

A. I. Nº - 114654.0012/10-6
AUTUADO - NOVA CASA REFRIGERAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - CRISTINA ALMEIDA VEIGA
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 02.12.2010

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0360-01/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devida 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. O autuado deixou de efetuar o pagamento do imposto no prazo regulamentar, sendo correta a exigência fiscal. Retificado, de ofício, o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração para a prevista à época da ocorrência dos fatos (art. 42, II, "f" e "d" da Lei nº 7.014/96). Infração subsistente. Rejeitada a argüição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2010, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 7.474,83, acrescido da multa de 50%, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de julho, outubro a dezembro de 2007.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa às fls. 22 a 32, indicando inicialmente o endereço profissional na Rua Alceu Amoroso Lima, 786, Ed. Tancredo Neves Trade Center, salas 506 a 508, Caminho das Árvores, Salvador/BA, CEP nº 41.820-770, para onde devem ser enviadas as comunicações pertinentes.

Sustenta que o lançamento não merece prosperar, pelas razões que passará a demonstrar.

Alega a existência de ilegalidades na autuação, a começar pela aplicação equivocada da alíquota, dizendo que está submetido ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES Nacional, sendo que, a lei estadual disciplina para a microempresa o pagamento de valores fixos segundo faixas pré-determinadas dentro das quais se enquadre a respectiva receita bruta do contribuinte, conforme o art. 7º, inciso I da Lei nº. 7.357, de 04 de novembro de 1998, cujo teor reproduz. Acrescenta que, para as empresas de pequeno porte, o cálculo é feito mediante a incidência de percentual variável sobre a receita bruta, sendo no seu caso, uma receita bruta anual inferior ou igual a R\$540.000,00. Diz que, conforme se infere do próprio Auto de Infração, a receita bruta anual, para o exercício de 2007 foi inferior a este limite, tendo a autuante indicado a alíquota de 17% , aplicável àqueles contribuintes que não estão submetidos ao Regime SimBahia ou ao Simples Nacional¹.

Invoca e transcreve os arts. 20 a 23 da Lei estadual nº 7.357/98, bem como III, IV, e V, alíneas a e c, do RICMS/BA, que regulamentam as situações

SimBahia, para sustentar que a infração supostamente cometida não se insere neste rol, estando prevista apenas no art. 915, inciso I, alínea “b” item 1 do RICMS/BA.

Registra que o RICMS é claro ao exigir deliberação do Inspetor Fazendário para que se possa, legalmente, aplicar ao contribuinte submetido ao Regime SimBahia, o regime normal de tributação do ICMS, o que concretamente não houve no presente caso, quer expressa ou tacitamente.

Salienta que, ao invés de aplicar a alíquota de 2,5%, a autuante aplicou a alíquota de 17%, acrescida da multa de 50%, além dos encargos moratórios, sendo esta a ilegalidade existente no Auto de Infração.

Afirma que a aplicação da alíquota de 17% sobre a base de cálculo afigura-se absolutamente equivocada, tendo em vista que no regime de antecipação parcial, aplica-se a diferença de alíquotas, de modo que, em vez de se aplicar a alíquota interna de 17%, deveria se aplicar apenas a alíquota de 10%, correspondente à diferença, o que requer.

Continuando, alega que a autuante deixou de observar o benefício fiscal previsto no art. 8º da Lei nº 7.357/98, referente à dedução do imposto devido do percentual de 1% ou 2%, por empregado regularmente registrado, sendo que, ao longo do exercício de 2007, possuía pelo menos cinco empregados, conforme demonstram os extratos anexos do CAGED.

Diz que, por essa razão, há de ser efetuada a dedução sobre o valor do tributo correspondente ao número de empregados, no exercício de 2007, também para os créditos apurados sob o regime de antecipação parcial de ICMS, conforme determina a norma acima referida e transcrita.

Reportando-se sobre a multa de 50% apontada no Auto de Infração, sustenta que o valor exigido é nitidamente excessivo, confiscatório e desarrazoados, invocando, nesse sentido, posição doutrinária de Eduardo D. Botallo, Roque Antônio Carrazza, Yoshiaki Ichihara, bem como decisões do Supremo Tribunal Federal.

Salienta que o Supremo Tribunal Federal tem manifestado o entendimento de que as multas tributárias incidentes sobre o tributo devido não se caracterizam como confiscatória quando não ultrapassam o patamar de 20%.

Registra, ainda, que para o caso concreto, a multa imposta tem a natureza de sanção decorrente única e exclusivamente da mora, sendo manifesta a desproporcionalidade da exigência, conforme inclusive tem entendido a doutrina, citando e transcrevendo lição de Sacha Calmon Navarro Coelho e Yoshiaki Ichihara.

Requer a exclusão da multa de 50%, dado o seu evidente caráter confiscatório.

Conclui requerendo a invalidação do Auto de Infração, por ter sido aplicada a alíquota de 17% em vez de 2,5% ou, caso não seja este o entendimento, a invalidação por ter sido aplicada a alíquota de 17% em vez de 10%. Requer, ainda, a invalidação parcial do Auto de Infração, a fim de que seja determinada a dedução sobre o valor do tributo devido em cada período de apuração, correspondente ao número de empregados no exercício de 2007, conforme norma prevista no art. 8.º da Lei nº 7.357/1998.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 41/42, afirmando que o autuado apresenta alegações totalmente improcedentes, trazendo inclusive, legislação do Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia já revogada, e que nada tem a ver com o objeto da autuação.

Consigna que o Auto de Infração diz respeito, exclusivamente, a falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, devido por empresa optante do regime Simples Nacional, inscrita na condição de microempresa, conforme a “Descrição dos Fatos” e da infração.

Assevera que os valores apurados nos demonstrativos de fls. 08 a 11, foram calculados em conformidade com o que determina a legislação do ICMS vigente, inexiste omissão ou irregularidade pelo impugnante.

Frisa que a antecipação parcial do ICMS tem previsão no artigo 352-A do RICMS-BA, bem como a multa indicada está de acordo com o artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

VOTO

A princípio, verifico que o lançamento de ofício em lide foi realizado em conformidade com a Lei nº 7.014/96 e o RICMS/BA, como também observou as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, especialmente as contidas no seu art. 39, estando claramente identificada a infração, o infrator, o montante da base de cálculo, o que permitiu o exercício do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte. Constatou que inexistem vícios ou falhas que inquinem de nulidade o Auto de Infração, especialmente as ilegalidades apontadas pelo impugnante, incoerindo qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99. Não acolho, portanto, a nulidade arguida.

No que concerne à indicação do impugnante do endereço profissional na Rua Alceu Amoroso Lima, 786, Ed. Tancredo Neves Trade Center, salas 506 a 508, Caminho das Árvores, Salvador/BA, CEP nº 41.820-770, para onde devem ser enviadas as comunicações pertinentes, registro que nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Observo que incorre em equívoco o impugnante quando apresenta os seguintes argumentos:

- que houve desenquadramento do Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, o que exigiria a deliberação do Inspetor Fazendário;
- que a autuante ao invés de aplicar a alíquota de 2,5%, aplicou a alíquota de 17%, acrescida da multa de 50%, além dos encargos moratórios;
- que a aplicação da alíquota de 17% sobre a base de cálculo afigura-se absolutamente equivocada, tendo em vista que no regime de antecipação parcial, aplica-se a diferença de alíquotas, de modo que, em vez de se aplicar a alíquota interna de 17%, deveria se aplicar apenas a alíquota de 10%, correspondente à diferença;
- que a autuante deixou de observar o benefício fiscal previsto no art. 8º da Lei nº 7.357/98, referente à dedução do imposto devido do percentual de 1% ou 2%, por empregado regularmente registrado, sendo que, ao longo do exercício de 2007, possuiu pelo menos cinco empregados, conforme demonstram os extratos anexos do CAGED, devendo ser efetuada a dedução sobre o valor do tributo correspondente ao número de empregados, no exercício de 2007, também para os créditos apurados sob o regime de antecipação parcial de ICMS, conforme determina a norma acima referida e transcrita.

Isto porque, no caso da irregularidade apontada no Auto de Infração em exame, ou seja, falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, não há que se falar em desenquadramento do Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, o que exigiria a deliberação do Inspetor Fazendário; em aplicação da alíquota de 2,5%, ao invés de 17%; em dedução do imposto devido do percentual de 1% ou 2%, por empregado regularmente registrado; sendo, portanto, totalmente inaplicáveis os argumentos defensivos ao presente caso, haja vista que a autuante agiu acertadamente, conforme determina o RICMS/BA.

Em verdade, nos termos do art. 352-A, abaixo reproduzido, cabe a aplicação da alíquota interna – no presente caso, 17% - sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, conforme procedido pela autuante, sendo deduzido o imposto destacado no documento fiscal de origem:

“Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independente da forma de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre o valor da mercadoria, no caso de incidência do imposto, de acordo com o disposto no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal.”

Já o art. 61, inciso IX do mesmo Diploma regulamentar estabelece:

“Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:

(...)

IX - em relação à antecipação parcial do imposto, estabelecida no art. 352-A, o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição, observado o disposto no § 8º.”

Na realidade, os argumentos defensivos seriam aplicáveis a outros tipos de infração em que há exigência do imposto com base nos critérios e alíquotas normais, na forma do art. 408-L do RICMS/BA, assim como, quando a apuração se dá pelo Regime SimBahia no caso de empresa de pequeno porte, quando é permitido a título de incentivo, a dedução do valor do imposto de percentual por empregado. No que diz respeito à argüição de que a multa é confiscatória, observo que esta tem previsão na Lei 7.014/96, não tendo este órgão julgador competência para declarar a constitucionalidade ou negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, a teor do art. 125, I e III do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, Lei nº 3.956/81, motivo pelo qual a alegação defensiva não pode ser apreciada.

Quanto à exclusão da multa, requerida pelo autuado, cabe-me consignar que a competência para sua apreciação ao apelo da eqüidade, é da Câmara Superior deste CONSEF.

Verifico, porém, que a multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, 1 da Lei nº.7014/96, indicada no Auto de Infração se apresenta incorreta, haja vista que, nos casos de exigência do imposto referente à antecipação parcial a multa aplicável é de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “d” ou “f”, conforme entendimento deste CONSEF já manifestado em diversas decisões.

Assim é que, relativamente aos meses de julho e outubro de 2007, cabe a aplicação da multa de 60%, contudo, prevista 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 esse tipo de irregularidade, à época de ocorrência dos fatos.

Já com relação aos meses de novembro e dezembro de 2007, a multa aplicável é a prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, cuja redação contemplando a multa na hipótese de antecipação parcial do ICMS não recolhida, foi dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, com efeitos a partir de 28/11/07.

Diante do exposto, retifico a multa indicada no Auto de Infração no percentual de 50%, para a prevista nas alíneas “d” e “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.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 114654.0012/10-6, lavrado contra **NOVA CASA REFRIGERAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.474,83**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “d” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

VALMIR NOGUE