

A. I. N° - 210585.0002/09-3
AUTUADO - ALGE TECNOLOGIA INDUSTRIAL E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - MARIA GRACIETH INVENÇÃO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET 22.12.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0346-05/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É devido o pagamento, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime de substituição tributária. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2009, atribui ao sujeito passivo o cometimento de infração por deixar de recolher o ICMS por antecipação, 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 à aquisição de mercadorias provenientes de fora do Estado para comercialização, em relação aos meses de julho a dezembro de 2007, exigindo ICMS no valor de R\$ 35.134,82, acrescido da multa de 50%, conforme papel de trabalho anexado ao PAF.

O autuado apresentou impugnação, mediante advogado, às fls. 332/342, procuração à fl. 344, ressaltando inicialmente, que o Auto de Infração é parcialmente procedente, considerando ter constatado a falta de recolhimento em parte do débito, entretanto, diz que a autoridade autuante na apuração do valor devido desconsiderou o limite que deve ser aplicado ao recolhimento de imposto de natureza fiscal de antecipação parcial, nos termos do disposto no §6º do Art. 352-A do RICMS-BA, que transcreve.

Afirma que seu entendimento, após interpretação de todos os dispositivos vinculados ao §6º do art. 352-A é que a Alge se enquadra nas condições que determinam a aplicação deste benefício, e desta forma, considerando que a receita no período de apuração, conforme consta da Declaração Simplificada a Pessoa Jurídica 2008, ano base 2007, a qual anexa na impugnação, foi de R\$ 622.938,00, o valor de 4% seria equivalente a R\$ 24.917,52, portanto, inferior ao valor apurado no Auto de Infração.

Salienta que restaria verificar a alternativa para aplicação deste limite de 4% que é o somatório das compras internas e interestaduais, incluindo transferências - que no caso da Alge não se aplica - para saber se o valor da autuação cumpre este limite. Para se chegar a esta confirmação a autoridade autuante deveria ter em seus exames apurado este dado, e não o fazendo, o valor apurado não alcançou a precisão necessária para se constituir em lançamento tributário, eivando de nulidade, portanto, o ato administrativo.

Argumenta que a autuante não excluiu da base de cálculo o valor relativo ao imposto sobre produtos industrializados – IPI, o que afronta a determinação da Regra Constitucional, Art. 155, que transcreve, ressaltando ainda, abuso de poder da autoridade a do auto de infração.

Aduz que autoridade autuante decidiu lavrar o Auto de Infração na INFAP VAREJO no dia 30/09/2009 às 8h05min conforme consta dos dados da lavratura, em seguida tomou a decisão de convidar o contribuinte ou seu representante para que dele tomasse conhecimento, dirigindo-se ao endereço da repartição fazendária onde a autoridade autuante está lotada, fato que ocorreu em 1º de outubro de 2009, conforme consta dos autos.

Diz que o regulamento do PAF, aprovado pela Lei nº 7.629/99, no seu Art. 39 § 1º apresenta alternativas do local de lavratura do Auto de Infração, no entanto, não é possível identificar no RPAF/99, nenhuma disposição que regule a convocação de representante do contribuinte ou o próprio contribuinte para que se desloque de seu endereço, no primeiro horário da manhã, para ser comunicado que está autuado, e só consegue entender esta iniciativa da Autoridade Autuante como sendo para manutenção de seu conforto, evitando o desgaste de deslocamento entre seu endereço domiciliar e o local do contribuinte.

Assegura tratar-se de flagrante ato de abuso de poder e ilegal, submeter o contribuinte a constrangimentos num processo administrativo de fiscalização, ainda que reconheça a significativa importância para a manutenção da Justiça e do equilíbrio Fiscal, passou por situação de desgaste, expondo-se diante de terceiros, para ser informado que foi autuado.

Ressalta que, embora esteja seguro da decisão quanto à nulidade do auto de infração ora impugnado fundamentado nos erros apontados preliminarmente, caso a autoridade Fazendária não os considere, contesta a legalidade da cobrança do ICMS conforme as regras do RICMS-BA, especialmente em função de sua natureza, Antecipação Tributária, por se tratar de contribuinte na condição especial de empresa de pequeno porte, tendo em vista que entende ser a cobrança de que trata o art. 352-A do RICMS-BA afronta à Lei maior do país, portanto inconstitucional, e sabendo de antemão que o julgador fazendário estadual nem sempre recebe arguição de inconstitucionalidade, por entender ser atribuição exclusiva da Corte Maior do Poder Judiciário, inicia digressões citando trechos do ensinamento esposado pelo tributarista Prof.º José Eduardo Soares de Melo sobre a inconstitucionalidade da Antecipação Parcial que transcreve.

Argumenta que o regime unificado de tributação conhecido como Simples Nacional foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei maior através da emenda constitucional 42/2003 e representa uma das decisões mais importantes votadas pelo legislador constitucional objetivando contribuir para o desenvolvimento econômico e social do País sendo que a Alge, assim como tantas outras empresas, têm sua subsistência garantida por ter alcançado aprovação na adesão a este sistema, e neste caso, a alíquota do ICMS deixa de ser a normal de 17% nas operações internas e passa para 3,1%, tratando-se do SIMPLES NACIONAL, e que impor uma cobrança de Antecipação Parcial nos termos descritos no RICMS/BA e que fundamentaram a lavratura do Auto de Infração, elimina todos os benefícios definidos pelo citado Sistema Simplificado de Tributação.

Assegura não ser este o espírito da norma constitucional cujo princípio do tratamento que será aplicado às empresas de pequeno porte está descrito no Inciso IX do Art. 170 da Lei Fundamental, que transcreve.

Conclui dizendo que a lavratura do Auto de Infração e a comunicação ao contribuinte foram realizadas com imprecisão no cálculo do valor devido e com flagrante prática de ilegalidade e abuso de poder e a cobrança da Antecipação Parcial do ICMS incidente sobre o valor das compras de outros Estados, especialmente quando se tratar de empresas optantes pelo Simples Nacional é, comprovadamente, disciplinada por disposição normativa que infringe preceitos constitucionais, requer a realização de diligência, visando a elucidação das questões ora suscitadas, e que seja anulado o Auto de Infração cancelando-se o débito fiscal reclamado e no julgamento do mérito da cobrança concluir por sua inconstitucionalidade.

A autuante em informação fiscal, fls.358/363, inicia fazendo um resumo dos fatos para dizer que o contribuinte foi autuado por não ter recolhido a Antecipação Parcial, referente período de 01/07 a 31/12/2007, sobre aquisições realizadas fora do Estado da Bahia para comercialização, e apurado o montante conforme demonstrativo de cálculos constantes das folhas 05 a 12 do processo.

Registra que em síntese a defesa da autuada aborda três aspectos: a) que não foi considerado no cálculo do valor apurado, o benefício concedido às empresas de pequeno porte de que trata o art. 352-A, § 6º do RICMS/BA; b) que não se excluiu da base de cálculo o valor relativo ao Imposto sobre Produtos Industrialização – IPI; c) que houve abuso de poder da autoridade autuante na lavratura e na entrega do auto de infração;

Afirma que analisando à luz da legislação, não são pertinentes os motivos elencados pela defendente, pois, o benefício de que trata o §6º do Art. 352-A do RICMS/BA, foi inserido na legislação estadual pelo Decreto 11.019, publicado no Diário Oficial do Estado em 26 e 27/04/2008 e por força do § 6º do Decreto 11.089 de 31/05/2008, retroagiu seus efeitos para 01/01/2008. Como o auto de infração refere-se a fatos geradores ocorridos no período de julho a dezembro de 2007, portanto, anteriores a vigência da Lei que concede o benefício, não se aplica ao caso concreto.

Salienta que, ainda que fosse possível retroagir no tempo para que a lei pudesse alcançar fatos geradores passados, ainda assim, a autuada não faria jus ao benefício, pois conforme normatizado pelo § 6º do Art. 352-A do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia, que transcreve, a redução só é concedida às microempresas e às empresas de pequeno porte, que efetuem o pagamento do imposto no prazo regulamentar, isto é , até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, o que não é o caso do autuado ,que descumpriu totalmente a obrigação principal de pagar o tributo.

Quanto à alegação da defesa de que no cálculo do montante do imposto apurado não se excluiu da base de cálculo o valor do IPI, cita o mesmo dispositivo utilizado pelo autuado, Art. 155 da CF/88, §2º, XI, para afirmar que a inclusão está correta, pois está expresso no texto da Lei, que o IPI não integrará a base de cálculo do ICMS, apenas quando a operação for realizada entre contribuintes, for relativa a produto destinado à industrialização ou comercialização e configurar fato gerador dos dois impostos. Assegura que isto se verificou na primeira operação, ou seja, no momento da saída mercantil da indústria em São Paulo para revendedora na Bahia: A saída da indústria caracteriza fato gerador dos dois impostos; ambas as empresas (fornecedora e destinatária) são contribuintes e o produto se destina à comercialização.

Aduz, entretanto, que a operação que ensejou o fato gerador do ICMS que ora se cobra através do presente auto de infração, ocorreu em um segundo momento, quando a empresa compradora vende o produto adquirido fora deste Estado para o consumidor final, afirmando ser tal operação caracterizada por não configurar como fato gerador do IPI, mas apenas do ICMS, já que não está saindo de indústria, e o produto não está destinado à comercialização ou industrialização, mas sim, para consumo e é realizada entre contribuinte e não contribuinte do ICMS, daí a inclusão da base de cálculo do imposto em tela e transcreve o art. 54, I, do RICMS/BA, que disciplina a matéria.

Relativo à alegação de que houve abuso de poder na lavratura e entrega do auto de infração, assegura carecer de fundamentos legais. Diz que a lavratura do auto se deu em conformidade com as normas do RPAF/BA, no local de trabalho da autuante, conforme previsão do art. 39, § 1º do citado diploma legal, e que os roteiros de fiscalização constantes da ordem de serviço a serem executados pelo preposto fiscal é quem direciona o local da lavratura do auto de infração, sem implicar em infringência da legislação.

Diz que o art. 108, I do RPAF prevê que a ciência ao sujeito passivo da exigência fiscal, poderá ser feita pessoalmente, não fazendo qual

neste caso específico, o autuado através de representante legal, compareceu à Inspetoria não só para tomar ciência do auto, mas também, para apresentar notas fiscais que compunham o processo e que não haviam sido entregues no primeiro momento.

Salienta que não compreende afirmação do sujeito passivo de que atuou com abuso de poder pelo fato de ter lavrado o auto de infração no dia 30/09/2009 e dar ciência no dia seguinte em 01/10/2009, pois, considerando que fora intimado pessoalmente dia 12/08/2009 (fl.13) no endereço de seu estabelecimento, sabendo que se encontrava inadimplente com o Fisco, relativo a recolhimento de ICMS Antecipação Parcial, não tem explicação sua surpresa com a autuação, visto que não houve em qualquer momento coação ou uso de constrangimento por parte da fiscalização para que fosse à repartição fiscal dar ciência ao auto de infração, o fazendo de livre e espontânea vontade.

Conclui afirmando que outros pontos eventualmente abordados pela autuada em sua defesa não merecem considerações por ter fugido totalmente do mérito da autuação, pedindo a procedência do auto de infração.

O processo foi submetido a julgamento por esta Junta na sessão do dia 29/06/2010, decidindo-se , mediante o Acórdão JF 0166-05/10 (fls. 367/372), que o procedimento fiscal seria nulo, haja vista que o lançamento do crédito tributário havia sido efetuado exclusivamente por servidor sem competência legal, relativo a fatos geradores anteriores a vigência da lei nº 11.470/09, e em afronta ao art. 144 do CTN – Código Tributário Nacional, tomando-se por fundamento o art. 18, Inciso I do RPAF/99.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal ao apreciar o Recurso de Ofício, em decisão por maioria, mediante Acórdão CJF Nº 0296-11/10 (fls. 383/389), deu provimento ao recurso e devolveu os autos à instância “*a quo*”, para nova decisão.

VOTO

Este processo já foi objeto de decisão por esta Junta, na sessão do dia 29/06/2010, mediante o Acórdão JF 0166-05/10 (fls. 367/372), concluindo-se que o processo fiscal seria nulo, por vício de competência do autuante.

Ao apreciar o Recurso de Ofício, a 1ª CJF, em decisão por maioria, mediante Acórdão CJF Nº 0296-11/10 (fls.383/389), deu provimento ao recurso e devolveu os autos a esta Junta de Julgamento Fiscal para nova decisão.

Tendo em vista que na decisão anterior esta Junta de Julgamento Fiscal não apreciou o mérito da lide, e que não vislumbro no processo qualquer vício de nulidade arguida direta ou indiretamente pelo autuado, uma vez que foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, passo à abordagem da questão estritamente no tocante ao mérito, ou seja, à matéria de fundo da questão em análise, levando em conta os motivos do procedimento fiscal, diante dos fatos, das provas e do direito aplicável. Nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF/BA, indefiro pedido de diligência, pois constam dos autos os elementos necessários e suficientes à caracterização da infração cometida.

No presente Auto de Infração consta como irregularidade apurada a falta de antecipação tributária por empresa do Simples Nacional, e observo que os demonstrativos anexados às fls. 05 a 12, bem como os documentos fiscais pertinentes, fls. 15 a 329, revelam que o valor do ICMS exigido se refere à antecipação parcial, decorrente das aquisições interestaduais de mercadorias não sujeitas à substituição tributária e destinadas à comercialização.

É o que se depreende do enquadramento das infrações, conside-
RICMS/97, que transcrevo em seguida, as caracteriza plenamente:

“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 aquisição.”

Não pode prosperar argumento da defendente que invoca o benefício de que trata o §6º do Art. 352-A do RICMS/BA, considerando que tal dispositivo foi inserido na legislação estadual pelo Decreto nº 11.019, publicado no Diário Oficial do Estado em 26 e 27/04/2008 e por força do § 6º do Decreto nº 11.089 de 31/05/2008, retroagiu seus efeitos para 01/01/2008, portanto posterior ao período em que se verificaram os fatos geradores da obrigação, julho a dezembro de 2007, ademais, a empresa não se enquadra no §6º do dispositivo acima, citado, visto que descumpriu determinação legal que lhe habilitaria a usufruir tal benefício, pois deixou de fazer o recolhimento do imposto no prazo regulamentar, considerando que permaneceu omissa de qualquer pagamento do ICMS Antecipação.

Relativo à inclusão do IPI – Imposto sobre produtos Industrializados na base de cálculo do ICMS, verifico não assistir razão ao autuado, pois o mesmo não se enquadra na norma de exclusão expressa no art. 55, Inciso I do RICMS/BA, considerando que a operação que gerou a autuação referiu-se à comercialização de mercadorias destinada a consumidor final e o cálculo foi realizado corretamente pela autuante estando em conformidade com o disposto no inciso III do art. 23 da Lei 7.014/96 que transcrevo:

“Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

III - em relação à antecipação parcial do imposto, estabelecida no art. 12-A, o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição.”

O autuado alega ter sofrido constrangimento para assinar o auto de infração, entretanto não traz aos autos qualquer prova que demonstre a ocorrência de tal alegação, pois vejo que todos os atos presentes no PAF realizados pela autoridade autuante estão em absoluta conformidade com a legislação vigente.

Entendo estar devidamente caracterizado nos autos o ilícito tributário imputado ao contribuinte, sendo devido à Fazenda Pública o imposto reclamado.

Contudo, no que concerne à multa indicada no percentual de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96, constato que foi indicada erroneamente no Auto de Infração, haja vista que a multa correta é de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº. 7.014/96, cuja redação atual, contemplando a multa na hipótese de antecipação parcial do ICMS não recolhida tempestivamente, foi dada pela Lei nº. 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, com efeitos a partir de 28/11/07.

Assim sendo, a multa referente à infração, nos meses de novembro e dezembro de 2007, fica retificada para 60%, conforme previsto no art. 42, II, “d” da Lei n. 7.014/96.

Porém, no que diz respeito à infração nos meses de julho, agosto setembro e outubro de 2007, apesar de ser aplicável a multa de 60%, esta tem amparo na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, uma vez que esta era a pena prevista na lei para a irregularidade à época da ocorrência.

Isto porque, por se considerar a antecipação “parcial” e a antecipação “total” institutos diversos, à época dos fatos descritos no auto de infração, a multa indicada pelo autuante, prevista no art. 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96, estava equivocada, haja vista que essa penalidade era aplicável apenas às 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

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da autuação e a multa aplica

Created with

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210585.0002/09-3**, lavrado contra **ALGE TECNOLOGIA INDUSTRIAL E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$35.134,82**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR