

PROCESSO	- A. I. N° 028924.0011/09-5
RECORRENTE	- MARSHAL COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0117-04/10
ORIGEM	- INFRAZ VAREJO
INTERNET	- 21/06/2011

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0144-11/11**

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Ilícitos não impugnados pelo sujeito passivo. Mantidas as infrações 1 e 2. Quanto à infração 2 devem ser excluídos os valores relativos aos fatos geradores nos meses de outubro a dezembro de 2006, período em que o sujeito passivo não se encontrava na condição de empresa de pequeno porte (EPP). Infração parcialmente insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Incide o ICMS por antecipação parcial quando restar comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização. Caracterizadas as infrações 3 e 4. Reenquadramento da multa para o art. 42, II, “f”, em consonância com a jurisprudência reiterada das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF e pronunciamentos da Procuradoria Estadual. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos sobre Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão em referência que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 25/11/2009, para exigir ICMS no valor de R\$266.683,87, acrescido de multas, para imputar ao sujeito passivo o cometimento de 04 infrações, quais sejam:

- 1- Falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração SimBahia. Valor exigido de R\$ 84.057,63 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 3 da Lei nº 7.014/96.
- 2- Recolhimento a menos do ICMS nos prazos regulamentares, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração SimBahia. Valor exigido de R\$ 126.606,10 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 3 da Lei nº 7.014/96.
- 3- Falta de recolhimento do tributo por antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor exigido de R\$ 52.127,65 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei nº 7.014/96.
- 4- Recolhimento a menos do imposto por antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor exigido de R\$ 3.892,49 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei nº 7.014/96.

A 4ª JJF apesar de ressaltar a incontrovérsia da primeira e segunda infrações, proferiu Decisão pela procedência do lançamento fiscal, nestes termos, *verbis*:

“Primeiramente, importa registrar que as infrações 01 e 02 não foram impugnadas. Dessa maneira, com fundamento no art. 140 do RPAF/99, não terão o mérito apreciado neste julgamento. Mantidas as infrações 01 e 02.

Com relação às infrações 03 e 04, analisando as cópias de notas fiscais de aquisições interestaduais de fls. 33 a 57, verifico que na maior parte das mesmas há aposição de carimbos de postos fiscais, selos fiscais, bem como declarações de recebimento das transportadoras BAHIACARGAS LTDA. e RANIELLE TRANSPORTES LTDA.

O impugnante não negou as aquisições de mercadorias cujas cópias de notas fiscais foram colacionadas ao processo. Assim, concluo que é razoável acolher os citados documentos como comprovantes das operações de compra.

O sujeito passivo cingiu o seu pedido à aplicação do índice de proporcionalidade previsto na Instrução Normativa 56/2007, o que não é possível, posto que o lançamento de ofício não trata das presunções previstas no art. 4º, parágrafo 4º da Lei nº 7.014/96, e a referida IN somente se aplica nos casos de presunção.

Incide o ICMS por antecipação parcial quando restar comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização.

“...No caso presente, houve equívoco 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 à 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.

Infrações 03 e 04 mantidas, com o re-enquadramento da multa destas infrações para o art. 42, inc. II, letra “f” da Lei nº 7.014/96.”

O sujeito passivo, inconformado, interpôs Recurso Voluntário às fls. 102/118, devolvendo a este Colegiado o exame da matéria controvertida, o fazendo, em síntese, sob os argumentos seguintes:

Iniciou por arguir a nulidade do julgado por ter sido desconsiderada a peça anexada as fls. 80/83, sob o título de memoriais, alegando que foi apresentada antes do julgamento de primeiro grau, na qual invoca matéria defensiva que deixou de arguir quando da impugnação inicial, por entender se constituir em aditamento, cuja inapreciação, pela JJF, resultaria em nulidade absoluta, já que todas as peças impugnatórias não foram examinadas.

Quanto a terceira e quarta infrações - ICMS não antecipado e ICMS antecipado a menos, respectivamente -, disse que lhe foi exigida a apresentação das notas fiscais correspondentes, sobre o que passou a transcrever ementas deste CONSEF e que a par disso, o autuante incorreu em erro grave por não aplicar a regra de parcelamento (4% do faturamento) sobre a receita, passando a destacar seu entendimento num demonstrativo.

Disse, em arremate, que a imposição pelo fisco da exibição dessas notas fiscais se constituiu cerceamento de defesa, e que não há como prosperar o valor autuado de quase R\$ 300.000,00, sendo hipótese de nulidade absoluta, como, também, os valores exigidos sem aplicação da proporcionalidade.

Encaminhado o PAF à PGE/PROFIS, esta, através de sua ilustre procuradora, Dra. Sylvia Amoêdo Cavalcante, em 20/7/10 proferiu o Parecer de fl. 123, no qual se reporta aos fundamentos declinados nas razões recursais, e sob o entendimento de que o esclarecimento sobre a situação cadastral do contribuinte se constituía como fundamental para o desate da lide das infrações 1 e 2, já que relativas a microempresas, e uma vez que o documento de fls. 08 está por informar que o autuado é normal de 1999 a 2008, opinou pela realização de diligência para apreciação e correto julgamento das infrações 1 e 2, acrescentando estar correta a Decisão quanto à 3^a e 4^a, por não caber a aplicação da regra da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007 em falta de antecipação parcial.

Em pauta suplementar de 25/08/10, esta 1^a CJF supriu a diligência sugerida pela Procuradoria e obteve no curso da sessão, através do INC Sistema INC- Informação do Contribuinte, os esclarecimentos solicitados, determinando o retorno àquele órgão para Parecer conclusivo.

Às fl. 131 há a juntada dos extratos do SIGAT que informam o pagamento parcial do débito originalmente lançado.

Às fl. 135, voltou a se pronunciar a d. PGE/PROFIS através da mesma Procuradora supra referida, que se manifestou exarando Parecer pelo provimento parcial do Recurso Voluntário, afirmando que, com os elementos fornecidos pela 1^a CJF, pôde ser constatado que o autuado passou à condição de normal a partir de outubro de 2006, o que tem repercussão na infração 2, para serem suprimidos os meses de outubro, novembro e dezembro/06, ressalvando a possibilidade da aplicação de outro roteiro de fiscalização próprio da condição do sujeito passivo e da infração, acaso cometida.

Por fim, aduziu que na peça intitulada de memoriais que houve insurgência contra a totalidade das infrações 1 e 2, embora, anteriormente, tenha o autuado solicitado o parcelamento e o recolhido parcialmente.

Às fls. 136/138 consta despacho proferido pela ilustre procuradora assistente, Dra. Aline Solano Casali Bahia, no qual afirma que, conforme consta do documento de fls. 134, abrangendo a 1^a, a 2^a em parte, 3^a e 4^a infrações, considerou restar prejudicada a análise do Recurso Voluntário.

Proseguiu sob o entendimento de que essa preliminar fica parcialmente prejudicada em face do reconhecimento total da infração 4 e parcial da infração 3 ante a presença nos autos dos docs. de fls. 33/57, e que, em relação ao pedido de aplicação da proporcionalidade, adota o entendimento exposto pelo autuante na informação fiscal de fls. 75.

Por derradeiro, corroborou com a posição exarada no aludido Parecer, para que a súplica recursal seja parcialmente provida, com exclusão quanto à infração 2 dos valores concernentes aos fatos geradores ocorridos nos meses de outubro a dezembro de 2006, pelo fato de o autuado encontrar-se inscrito na condição de normal.

Ao final do PAF, consta documento informando que o recorrente não deu prosseguimento ao parcelamento por ele requerido, vindo a inadimpli-lo.

VOTO

De início, devo salientar que o sujeito passivo quando da impugnação de fls. 61/63, em verdade, não se insurgiu contra o lançamento fiscal, restringindo-se a requerer que fosse apresentada a planilha com notas fiscais para o uso de índice de proporcionalidade com mercadorias isentas e não tributadas, como descritas na Instrução Normativa nº 56/07 para análise do agente fiscalizante, o que ali disse entender que reduziria o valor do débito e, por consequência, o saldo devedor a parcelar.

Entretanto, somente quando da apresentação da peça por ele intitulada como “memoriais”, veio inovar sua defesa, passando ali a arguir preliminar de nulidade por falta de apresentação das notas fiscais que serviram de suporte para autuação.

Tal situação processual faz atrair a aplicação da regra do art. 123 e seu § 1º, tendo o sujeito passivo dado azo à configuração da preclusão consumativa, o que me faz rejeitar a extemporânea arguição de nulidade.

Ora, todo o processo percorre atos sequenciados dentro do rito previsto na norma regente, *in casu*, o Decreto nº 7.629/99 – RPAF/99, estabelecendo os prazos a serem respeitados pelas partes. Sendo assim, a despeito de ter fluido regularmente o interstício legal para que o autuado viesse, se desejasse, a apresentar toda a matéria de defesa, e passasse a produzir prova documental que entendesse pertinente, todavia, de efetivo, nada arguiu na impugnação de fls. 61/63, além do que foi suprarelatado, e muito menos víncio de nulidade que maculasse o PAF.

E, em que pese considerar intempestivas as razões declinadas na peça denominada como memoriais, ainda que não fossem tardias, como são, merecem ser rejeitadas, pois, da análise dos autos não se vislumbra qualquer víncio que inquine o PAF nos termos do art. 18, do RPAF/99.

Rejeito, por estes fundamentos, a alegação de nulidade, por observar, ainda, que, ao reverso do alegado, residem nos autos às fls. 33/57, as notas fiscais que serviram de suporte para a autuação, sendo certo a assertiva de que o lançamento fiscal guarda consonância com as exigências estabelecidas no art. 38 e seu parágrafo único do referido decreto regulamentar.

Constatou, também, que houve o reconhecimento parcial da autuação, pelo contribuinte, tanto que requereu o parcelamento do saldo devedor às fls. 132/134, havendo no processo documentação que espelha a realização, por ele, de pagamento parcial da dívida tributária, o que, a partir daí, a teor do art. 91, II, da mesma norma regulamentar, teve o condão de encerrar a discussão da matéria em face da preclusão lógica, não mais subsistindo controvérsia a ser debatida.

Comungo, pois, do entendimento esposado pela d. PGE/PROFIS declinado no despacho de sua procuradora assistente às fls. 136/138, no sentido de estarem reconhecidas pelo sujeito passivo, consoante documento de fl. 134, a infração 1, parte das infrações 2 e 3 e infração 4, ficando, destarte, prejudicada a análise das respectivas razões recursais por corolário lógico.

No que tange ao pedido de aplicação da proporcionalidade, em se tratando de hipótese legal de antecipação parcial é descabido tal requerimento em face da ausência de permissivo no bojo da Instrução Normativa nº 56/07, como ressaltado pelo autuante às fl. 75.

Nessa senda, com vistas a evitar o enriquecimento sem causa pelo sujeito ativo, ora recorrido, acompanho, também, a posição da Procuradoria no sentido de excluir os valores que tiveram na autuação como fato gerador àqueles ocorridos nos meses de outubro a dezembro de 2006, eis que, como resultou esclarecido na diligência provida em sessão suplementar por esta CJF, extraída do Sistema INC- Informação do Contribuinte, foi evidenciado que o recorrente passou à condição de normal a partir de outubro de 2006, e a infração 2 refere-se ao recolhimento a menor de ICMS na condição de empresa de pequeno porte – EPP.

Devem, portanto, ser excluídos do saldo devedor os valores relativos a esses meses, ou seja, de outubro a dezembro de 2006, para exclusão dos valores lançados na autuação no período em que o recorrente não se encontrava na condição de EPP, logo, não enquadrado no regime simplificado de apuração do tributo cujo débito passa para R\$249.831,49, conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO							
Seq.	Infr.	D. Ocorrência	D. Vencimento	Aliq (%)	Vlr. Histórico	Vlr. Julgado-1 ^a CJF	Multa (%)
1	1	30/01/2005	09/02/2005	17	951,83	951,83	50
2	1	28/02/2005	09/03/2005	17	2.620,15	2.620,15	50
3	1	31/03/2005	09/04/2005	17	4.782,84	4.782,84	50
4	1	30/04/2005	09/05/2005	17	5.761,61	5.761,61	50
5	1	31/05/2005	09/06/2005	17	8.248,39	8.248,39	50
6	1	30/06/2005	09/07/2005	17	6.437,38	6.437,38	50
7	1	31/07/2005	09/08/2005	17	27.466,03	27.466,03	50
8	1	30/04/2006	09/05/2006	17	3.223,10	3.223,10	50
9	1	31/05/2006	09/06/2006	17	3.826,13	3.826,13	50
10	1	30/06/2006	09/07/2006	17	4.918,78	4.918,78	50
11	1	31/07/2006	09/08/2006	17	6.856,62	6.856,62	50

12	1	31/08/2006	09/09/2006	17	5.206,48	5.206,48	50
13	1	30/09/2006	09/10/2006	17	3.758,29	3.758,29	50
14	2	30/08/2005	09/09/2005	17	16.693,05	16.693,05	50
15	2	30/09/2005	09/10/2005	17	11.030,89	11.030,89	50
16	2	31/10/2005	09/11/2005	17	15.640,97	15.640,97	50
17	2	30/11/2005	09/12/2005	17	27.143,51	27.143,51	50
18	2	31/12/2005	09/01/2006	17	33.239,94	33.239,94	50
19	2	30/01/2006	09/02/2006	17	1.442,52	1.442,52	50
20	2	28/02/2006	09/03/2006	17	1.754,30	1.754,30	50
21	2	31/03/2006	09/04/2006	17	2.808,54	2.808,54	50
22	2	30/10/2006	09/11/2006	17	3.036,06	0,00	50
23	2	30/11/2006	09/12/2006	17	11.083,76	0,00	50
24	2	31/12/2006	09/01/2007	17	2.732,56	0,00	50
25	3	30/01/2005	09/02/2005	17	166,83	166,83	60
26	3	31/03/2005	09/04/2005	17	412,32	412,32	60
27	3	30/04/2005	09/05/2005	17	484,68	484,68	60
28	3	31/05/2005	09/06/2005	17	2.361,38	2.361,38	60
29	3	30/06/2005	09/07/2005	17	2.123,27	2.123,27	60
30	3	31/07/2005	09/08/2005	17	9.530,16	9.530,16	60
31	3	31/08/2005	09/09/2005	17	4.532,30	4.532,30	60
32	3	30/09/2005	09/10/2005	17	3.091,62	3.091,62	60
33	3	31/10/2005	09/11/2005	17	2.057,19	2.057,19	60
34	3	30/11/2005	09/12/2005	17	2.342,59	2.342,59	60
35	3	30/01/2006	09/02/2006	17	6.392,59	6.392,59	60
36	3	30/04/2006	09/05/2006	17	846,96	846,96	60
37	3	31/05/2006	09/06/2006	17	414,26	414,26	60
38	3	30/06/2006	09/07/2006	17	1.811,40	1.811,40	60
39	3	31/07/2006	09/08/2006	17	3.069,91	3.069,91	60
40	3	31/08/2006	09/09/2006	17	4.087,28	4.087,28	60
41	3	30/10/2006	09/11/2006	17	946,83	946,83	60
42	3	30/11/2006	09/12/2006	17	7.456,08	7.456,08	60
43	4	31/03/2006	09/04/2006	17	3.892,49	3.892,49	60
TOTAL					266.683,87	249.831,49	

Do expedido, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, e pela homologação dos valores já quitados pelo contribuinte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **028924.0011/09-5**, lavrado contra **MARSHAL COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$249.831,49**, acrescido das multas de 50% sobre R\$193.811,35 e 60% sobre R\$56.020,14, previstas no art. 42, incisos I, “b”, item 3 e II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS