

A. I. Nº. - 113462.0024/09-3
AUTUADO - BRUTAMAS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - CÉLIA MARIA DOS SANTOS ADORNO
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 11. 11. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0324-01/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É legal a exigência do ICMS referente à antecipação parcial, em relação às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação por contribuintes que desenvolvam atividades sujeitas ao ICMS, assim como ao ISS, nos casos previstos no § 3º, inciso II do art. 352-A do RICMS/BA. Retificado, de ofício, o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração para a prevista no art. 42, inciso II, alíneas “d” e “f” da Lei nº 7.014/96. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 23/03/2010, foi atribuída ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de agosto a outubro e dezembro de 2007, janeiro a agosto e outubro a dezembro de 2008, exigindo imposto no valor de R\$3.825,24, acrescido da multa de 50%.

O autuado apresentou impugnação às fls. 64/65 (reprise das fls. 66/67), quando se insurgiu contra o lançamento, alegando que tendo em vista que sua atividade principal se refere à prestação de serviço, correspondente à “reparação de calçados, bolsas e artigos para viagem”, conforme CNAE 95.29-1-01, registrado na Receita Federal do Brasil, cabe à SEFAZ/BA conceder um tratamento diferenciado às suas operações interestaduais.

Entende que de acordo com o enquadramento da imputação, o Auto de Infração é nulo, pois, com base no texto do art. 352-A do RICMS/BA e no item “Principais Dúvidas”, constante no guia de informações sobre Antecipação Tributária, extraído do site www.sefaz.ba.gov.br, foi correta a operação realizada pelo autuado, uma vez que a própria legislação deixa claro que nas aquisições interestaduais de mercadorias não destinadas à comercialização não haverá incidência de antecipação do ICMS, sendo que no seu caso as mercadorias são destinadas ao uso na prestação de serviço no CFOP 2.126. Acrescenta que conforme art. 7º, inciso I do RICMS/BA, que apesar de tratar do diferencial de alíquotas também prevê a não aplicabilidade da exigência do imposto sobre operações destinadas à utilização na prestação de serviço.

Salienta que o fato de constar na nota fiscal de aquisição o CFOP 6.102, não pode caracterizar que a compra se destinou à comercialização, para se exigir imposto indevido, sob a justificativa de tentativa de sonegação ou intenção de burlar o fisco estadual, haja vista que tem como comprovar que as mercadorias adquiridas são utilizadas na prestação de serviços.

Perante tais fatos, solicita a anulação do Auto de Infração.

A autuante prestou Informação Fiscal às fls. 75/76, realçando que o estabelecimento autuado tem como atividade econômica principal o “comércio varejista de calçados”, CNAE nº 4782201, conforme consta no cadastro de contribuintes da SEFAZ/BA. Salienta que o Instrumento de “Alteração Contratual e Consolidação da Sociedade” (fls. 69 a 72), anexado pelo próprio autuado, estabelece como um dos objetivos da empresa o “comércio varejista de produtos para couro”, o que demonstra e ratifica a sua atividade principal de “comércio varejista de calçados”.

Ademais, o RICMS/BA, ao tratar da incidência do imposto relativo à antecipação parcial, no art. 352-A, acrescenta em seu § 3º, inciso II, que também serão consideradas para fins de comercialização as aquisições interestaduais de mercadorias, cujo imposto tenha sido calculado com aplicação de alíquota interestadual, quando efetuados por contribuinte que desenvolva atividade sujeita ao ICMS e ao Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISS.

Por outro lado, o exame das notas fiscais de aquisição de mercadorias provenientes de fora do Estado, anexas pelo autuante, mostra que o CFOP é 6101 ou 6102, o que confirma que não houve nenhuma aquisição de mercadorias com o CFOP 2126, como alega o contribuinte.

Realça que, antes de apresentar sua defesa, o contribuinte deixou de analisar com profundidade, o que diz o artigo 352-A, no seu § 3º, inciso II do RICMS/BA, que fulmina sua pretensão. Portanto, mantém a ação fiscal e sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

O sujeito passivo se insurgiu contra a exigência tributária, argumentando que tendo em vista que sua atividade principal se refere à prestação de serviços de “reparação de calçados, bolsas e artigos para viagem”, CNAE (código nacional de atividades econômicas) sob nº 95.29-1-01, estaria desobrigado quanto ao recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial.

O impugnante arguiu a nulidade da autuação sob a assertiva de que a própria legislação tributária estadual estabelece que nas aquisições interestaduais de mercadorias não destinadas à comercialização não há incidência de antecipação do ICMS, como no caso em lide, quando, de acordo com as suas alegações, as mercadorias se destinariam ao uso na prestação de serviço, com base no CFOP 2.126. Vejo que, na verdade, o que o contribuinte pretendia arguir era a improcedência do Auto de Infração, entretanto, como tratarei adiante, não se fazem presentes os elementos a lhe darem razão, haja vista que o lançamento está correto.

Conforme ressaltou a autuante, em conformidade com a “Alteração Contratual e Consolidação da Sociedade”, um dos objetivos da empresa é o “comércio varejista de produtos para couro”, o que significa que ele desenvolve atividade tributada pelo imposto estadual. Este fato, aliado à constatação de que nas notas fiscais arroladas na autuação ocorreu a tributação do ICMS com base na alíquota interestadual, tornam a exigência totalmente pertinente.

Isto porque, como a imputação decorreu da falta de recolhimento do ICMS atinente à antecipação parcial, em referência à aquisição de mercadorias de outros estados, para comercialização, por contribuinte inscrito no cadastro estadual, que desenvolve atividades sujeitas ao ICMS e ao ISS, aplica-se ao caso o disposto no § 3º, inciso II do art. 352-A do RICMS/BA (aprovado pelo Decreto nº 6.248/97), que transcrevo abaixo e que estabelece que essas aquisições devem ser consideradas como destinadas à comercialização, sendo devido o ICMS referente à antecipação parcial:

“Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, 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 IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aqua”

...

§ 3º Para os efeitos deste artigo, também serão consideradas para fins de comercialização as aquisições interestaduais de mercadorias, cujo imposto tenha sido calculado com aplicação de alíquota interestadual, efetuadas por:

...

II - contribuinte que desenvolva atividade sujeita ao ICMS e ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS.”

Deste modo, além de o sujeito passivo se encontrar inscrito no Cadastro do ICMS do Estado da Bahia, as notas fiscais de aquisição foram tributadas com a alíquota interestadual, fato que confirma o acerto da exigência do ICMS referente à antecipação parcial. Isto significa, ademais, que utilizando-se de sua condição de contribuinte inscrito, o autuado recebeu dos fornecedores de outros estados as mercadorias com a alíquota correspondente às operações interestaduais, o que significa que, ainda que as mercadorias não se destinasse à revenda, seria devido o recolhimento do tributo, da forma como exigido através da presente autuação..

Discordo, entretanto, da multa sugerida no percentual de 50%, baseada no inciso I, alínea “b”, item 1 do art. 42 da Lei nº 7.014/96, no que se refere ao período de agosto a outubro de 2007, desde quando a multa a ser aplicada deve corresponder àquela vigente à época dos fatos, que se encontra indicada na alínea “f” do inciso II do mesmo artigo e Lei, e que representa o percentual de 60%, por se referir a hipótese de infração diversa das previstas nessa Lei, importando em descumprimento de obrigação tributária principal. No que concerne aos meses de dezembro de 2007, janeiro a agosto e outubro a dezembro de 2008, também deve ser aplicada a multa de 60%, entretanto com lastro na alínea “d” do inciso II do mesmo artigo e Lei, com a redação dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, efeitos a partir de 28/11/07.

Cabe registrar que esse entendimento se encontra consubstanciado em recentes decisões deste CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF nº 0255-12/09. Assim, retifico de ofício, a multa aplicada.

Diante do exposto, voto pela procedência do Auto de Infração, com a correção da multa sugerida de 50% para o percentual de 60%.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 113462.0024/09-3, lavrado contra **BRUTAMAS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.825,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alíneas “d” e “f” do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR