

A. I. Nº - 157064.0103/10-1
AUTUADO - NCG COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JOSE CARLOS OLIVEIRA FERREIRA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 31.03.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0044-02/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. MERCADORIA REGISTRADA NA ESCRITA FISCAL COM SAÍDA POSTERIOR TRIBUTADA. MULTA PERCENTUAL SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa. Contudo, somente é devida a aplicação para os fatos geradores ocorridos a partir de novembro de 2007, em razão da alteração introduzida pela Lei nº 10.847/07, que modificou a redação da alínea “d”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente insubsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/03/2010, para aplicar multa no valor histórico de R\$486.246,59, sobre o imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro de 2007 a março de 2008, julho de 2008 e novembro de 2008.

O autuado impugnou o lançamento tributário alegando que não há que se falar em substituição tributária, eis que só existe co-responsabilidade frente ao comprovado inadimplemento do contribuinte direto. Argumenta que a fiscalização, num primeiro momento, deve examinar a regularidade do contribuinte direto (substituído), vez ser esse o sujeito passivo previsto na norma que institui o tributo. Após, certificando-se da inadimplência, formalizar a cobrança ora fustigada junto ao contribuinte substituído. Sendo frustrada esta cobrança, num segundo momento, é que caberia a cobrança do responsável solidário. A Notificada, quando muito, deveria ter sido instada a apresentar todos os elementos que marcaram seu relacionamento contratual com as empresas que adquirem seus produtos. E ainda assim, se a Notificada não as detivesse, a infração seria de mera irregularidade, citando entendimento doutrinário sobre substituição tributária para embasar sua alegação de duplicidade da cobrança.

Protesta pela realização de perícia fiscal visando a apuração dos valores, por ventura, devidos e, sendo o caso, a busca da satisfação do crédito junto aos contribuintes.

Aduz inexistir lei complementar definindo o suposto contribuinte, caracterizando o equívoco cometido pelo fisco, pois, caso contrário, será o reconhecimento de que foi inserido em nosso ordenamento, mediante lei ordinária, uma nova tributação, elencando-o como sujeito passivo da obrigação, o que só pode ocorrer pela via da lei complementar, transcrevendo o art. 146 da Carta Magna.

O autuante ao prestar informação fiscal ressalta que a defesa não ataca o feito fiscal de forma direta, limitando-se a falar de regras do direito tributário que lhe parece passar ao largo do feito

fiscal em questão e opina pela manutenção da cobrança como posta originalmente no Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, em relação a argüição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para aplicar multa por descumprimento de obrigação acessória, sobre o imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

Quanto ao pedido de perícia, formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, "a", do RPAF/99.

No mérito, observo que a obrigatoriedade no recolhimento antecipado nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, está prevista no artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

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.

No mesmo sentido o § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, dispõe "No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea "d" do inciso II".

Portanto, não podem ser acolhidos os argumentos defensivos de responsabilidade subsidiária ou de cobrança em duplicidade, uma vez que a obrigatoriedade no recolhimento do ICMS, a título de antecipação parcial, sobre as aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, entrou em vigor a partir de 01/03/2004, através do artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, acrescentado pela Lei nº 8.967/03.

A redação original, com efeitos até 27/11/2007, do § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, era: "§ 1º No caso de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas que, comprovadamente, houver recolhido o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea "d" do inciso II."

Entretanto, à época dos fatos geradores relativos aos meses de janeiro a outubro de 2007, no caso em tela, não obstante a obrigação de antecipar o imposto sobre as aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, a falta de pagamento da antecipação parcial do ICMS não era tipificada como infração à legislação tributária, o que somente veio a ocorrer a partir da vigência da Lei nº 10.847, de 27/11/2007, ou seja, efeitos a partir de 28/11/2007, não sendo devido sua aplicação de forma retroativa, a teor do artigo 106, inciso I, do Código Tributário Nacional – CTN.

Pelo que foi comentado acima, a multa lançada neste item da autuação, para punir o descumprimento da obrigação acessória de não recolher tempestivamente a antecipação parcial, constante do art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, não era prevista nos meses citados. A redação atual da alínea “d”, do inciso II do caput do art. 42 foi dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, efeitos a partir de 28/11/07. A redação anterior era “d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, nas hipóteses regulamentares;”, e portanto, não contemplava a hipótese de “antecipação parcial”.

Desta forma, por falta de previsão legal, não é devida a aplicação da multa na data dos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a outubro de 2007, ficando o valor da autuação reduzido para R\$43.744,66, conforme segue:

DATA DE OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO DEVIDO APÓS JULGAMENTO
30/11/2007	14.299,92
31/12/2007	12.067,86
31/1/2008	6.694,56
28/2/2008	6.206,04
31/3/2008	2.340,67
31/7/2008	84,00
30/11/2008	2.051,61
TOTAL	43.744,66

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$43.744,66.

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 **157064.0103/10-1**, lavrado contra **NCG COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$43.744,66**, prevista no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2011.

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR