

A. I. Nº - 088299.0001/09-7
AUTUADO - AJM COMÉRCIO DE CARNES NOBRES LTDA.
AUTUANTE - DJALMA BOAVENTURA DE SOUSA
ORIGEM - INFAP VAREJO
INTERNET - 15.09.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0239-02-11

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Contribuinte comprova pagamento de parte do ICMS reclamado, antes da ação fiscal. Autuante refez os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração parcialmente subsistente. Reenquadramento da penalidade proposta pelo autuante, para o art. 42, inc. II, letra “F”, da Lei nº 7.014/96, para os fatos geradores ocorridos até 28/11/2007, antes da edição da Lei nº 10.846/07. Contribuinte comprovou que parte do imposto havia sido recolhido antes da ação fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 31/03/2009, para constituir o crédito tributário relativo ao ICMS no valor histórico de R\$11.777,13, em razão de:

- 1 - Falta de recolhimento do ICMS antecipação, no valor de R\$2.663,51, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior relacionadas no anexo 88.
- 2 – Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, no valor de R\$9.113,62.

O autuado, folhas 51 a 55, impugna parcialmente o lançamento tributário, mediante advogado habilitado nos autos, arguindo inconsistência em razão da ausência das notas fiscais obtidas de “terceiros” ou pelos sistemas CFAMT ou SINTEGRA, pois não foram as ofertadas ao contribuinte para o regular exercício de sua defesa. Alega, ainda, que os valores efetivamente devidos foram quitados regularmente.

Em relação a infração 02, apesar que de algumas operações não terem sido recolhido o ICMS, duas situações precisam de avaliação: a repercussão econômica contra o Estado e a legalidade da multa por infração.

Ao final, requer a improcedência do Auto de Infração.

Às folhas 67 a 70, o autuado acostou demonstrativo reconhecendo parte do valor autuados das duas infrações. Na infração 01 reconheceu o valor de R\$1.423,95 e na infração 02 o valor de R\$6.106,96.

Às folhas 75 a 87, o autuado acostou diversos comprovantes de pagamentos.

O fiscal autuante, fls. 90 a 94, ao prestar a informação fiscal aduz que as listagens do SINTEGRA E CFAMT são prova indiciária do cometimento da infração.

Aduz que analisou a planilha acostada pela defesa como os valores mensais devido e autuado, fl. 68, separando as operações relativas à Antecipação Total e Antecipação Parcial, tendo constatado que nela consta números de notas fiscais que não foram objeto da autuação e em outras não puderem ser comprovado o pagamento do ICMS, pois não constam os números de algumas notas fiscais nos DAE's, razão pela qual elaborou novo demonstrativo dos débitos apurados na infração 02, demonstrando a redução do valor autuado de R\$9.113,62 para R\$6.868,42.

Frisa que o contribuinte causou prejuízo ao Tesouro Estadual ao deixar de recolher o ICMS devido, devendo o CONSEF analisar a questão da multa aplicada.

O PAF foi convertido em diligência ao autuado, para que fossem atendidas as seguintes solicitações: 1- Em relação às notas fiscais do SINTEGRA - acostar aos autos cópias das respectivas notas fiscais e outros elementos que comprovem as aquisições das mercadorias pelo autuado. 2- Em relação às notas fiscais do CFAMT - acostar aos autos cópias das notas fiscais.

3- Excluir da autuação as notas fiscais do CFAMT e do SINTEGRA cujas cópias não seja acostadas aos autos, bem como, no caso do SINTEGRA excluir as notas fiscais que a fiscalização não acoste aos autos outros elementos conforme indicados no item 1, elaborando novos demonstrativos para o débito reclamado, listando as notas fiscais, documentos por documentos, que foram incluída pela fiscalização à título de "ajuste" em relação aos pagamentos efetuados, considerando as datas de vencimentos respectivos. 4- Entrega ao contribuinte às cópias dos documentos a acostados pela diligência com a reabertura do prazo de defesa em 30 (Trinta dias). Em atendimento ao solicitado, o autuante à folha 104, requereu ao setor competente que fosse acostado cópia integral do processo de parcelamento relativo ao reconhecimento parcial do valor autuado pelo sujeito passivo, o qual foi atendido às folhas 108 a 117 dos autos.

Após a juntada do parcelamento, o autuante, fl.120, elaborou nova planilha apontando os valores autuados, os valores reconhecidos e parcelados pelo contribuinte e os valores impugnados.

À folha 212, fez um resumo nos valores remanescente, ou seja, valores não reconhecidos pelo contribuinte, conforme segue:

INFRAÇÃO	DATA OCORR.	VALOR AUTUADO	VALOR RECONHECIDO	VALOR REMANESCENTE
1	30/4/2004	210,50	210,50	0,00
1	31/3/2005	50,47	50,47	0,00
1	30/4/2005	419,85	419,85	0,00
1	30/9/2005	320,66	320,66	0,00
1	30/11/2005	571,32	0,00	571,32
1	31/3/2006	161,13	0,00	161,13
1	30/11/2006	179,80	179,80	0,00
1	31/10/2007	271,65	0,00	271,65
1	30/11/2007	478,13	478,13	0,00
SOMA		2.663,51	1.659,41	1.004,10
2	31/3/2004	33,02	33,02	0,00
2	30/4/2004	143,74	143,74	0,00
2	31/5/2004	516,20	516,20	0,00
2	31/7/2004	144,00	144,00	0,00
2	31/8/2004	153,18	153,18	0,00

2	30/11/2004	20,30	0,00	20,30
2	31/12/2004	316,72	0,00	316,72
2	31/1/2005	158,38	158,38	0,00
2	30/4/2005	376,67	376,67	0,00
2	31/5/2005	157,82	157,82	0,00
2	30/6/2005	210,10	0,00	210,10
2	30/9/2005	202,00	202,00	0,00
2	30/11/2005	136,50	0,00	136,50
2	31/1/2006	518,54	518,54	0,00
2	28/2/2006	1.525,33	1.525,33	0,00
2	31/3/2006	1.266,45	1.266,45	0,00
2	30/4/2006	965,84	965,84	0,00
2	31/7/2006	302,00	302,00	0,00
2	30/9/2006	459,16	0,00	459,16
2	31/12/2006	313,70	313,70	0,00
2	31/1/2007	63,58	0,00	63,58
2	28/2/2007	137,75	0,00	137,75
2	31/3/2007	123,75	123,75	0,00
2	30/4/2007	93,13	93,13	0,00
2	30/6/2007	564,17	0,00	564,17
2	31/8/2007	110,57	0,00	110,57
2	31/12/2007	101,02	101,02	0,00
SOMA		9.113,62	7.094,77	2.018,85

Em relação a infração 01, quanto aos valores remanescente, o diligente acata os pagamento realizado em relação ao fato gerador de outubro de 2007, no valor de R\$271,65, uma vez que consta do DAE acostado à folha 79 dos autos. Mantém o valor de R\$571,32 e R\$732,45 relativos aos fatos geradores de novembro de 2005 e março de 2006, pois o contribuinte não comprovou o recolhimento.

Relativamente a infração 02, após excluir as notas fiscais do SINTEGRA e os valores comprovados pela defesa que foram recolhidos antes da ação fiscal, o autuante elaborou planilhas, fls. 123 e 124, reduzindo o valor autuado para R\$ 7.126,77.

O contribuinte recebeu cópia da informação com os novos demonstrativos, sendo intimado para se manifestar no prazo legal, entretanto, silenciou.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS decorrente de duas infrações.

Na infração 01 é imputado ao autuado ter deixado de recolher o ICMS antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA.

Em sua defesa o autuado, inicialmente, alegou que não foram juntadas as notas fiscais que embasaram a autuação. Posteriormente, acostou demonstrativo reconhecendo como devido o valor de R\$1.423,95, acostou, ainda, aos autos diversos DAE`s comprovando haver recolhido antes da ação fiscal parte do imposto reclamado.

O PAF foi convertido em diligência, para que fossem acostadas aos autos cópias das respectivas notas fiscais e, no caso do SINTEGRA, também fossem acostados outros elementos que

comproven as aquisições das mercadorias pelo autuado, sendo determinado as exclusões dos documentos fiscais em que não fossem atendidas as solicitações.

Acato o resultado da revisão fiscal realizada quando da diligência, considerando que, além dos valores reconhecidos pela defesa, o contribuinte comprovou o recolhimento, antes da ação fiscal, o valor de R\$271,65, conforme cópia do DAE à folha 79 dos autos. Quanto aos demais valores, não reconhecidos pela defesa, R\$571,32 e R\$732,45, os mesmos devem permanecer na autuação, uma vez que o autuado não apresentou DAE para comprovar o recolhimento.

Ademais, devo ressaltar que, diante da diligência fiscal, o autuado recebeu cópia do novo demonstrativo sendo informado do prazo legal para se manifestar, entretanto, silenciou. Interpreto esse silêncio com reconhecimento tácito do novo valor reclamado, conforme Art. 140, do RPAF/99, o qual determina que *“O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.”*

Assim, entendo que a infração 01 restou parcialmente caracterizada, conforme abaixo:

INFRAÇÃO	DATA OCORR.	VALOR AUTUADO	VALOR RECONHECIDO	VALOR EXCLUÍDO NA REVISÃO FISCAL	VALOR DEVIDO APÓS JULGAMENTO
1	30/4/2004	210,50	210,50	0,00	210,50
1	31/3/2005	50,47	50,47	0,00	50,47
1	30/4/2005	419,85	419,85	0,00	419,85
1	30/9/2005	320,66	320,66	0,00	320,66
1	30/11/2005	571,32	0,00	0,00	571,32
1	31/3/2006	161,13	0,00	0,00	161,13
1	30/11/2006	179,80	179,80	0,00	179,80
1	31/10/2007	271,65	0,00	271,65	0,00
1	30/11/2007	478,13	478,13	0,00	478,13
SOMA		2.663,51	1.659,41	271,65	2.391,86

Na infração 02 é imputado ao autuado ter deixado de recolher o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização.

O procedimento da defesa foi o mesmo da infração anterior. Primeiro alegou ausência das notas fiscais e posteriormente reconheceu o valor de R\$6.868,42.

A diligência acima citada foi realizada, igualmente, para a infração ora em tela. O diligente adotou o mesmo procedimento e após excluir as notas fiscais do SINTEGRA e os valores comprovados pela defesa que foram recolhidos antes da ação fiscal, o autuante elaborou planilhas, fls. 123 e 124, reduzindo o valor autuado para R\$7.126,77.

Acato o resultado da revisão fiscal, pois foi baseado nos documentos acostados aos autos, além de não ter sido impugnado pelo sujeito passivo, apesar de devidamente intimado.

Quanto à multa aplicada, não pode ser acolhido o argumento defensivo de ilegalidade da mesma, pelas razões que passo a expor.

Entendo que não se pode confundir a “antecipação parcial”, que nada mais é que um adiantamento ao Estado, com a “substituição tributária”, na modalidade da “antecipação”, que é um instituto com conceito, forma e objetivos diversos. A multa decorrente da “falta de antecipação”, ou seja, da infração correspondente à “substituição tributária”, para empresa enquadrada no regime normal de tributação é de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Considerando a alteração legislativa promovida pela Lei nº 10.847/07, no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, com efeitos a partir de 28/11/07, que acrescentou a expressão “inclusive antecipação parcial” no referido dispositivo legal que capitula a multa pela falta de recolhimento do ICMS, nos casos de antecipação tributária.

O Conselho de Fazenda, o qual já firmou entendimento contrário ao conteúdo da mesma, conforme diversos Acórdãos da 1ª e da 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, apenas a título de exemplo, cito os Acórdãos nºs CJF Nºs. CJF Nº 0222-12/09, CJF Nº 0232-12/09, CJF Nº 0252-12/09, CJF Nº 0255-12/09, CJF Nº 0269-12/09, CJF Nº 0270-12/09, CJF Nº 0274-12/09, CJF Nº 0279-12/09 e CJF Nº 0301-12/09.

Acompanho a tese defendida nas decisões majoritárias acima citadas, as quais foram embasadas em pareceres dos ilustres representantes da PGE/PROFIS. De fato, no sentido estrito, os institutos da antecipação parcial e a antecipação são institutos diversos. Na primeira, ocorre apenas a antecipação de parte do ICMS, não havendo encerramento da fase de tributação e não se aplica as mercadorias enquadradas na Substituição Tributária. Enquanto que na segunda, uma vez realizada antecipação do ICMS, o que somente ocorre sobre as operações com mercadorias enquadradas na Substituição Tributária, a fase de tributação é encerrada.

Nos diversos acórdãos acima apontados, tem sido citado o posicionamento da PGE/PROFIS pela impossibilidade de aplicação da multa prevista no art. 42, II, “d”, do mesmo artigo, para as infrações relativas a antecipação parcial, considerando que antes da alteração legislativa promovida pela Lei nº 10.847/07, o dispositivo normativo não abarcava a figura da antecipação parcial, referindo-se o mesmo ao instituto da substituição tributária. Entretanto, como já se encontrava previsto no ordenamento jurídico tributário estadual, à época da ocorrência dos fatos, a previsão punitiva tributária, consignada no art. 42, inc. II, alínea “f”, esse fato possibilita aplicar multa de 60% para as hipóteses de não recolhimento da antecipação parcial, para todas as categorias de contribuintes, uma vez que o referido dispositivo prevê a aplicação de sanção quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa da prevista no inc. II, do art. 42, que importe em descumprimento de obrigação principal.

É importante ressaltar que, conforme previsão expressa do art. 19 do RPAF/99, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. No mesmo sentido, o Código Tributário Nacional – CTN nos artigos 142 e 149, ao tratar do lançamento tributário, estabelece que compete à autoridade fiscal propor a penalidade cabível, podendo, entretanto, essa proposição ser revista de ofício, pela instância julgadora, visando o devido enquadramento legal do fato tributável.

Nessa direção, no caso em lide, houve equívoco no enquadramento da multa, no art. 42, inc. II, “d”, 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.

Seguindo essa linha de raciocínio, a multa aplicada pelo autuante, prevista no art. 42, inc. II, “d”, da Lei nº 7.014/96, foi equivocada, haja vista que a referida penalidade era aplicável apenas nas 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 da citada Lei, porém esse fato não implicou em modificação no núcleo da exigência fiscal, que remanesce inalterada e circunscrita à cobrança do ICMS da antecipação parcial.

Por tudo acima exposto, retifico o dispositivo da multa indicada para a prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, no mesmo percentual de 60%, uma vez que esta era a pena prevista na lei para a irregularidade à época dos fatos geradores ocorridos até 28/11/2007.

Quanto a alegação do autuado de que não houve repercussão econômica contra o Estado, alegando que o contribuinte não pode ser acolhida, uma vez que o imposto devido não foi

recolhido tempestivamente. Portanto, tal recurso não entrou nos cofres do Estado da Bahia, sendo necessário a lavratura do Auto de Infração, com aplicação da multa prevista na legislação estadual, conforme acima analisado.

Logo, a infração 02 restou parcialmente caracterizada, conforme abaixo:

INFRAÇÃO	DATA OCORR.	VALOR AUTUADO	VALOR RECONHECIDO	VALOR EXCLUÍDO NA REVISÃO FISCAL	VALOR DEVIDO APÓS JULGAMENTO
2	31/3/2004	33,02	33,02	0,00	33,02
2	30/4/2004	143,74	143,74	0,00	143,74
2	31/5/2004	516,20	516,20	0,00	516,20
2	31/7/2004	144,00	144,00	0,00	144,00
2	31/8/2004	153,18	153,18	0,00	153,18
2	30/11/2004	20,30	0,00	20,30	0,00
2	31/12/2004	316,72	0,00	316,72	0,00
2	31/1/2005	158,38	158,38	0,00	158,38
2	30/4/2005	376,67	376,67	0,00	376,67
2	31/5/2005	157,82	157,82	0,00	157,82
2	30/6/2005	210,10	0,00	178,00	32,00
2	30/9/2005	202,00	202,00	0,00	202,00
2	30/11/2005	136,50	0,00	136,50	0,00
2	31/1/2006	518,54	518,54	0,00	518,54
2	28/2/2006	1.525,33	1.525,33	0,00	1.525,33
2	31/3/2006	1.266,45	1.266,45	0,00	1.266,45
2	30/4/2006	965,84	965,84	0,00	965,84
2	31/7/2006	302,00	302,00	0,00	302,00
2	30/9/2006	459,16	0,00	459,16	0,00
2	31/12/2006	313,70	313,70	0,00	313,70
2	31/1/2007	63,58	0,00	63,58	0,00
2	28/2/2007	137,75	0,00	137,75	0,00
2	31/3/2007	123,75	123,75	0,00	123,75
2	30/4/2007	93,13	93,13	0,00	93,13
2	30/6/2007	564,17	0,00	564,17	0,00
2	31/8/2007	110,57	0,00	110,57	0,00
2	31/12/2007	101,02	101,02	0,00	101,02
SOMA		9.113,62	7.094,77	1.986,75	7.126,77

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, conforme abaixo, homologando-se o valor efetivamente recolhido:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	ICMS DEVIDO
1	PROC. EM PARTE	2.391,86
2	PROC. EM PARTE	7.126,77
TOTAL		9.518,63

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 **088299.0001/09-7**, lavrado contra **AJM COMÉRCIO DE CARNES NOBRES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.518,63**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR