

A. I. N° **- 210621.0008/09-8**
AUTUADO **- STM COMERCIAL LTDA.**
AUTUANTE **- VALDECLIDES DE ASSIS FERREIRA**
ORIGEM **- INFAC VAREJO**
INTERNET **21.12.2011**

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0319-05/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, 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 da substituição tributária. Reenquadramento da multa para o art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96 as ocorrências anteriores a novembro de 2007, e da multa prevista no art. 42, II, “d”, nos períodos posteriores a 27/11/2007. Infração caracterizada, com correção da multa aplicada.

2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EMPRESA OPTANTE PELO REGIME SIMPLES NACIONAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração não elidida. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide lavrado em 23/09/2009, exige ICMS no valor de R\$ 20.097,01, em razão das seguintes irregularidades:

1. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, 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 às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. ICMS no valor de R\$ 17.828,67 e multa de 50%.
2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, 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 às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. ICMS no valor de R\$ 2.268,34 e multa de 50%.

O autuado ingressa com defesa, fls 97 a 101, com as seguintes alegações:

Em preliminar argui a nulidade do lançamento, por ausência de motivo para a autuação, e face à indeterminação vê-se prejudicado quanto à busca da verdade material.

Na infração 01, entende que não é devido a aplicação da multa sobre os valores supostamente devidos.

Quanto às aquisições de bens de uso e consumo, a apuração fiscal consolidou todas as aquisições de forma global, não excluiu as aquisições de bens e material de consumo, que quando adquiridas por empresa inscrita no Simples Nacional, estão dispensadas do recolhimento da diferença de alíquota/antecipação parcial, conforme art. 7º do RICMS/97.

A final requer o recebimento da presente impugnação, e por determinação dos efeitos do art. 151, III do CTN a consequente suspensão da exigibilidade do suposto crédito tributário, objeto da notificação ora impugnada, e o julgamento do processo pela sua nulidade, ou no mérito, a improcedência.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 105 a 106, e conforme intimação fiscal datada de 13/07/09, fl. 05, foram solicitadas as notas fiscais de entradas, atendida em 03 de agosto, e após o exame documental e análise junto à Sefaz, apurou-se o montante do ICMS da antecipação parcial e total não recolhidos. Os demonstrativos foram entregues ao representante da empresa, fls. 12 a 14.

Quanto ao questionamento do contribuinte, no que concerne à legalidade do lançamento, aduz que recebeu competência da Lei 11.470/2009, para constituir o crédito tributário decorrente da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos optantes do Simples Nacional.

As cópias dos documentos fiscais anexados ao processo, fls. 16 a 94, não configuram tratar-se de mercadorias adquiridas para uso e consumo, pela descrição dos produtos em consonância com a atividade econômica da empresa. Em nenhum momento da fiscalização este fato foi informado. Pede a procedência da autuação.

Na sessão de julgamento fiscal realizada em 08 de junho de 2010, a 5ª JJF decidiu pela procedência da autuação, em decisão unânime, na qual o entendimento manifestado foi no sentido de que apesar de o processo conter vícios formais e materiais, posto que lavrado por agente de tributos, que somente poderia lançar tributos em relação aos fatos posteriores à vigência da lei nova, que lhes conferiu competência antes inexistente, questão superada visto que o contribuinte reconheceu o imposto na ação fiscal, tendo efetuado o pedido de parcelamento, conforme atesta o relatório anexado, fls.109 do PAF.

Ademais, o exame de mérito da autuação, em relação às infrações 1 e 2, apontam também no sentido da existência do débito fiscal a favor do Estado, fato reconhecido pelo defendant, que ingressou com o parcelamento do débito, no valor total do Auto de Infração em lide, com os benefícios da Lei nº 11.908/2010, quando lhe foi dispensada a correção monetária, e percentual da multa aplicada.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs, às fls. 122/125, Recurso Voluntário, arguindo, em suma, que os parcelamentos referidos no acórdão guerreado referem-se a processos diversos do presente, decorrentes de Denúncia Espontânea, considerando insubstancial o lançamento, pedindo que seja reconhecida a sua nulidade nos termos do art. 18 do RPAF. Indica que os parcelamentos efetuados pela empresa foi referente às denúncias espontâneas de nºs 800000.0853/09-0 e 800000.0854/09-7, que deram origem aos parcelamentos de nºs 6496105 e 6968104, constantes do documento 01, anexado neste recurso.

Às fls. 135 consta o despacho da Coordenação de Administração do CONSEF, no qual informa que os parcelamentos relativos aos Débitos Declarados nº 800000.0853/09-0 e 800000.0854/09-7, fls. 128 e 129, “não contemplam o PAF”, pois os fatos geradores dos respectivos débitos declarados são distintos e anteriores ao presente lançamento, conforme se verifica nos extratos do SIGAT, ora anexados. Portanto não houve quitação alguma na anistia relativa a este PAF.

Às fls. 142/143 consta o Parecer exarado pela PGE/PROFIS, que afastou inicialmente a nulidade arguida por considerar correta a descrição e classificação das infrações, bem assim da multa imposta, correspondentes à capitulação legal.

Reconheceu que efetivamente os parcelamentos referidos na Decisão recorrida concernem a processos diversos deste, como restou aclarado na diligência baixada pela Procuradoria para esse esclarecimento (fl. 135).

Teceu comentários sobre a questão da competência fixada na Lei nº 11.470/09, que determina a possibilidade dos agentes de tributos lavrarem autos de infração contra contribuintes do SIMPLES NACIONAL, desde que essa categoria passou a existir, e como agentes do fisco que são, dentro do período decadencial que atinge o crédito tributário.

Disse, ainda, que não há de se cogitar de falta de competência dos agentes de tributos estaduais para lavratura do presente Auto de Infração.

Por derradeiro, entendeu que a Decisão guerreada deve ser alterada, não na sua conclusão, mas na sua fundamentação.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, no Acordão CJF Nº 0219-11-11, prolatou decisão no sentido de que “*o contribuinte invocou a nulidade da ação fiscal por terem os julgadores de primeira instância, no bojo da Decisão recorrida, terem se reportado e homologado parcelamentos como se estes se referirem ao presente processo, restando daí evidenciado o equívoco, por se tratarem de parcelamentos oriundos de Denúncia Espontânea relativa a fatos geradores distintos daqueles tratados nesta autuação.*

Desta forma, para não incorrer em supressão de instância quanto à matéria defensiva trazida à apreciação e julgamento por este CONSEF, a preliminar suscitada pelo recorrente foi acolhida, dando PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, e declarada NULA a Decisão de primeiro grau, devendo os autos retornar à 1ª Instância, para que seja prolatado novo julgamento.

O autuado ao ser cientificado da decisão acima, não se manifestou. (AR fl.157)

VOTO

Rejeito as preliminares arguidas pela defendant, por ausência de motivo para a autuação, vez que o Auto de Infração foi motivado por infração à legislação tributária, especificamente descrita no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, repetida no art. 352-A do RICMS/97.

Ademais, o lançamento fiscal foi efetuado com estrita observância aos ditames do art. 39 do RPAF/99, tais como a identificação e a qualificação do autuado; a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias, o demonstrativo do débito, com a discriminação da base de cálculo, da alíquota, e o percentual de multa aplicada. Também faz-se acompanhar de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, e dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pela fiscalização. Outrossim, as infrações estão claras entendidas pelo sujeito passivo, que assim pode exercer seu direito de defesa de forma ampla, e foram seguidos os princípios do contraditório e da segurança jurídica, que devem nortear as relações tributárias, entre o fisco e os contribuintes.

No mérito, na infração 1 está sendo exigido ICMS em razão da falta de recolhimento em decorrência da antecipação parcial, hipótese prevista no art. 352-A do RICMS/BA, referente aos meses de julho a dezembro de 2007, com demonstrativos anexados nas fls. 12 a 14 do PAF e cópias de notas fiscais, fls 16 a 95.

A antecipação parcial do ICMS no Estado da Bahia passou a vigor em 1/03/2004, estabelecida por meio da Lei nº 8.967/03, que acrescentou o art. 12-A, na Lei nº 7.014/96, e repete- no ICMS no art. 352-A, com a seguinte redação:

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 previst no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Contudo, no caso concreto, à época da ocorrência dos fatos geradores, no período de 01 de janeiro até 27 de novembro de 2007, não havia a penalidade específica para o ilícito apontado.

A redação do art. 42, I, “b” da Lei nº 7.014/96, dada pela Lei nº 7.357, de 04/11/98, efeitos a partir de 01/01/99, estabelece a multa de 50% do imposto devido por microempresas comerciais varejistas empresas de pequeno porte, microempresas e ambulantes, nas entradas de mercadorias sujeitas a antecipação ou substituição tributária, quando procedentes de fora do Estado. Somente em novembro de 2007, com o advento da Lei nº 10.847, de 27/11/2007, com efeitos a partir de 28/11/2007, foi alterado o § 1º do art. 42, da Lei nº 7.014/96, a multa específica da antecipação parcial foi tipificada. Portanto, no período anterior à edição desta lei, cabe a aplicação da multa prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, da ordem de 60%, pois cabível quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo.

Ressalto que a dnota PGE/PROFIS comunga com este entendimento ao assim se posicionar no seu Parecer: *De fato, a dicção da norma prevista na alínea “f” nos remete à possibilidade latente de aplicação de penalidade nas hipóteses de não recolhimento da antecipação parcial, uma vez que, de forma conceitual aberta, apregoa a aplicação de sanção quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas no inciso II, do art. 42, que importe descumprimento de obrigação tributária principal. Nesta ordem, entendo possível a revisão do lançamento no sentido de se imputar a penalidade descrita no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96 nas hipóteses de não recolhimento da antecipação parcial, antes do advento da Lei nº 10.847/07, possibilitando ao autuado o pedido de dispensa e redução de multa previsto na Lei Estadual de regência do ICMS.*

Constatou que, a multa aplicada nas ocorrências de 30/11/2007 e de 31/12/2007, também está equivocada, pois indicada no art. 42, I, “b”,1, da Lei nº 7.014/96, versa sobre a antecipação ou substituição tributária, referente às micro e empresas de pequeno porte, instituto diverso da antecipação parcial. A norma tributária distingue a antecipação tributária propriamente dita da antecipação por substituição tributária. A antecipação parcial tributária não encerra a fase de tributação, não pode ser aplicada às mercadorias enquadradas no regime da antecipação ou substituição tributária (§ 1º, III, do art. 352-A, do RICMS/BA) e ela acombarca as *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.*

A própria Lei nº 7.104/96 no seu art. 42, II, “d” imputa multa de 60% quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares.

Ressalto que, não obstante o agravamento da multa ora proposto, o artigo 159 do RPAF/99, faculta ao sujeito passivo a interposição de Recurso à Câmara Superior deste Conselho de Fazenda, visando a dispensa ou redução da multa aplicada, ao apelo da equidade.

Pelo exposto a infração é procedente, com a correção da multa consoante o entendimento acima exposto.

Quanto à infração 2, refere-se aos meses de julho e de setembro de 2007, devido à falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do SIMPLES NACIONAL, operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, na aquisição de mercadorias em outras unidades da Federação, e que conforme previsão legal não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar.

Não há provas nos autos de que o deficiente teria efetuado o pagamento do ICMS exigido antes da ação fiscal. Quanto ao argumento de que haveria a cobrança indevida, referente aos bens adquiridos para uso e consumo, pela descrição dos produtos nas notas fiscais anexadas, fls. 16 a 94, não há como inferir que não se tratam de mercadorias adquiridas para comercialização pelo estabelecimento. Ademais, o argumento é genérico, pois em nenhum momento o sujeito passivo

apontou quais seriam esses materiais adquiridos para uso e consumo. Desta forma, mantendo a infração na íntegra.

A multa aplicada de 50% está em conformidade com a Lei nº 7.014/96, inciso I, alínea “b” item 1 e fica mantida.

Deste modo, procedente a infração em comento.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210621.0008/09-8** lavrado contra **STM COMERCIAL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 20.097,01**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 17.828,67, e 50% sobre R\$ 2.268,34, previstas no art. 42, I, “b”, item 1, II, “d” e “F”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR