

A. I. N° - 211329.0006/09-0
AUTUADO - WT MADEIREIRA LTDA.
AUTUANTE - ALEXINALDO DA SILVA LIMA
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET 28.12.2011

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0327-05/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. 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. Exigência reconhecida e recolhida. Infração subsistente; **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Comprovada nos autos a insubsistência da infração, após a dedução dos créditos fiscais destacados nas notas fiscais de aquisição. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/09/2009, exige ICMS no valor total de R\$ 34.986,36, mais multa de 50%, em razão das imputações abaixo descritas:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 10.998,51, 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, no mês de novembro/2008;

INFRAÇÃO 2 – Efetuou recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 23.987,85, 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, inerente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de dezembro/2007, fevereiro a abril e julho a outubro de 2008.

O contribuinte apresenta defesa, às fls. 165 a 209 dos autos, na qual impugnou a infração 2, sob argumento inicial de que todas as notas fiscais continham a informação de vedação de crédito de IPI, nada havendo qualquer indicação no que se refere ao ICMS, cujos valores nas notas fiscais foram destacados.

Salienta, no tocante à empresa A.G.S, uma das emitentes das notas fiscais, que a mesma detém regime de tributação do ICMS em forma especial e de acordo com a portaria 144/2006 da SEFAZ/MT, o contribuinte submete-se a apuração mensal do ICMS no comércio interestadual de madeiras, o que legitimaria o destaque do tributo e o decorrente abatimento dos créditos fiscais na apuração do ICMS – antecipação parcial.

Aduz, ainda, que, em relação à emitente SITIPLAC INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PAINÉIS LTDA, apesar não haver regras semelhantes do Estado do Pará, em consulta ao SINTEGRA, verificou que a empresa emitente das notas fiscais é do regime normal de apuração, com data da situação cadastral desde 22/11/2001.

Assim, sustenta que não há vedação ao destaque do ICMS nas notas fiscais e a legitimidade do uso do ICMS destacado nos documentos fiscais, no cálculo da antecipação parcial do ICMS no Estado da Bahia, posto que ambas as empresas nestas operações estavam sujeitas ao regime normal de apuração do ICMS.

Ressalta, contudo, que, independente do regime de apuração, não se pode admitir a glosa do crédito, visto que o aproveitamento do crédito fiscal, no valor integralmente destacado, coaduna-se com o texto Constitucional, especificamente, no artigo 155, § 2º, I, que prescreve o princípio da não-cumulatividade do imposto de competência estadual, também explicitado nas normas inferiores, conforme consta do art. 19 da LC nº 87/96, do que fez extensas considerações, embasado em lições doutrinárias, em torno do princípio da não cumulatividade do imposto e sobre a supremacia das normas, princípios e preceitos constitucionais, para sustentar a inconstitucionalidade da exigência, como também citou decisão do STF acerca da interpretação das normas constitucionais, contida no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS.

Em seguida, sustentou a inconstitucionalidade também da Taxa SELIC aplicada sobre o débito fiscal apurado no Auto de Infração, ao argumento da mesma ferir os princípios da legalidade (art. 150, I, da CF), anterioridade (150, III, “b” da CF), anterioridade nonagesimal (art. 195, § 6º, da CF), da indelegabilidade de competência tributária (arts. 48, I, e 150, I, da CF) e da segurança jurídica (inserido em vários incisos do art. 5º da CF). Cita doutrina, jurisprudência e decisões que acolheram a argüição de inconstitucionalidade da aludida taxa SELIC, do que entende que deve ser excluída do montante do débito.

Por fim, o autuado pede que, no mérito, a ação fiscal seja julgada improcedente, do que anexa, às fls. 211/212 dos autos, DAE pago relativo ao valor da infração 01, a qual foi reconhecida.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 219 a 237 dos autos, registra que o contribuinte reconhece e recolhe a infração 1 e impugna a infração 02. Contudo, entende o preposto fiscal que deve ser mantida a citada infração 2 e que o débito fiscal apurado, no valor histórico de R\$ 23.987,85, refere-se à Antecipação Parcial de ICMS, recolhida a menor, decorrente da utilização de crédito fiscal, destacado indevidamente nas Notas Fiscais nºs: 1336, de 23/11/07; 1402, de 02/02/08; 1442, de 29/02/08; 1444, de 03/03/08; 1454, de 14/03/08; 1496, de 19/04/08, e NF-e nº: 046, de 01/07/08, 082, de 26/07/08; 138, de 03/09/08; 156, de 18/09/08; 196, de 17/10/08; 218, de 31/10/08, acostadas às folhas nº 24, 41, 61, 59, 60, 75, 80, 113, 117, 119, 140 e 148, respectivamente, emitidas pela empresa A.G.S. Madeiras Ltda, CNPJ nº 02.747.584/0001-99, bem como, na Nota Fiscal nº 2017, de 12/12/2007, folha nº 33, emitida pela Sitiplac Indústria e Comércio de Painéis Ltda, CNPJ nº 04.744.171/0001-86, ambas, domiciliadas em Mato Grosso.

Aduz que, conforme informação obtida no site www.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional, na página “Consulta Optantes”, pesquisas realizadas em 21/09/2009, para o CNPJ nº 02.747.584/0001-99 – A.G.S. Madeiras Ltda, folha 11, obtém-se a informação que a empresa é optante do Simples Nacional desde 01/01/2009 e que tem períodos de opção anteriores no Simples Nacional, sendo: data de início em 01/07/2007 e data final de opção em 31/12/2008. Para o CNPJ nº 04.744.171/0001-86 – Sitiplac Indústria e Comércio de Painéis Ltda, folha 12, obtém-se a informação que a empresa não é optante do Simples Nacional e que tem períodos de opção anteriores no Simples Nacional, sendo: data de início em 01/07/2007 e data final de opção em 31/12/2008. Logo, concluiu que, à época da emissão das citadas notas fiscais, as empresas fornecedoras eram optantes do Simples Nacional.

Destacou que a Lei Complementar nº 123/06, vigente a partir de 1º de julho de 2007, vedava expressamente, no seu art. 23, a apropriação e transferência de créditos relativos aos impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional e assim vigorou até 31 de dezembro de 2008, quando foi modificada pela Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, com efeitos a

partir de 01 de janeiro de 2009. Neste mesmo sentido foi editada a Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007 (art. 11).

Já a Resolução CGSN nº 10, de 28 de junho de 2007, ao dispor sobre as obrigações acessórias relativas às microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional, estabeleceu, em seu art. 2º que: *“As ME e as EPP optantes pelo Simples Nacional utilizarão, conforme as operações e prestações que realizarem, os documentos fiscais, inclusive os emitidos por meio eletrônico, autorizados pelos entes federativos onde possuírem estabelecimento. A utilização dos documentos fiscais fica condicionada à inutilização dos campos destinados à base de cálculo e ao imposto destacado, de obrigação própria, sem prejuízo do disposto no art. 11 da Resolução CGSN nº 4, de 30 de maio de 2007 ...”*

Na mesma direção dispõem o Decreto nº 756, de 24 de Setembro de 2007, do Estado do Mato Grosso, sobre procedimentos dos contribuintes do ICMS relativamente ao período de transição para o Regime de Tributação Unificado de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Transcreveu na peça informativa as citadas normas.

Assim, no entendimento do autuante, restou comprovado que as transferências de crédito do ICMS, destacadas nas notas fiscais, anteriormente mencionadas, emitidas por fornecedores do Mato Grosso, que à época eram optantes do Simples Nacional, não eram permitidas por lei, sendo, portanto, expressamente proibidas. Não sendo lícita a transferência de crédito fiscal por contribuinte optante do Simples Nacional, não será lícito, tão pouco, o seu creditamento. Pede que o Auto de Infração seja mantido.

No que se refere à aplicação taxa SELIC no cálculo dos juros moratórios incidentes sobre o débito tributário, o autuante, após fazer menções à legislação tributária federal e estadual e transcrever algumas decisões judiciais acerca do tema, defende a juridicidade da aplicação da referida taxa.

Às fls. 240 e 241, consta extrato do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária) comprovando que o contribuinte efetuou recolhimento parcial do débito lançado no Auto de Infração, atinente à primeira infração.

Às fls. 243 a 249 dos autos, consta o Acórdão JJF nº 0198-05/10, exarado por esta 5ª JJF, a qual entendeu que, apesar de o Auto de Infração ter sido lavrado por autoridade fiscal que não era competente, à época da ocorrência dos fatos geradores para formalizar o lançamento de ofício, o ato de reconhecimento do contribuinte da dívida tributária residual, em relação à primeira infração, purga o vício do procedimento, tendo efeito de denúncia espontânea o pagamento efetuado. Já quanto à segunda infração, em razão da existência de vícios insanáveis no processo, de ordem material e formal, decreta de ofício a nulidade do item 2 do lançamento.

Entendendo que o resultado do julgamento, realizado pela 5ª JJF, configura decisão manifestamente contrária a legislação em vigor, em especial a Lei nº 11.470/09, foi interposto, à fl. 255 dos autos, Recurso de Ofício, de iniciativa do Presidente do Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), conforme previsto no art. 169, § 2º, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, para que o PAF fosse submetido à nova análise por uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Intimado da decisão exarada através do Acórdão JJF nº 0198-05/10, da 5ª JJF, que por unanimidade julgou procedente em parte o Auto de Infração, o sujeito passivo apresenta recurso voluntário, às fls. 259 a 262 dos autos, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, requerendo a improcedência da segunda infração.

Às fls. 267 e 268 dos autos, a Procuradoria Geral do Estado, através da Procuradoria Fiscal, emite parecer opinando pelo improvimento do recurso voluntário.

Através do Acórdão CJF nº 0260-11/11, às fls. 270 a 277 dos autos, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, decidiu por unanimidade, prover o recurso de ofício interposto e considerar prejudicada a análise do recurso voluntário, apresentado pelo contribuinte, para decretar nula a decisão

recorrida referente ao Auto de Infração em epígrafe, retornando os autos à primeira instância para novo julgamento, reformando a Decisão de primeiro grau, afastando a nulidade que foi decretada. Intimado a tomar conhecimento do Acórdão CJF nº 0260-11/11, conforme documentos às fls. 285 e 286 dos autos, o sujeito passivo não se manifestou.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir duas infrações ao sujeito passivo, tendo o mesmo reconhecido e recolhido o valor referente à primeira infração, conforme documentos às fls. 211/212 e 240/241, em consequência, impugnou apenas a segunda infração do lançamento de ofício, a qual se restringe a análise da lide.

Inerente à segunda infração, a qual exige o recolhimento efetuado a menos do ICMS Antecipação Parcial, no montante de R\$ 23.987,85, consoante demonstrativo às fls. 14 a 21 dos autos, se verifica que, conforme consignado na informação fiscal, a referida exigência só ocorreu em razão da compensação, para efeito da apuração do imposto pelo autuado, de crédito fiscal destacado indevidamente nas notas fiscais emitidas pela empresa A.G.S. Madeiras Ltda, acostadas às folhas nº 24, 41, 61, 59, 60, 75, 80, 113, 117, 119, 140 e 148, bem como na nota fiscal nº 2017 (fl. 33), emitida pela Sitiplac Indústria e Comércio de Painéis Ltda, tendo em vista que as referidas empresas, à época, eram optantes do Simples Nacional, logo, não poderiam gerar crédito fiscal.

Em consequência, como demonstrado nas aludidas planilhas, o ICMS antecipação parcial, relativo às notas fiscais emitidas pelas citadas empresas, foi apurado pela alíquota de 17%, resultando nas diferenças, ora exigidas, após cotejo entre o total do valor apurado no mês pelo autuante e o recolhido pelo autuado, haja vista que o preposto fiscal afirma, à fl. 220 dos autos, que, à época da emissão das citadas notas fiscais, as empresas fornecedoras eram optantes do Simples Nacional, conforme informação obtida no site www.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional, na página “Consulta Optantes”, pesquisas realizadas em 21/09/2009.

Conforme consignado pelo autuante e comprovado por este relator no referido endereço eletrônico, a situação atual da empresa “A.G.S. Madeiras Ltda.”, C.N.P.J. nº. 02.747.584/0001-99, é de optante do Simples Nacional desde 01/01/2009, constando também que houve opção pelo Simples Nacional relativo ao período de 01/07/2007 a 31/12/2008, porém, tal pretensão foi denegada sob a justificativa de “EXCLUÍDA POR ATO ADMINISTRATIVO PRATICADO PELA RECEITA FEDERAL DO BRASIL”. Já a situação atual da Sitiplac Indústria e Comércio de Painéis Ltda, C.N.P.J. nº. 04.744.171/0001-86, é de não optante do Simples Nacional, constando igualmente que houve opção pelo Simples Nacional relativo ao período de 01/07/2007 a 31/12/2008, porém, tal pretensão foi denegada sob a justificativa de “EXCLUÍDA POR ATO ADMINISTRATIVO PRATICADO PELA RECEITA FEDERAL DO BRASIL”.

Portanto, conforma alegou o defensor, inclusive comprovando à fl. 210 dos autos, os referidos emitentes se submetiam, à época, legalmente a apuração mensal normal do ICMS, o que legitima o destaque do imposto nas referidas notas fiscais, como foi consignado nos próprios documentos fiscais emitidos pela A.G.S. Madeiras Ltda, a seguir reproduzido: “REGIME DE APURAÇÃO E RECOLHIMENTO MENSAL DO ICMS - PORTARIA Nº 144/2006-SEFAZ/MT”, em consequência, para efeito de apuração do ICMS antecipação parcial, deve-se deduzir o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição, conforme previsto no artigo 352-A do RICMS/BA, o que eliminaria todas as diferenças apuradas na segunda infração, levando-se em consideração que, nos termos do § 5º do citado art. 352-A, caberia ao adquirente, na condição de EPP, uma redução de 20% (vinte por cento) do valor do imposto apurado.

Quanto à aplicação da taxa de SELIC, entendo que está de acordo com a previsão legal, não sendo este tribunal administrativo o fórum adequado para a discussão sobre sua constitucionalidade, mas, sim, para o cumprimento do dispositivo legal. Ademais, através do Recurso Especial nº 586039, o STJ já declarou a legalidade da aplicação da taxa SELIC em matéria tributária.

Por derradeiro, há de se ressaltar que a aplicação da multa é de competência do órgão julgador, sendo apenas, nos termos previsto no art. 142 do CTN, proposta no Auto de Infração pelo autuante, através de percentual e enquadramento da multa aplicada. No caso concreto, a previsão de multa específica para a falta de recolhimento da antecipação parcial é de 60%, capitulada na alínea “d” do inciso II, c/c o § 1º, do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, independentemente da condição cadastral do contribuinte.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 10.998,51, devendo homologar-se as importâncias já recolhidas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 211329.0006/09-0, lavrado contra **WT MADEIREIRA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.998,51**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, “d”, c/c o § 1º, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA