partir do descumprimento do quanto previsto no artigo 46 do RPAF/99, no sentido de que ocorre neste PAF a falta de anexação de nota fiscal oriundas dos Sistemas CFAMT aos autos e também por se enquadrar o fato no previsto no artigo 18, inciso II, e IV, alínea “a”, do RPAF/99, é nulo o Auto de Infração.

Represento à autoridade administrativa competente, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, no sentido do refazimento da verificação fiscal em relação à regul obrigações acessórias e principal, em ação fiscal a salvo de incorreç

Relativamente a Nota Fiscal nº 185831, com ICMS devido no valor de R\$ 62,13, conforme consta do levantamento defensivo, entendo que deve ser mantida na autuação, conforme Art. 54, inciso I alínea “a” do RICMS/BA, o qual determina que incluem-se na base de cálculo do ICMS, nas operações e prestações internas e interestaduais, todas as importâncias que representarem despesas acessórias, seguros, juros e quaisquer outros acréscimos ou vantagens pagos, recebidos ou debitados pelo contribuinte ao destinatário das mercadorias ou ao tomador dos serviços, inclusive o valor das mercadorias fornecidas ou dos serviços prestados **a título de bonificação**.

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 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96.

Em relação a 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 as 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, I, “b”, item 1, assim como o inc. II, “d”, do mesmo artigo, para as infrações relativas a 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-se 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.

Nessa direção, no caso em lide, houve equívoco no enquadramento da multa, no art. 42, inc. I, letra “b”, item 1, quando o correto seria o art. 42, inc. II, letra “f”

implicou em modificação do núcleo da exigência fiscal, que remanesce inalterada e circunscrita à cobrança do ICMS da antecipação parcial.

Seguindo essa linha de raciocínio, a multa aplicada pelo autuante, prevista no art. 42, inc. I, letra “b”, item 1, 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 50%, para a prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60%, uma vez que esta era a pena prevista na lei para a irregularidade à época dos fatos geradores.

Entretanto, cabe ressaltar que, caso a multa tivesse sido corretamente indicada no Auto de Infração, o autuado poderia ter se beneficiado da redução de multa prevista no art. 45-A, da Lei nº 7.014/96. Dessa forma, o sujeito passivo poderá se eximir da multa em questão, requerendo à Câmara Superior do CONSEF a dispensa de multa por infração de obrigação principal ao apelo da equidade, no prazo de trinta dias da ciência desta Decisão, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos, sob o fundamento de ter sido induzido a erro por orientação de funcionário fiscal, conforme previsto no art. 159, I, do RPAF/99.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$62,12.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299325.0089/09-0**, lavrado contra **JOSÉ PAULO CARNEIRO DA SILVA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$62,12**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, recomenda-se que o procedimento fiscal seja renovado em relação as parcelas julgadas nulas.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR