

PROCESSO - A. I. Nº 148714.0020/10-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - GUANABARA INDÚSTRIAS QUÍMICAS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0012-02/11
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 23/02/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0010-11/12

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DO ATIVO FIXO E MATERIAL DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Não constam nos autos cópias das notas fiscais objeto da autuação, implicando na falta de elementos capazes de configurar a infração imputada ao sujeito passivo. Embora, em princípio, esse vício pudesse ser saneado, a autuante demonstrou a impossibilidade prática de remediar o seu procedimento fiscal. Item NULO, com fulcro no artigo 18, inciso I, do RPAF/99. 2. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS PARA FIM DE COMERCIALIZAÇÃO. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA EXPECÍFICA APLICADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. A penalidade aplicada neste item da autuação só passou a vigor com o advento da Lei nº 10.847, de 27/11/2007, efeitos a partir de 28/11/2007. Isto posto, não é devida a aplicação da multa em questão. Item insubsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 2ª JJF após julgamento pela Nulidade da primeira infração e pela Improcedência da segunda infração, através do Acórdão JJF nº 0012-02/11, atinente ao Auto de Infração nº 148714.0020/10-8, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento das infrações, a seguir enunciadas, ambas objeto do Recurso.

INFRAÇÃO 1 - Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$24.165,08, nos meses de janeiro a julho, e novembro de 2006, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do próprio estabelecimento e ao ativo fixo. Sendo aplicada a multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 – Multa percentual de 60% prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$ 2.861,40, obtido de sua aplicação sobre o montante do ICMS 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, no mês de setembro de 2006. conforme demonstrativo à fl.14.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal fundamentou sua Decisão embasada nos argumentos reproduzidos *in verbis*:

“O fulcro da autuação na infração 01 é de que o autuado deixou de recolher o diferencial de alíquotas na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, relativamente às notas fiscais relacionadas às fls.06 a 09.

Na análise das peças processuais, verifico que consta na acusação fiscal que a apuração do débito foi feita com base em dados dos documentos fiscais obtidos no arquivo SINTEGRA do contribuinte autuado.

O autuado suscitou a nulidade deste item com base na alegação de cerceamento de defesa em razão da autuante não ter carreado ao processo as provas, representadas pelas cópias das notas fiscais, de que adquiriu as mercadorias constantes nas mesmas.

De fato, realmente não existem no processo cópias das notas fiscais, impedindo a confirmação de quais foram os bens adquiridos, bem como, se realmente o autuado consta como adquirente dos mesmos.

Diante disso, estamos diante de um vício, que em princípio poderia ser saneado com a conversão do processo em diligência para que a autuante juntasse aos autos as respectivas cópias dos documentos fiscais. Contudo, considerando que a própria autuante em sua informação fiscal, justificando que houve um equívoco de sua parte no recebimento de alguns arquivos magnéticos que geraram o relatório equivocado, demonstrou impossibilidade material de trazer a este processo as cópias das notas fiscais, não submeti a conversão do processo em diligência para esse fim.

Desta forma, sem as provas necessárias da infração imputada ao autuado, não há como dar prosseguimento à lide de que cuida este item da autuação, razão porque, fica acolhida a nulidade suscitada na defesa, uma vez que não se sabe perfeitamente o real motivo da acusação fiscal, impondo a nulidade do lançamento de ofício do item em questão, com fulcro no artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99, por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração.

Quanto à infração 02, foi aplicada 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.

De acordo com o levantamento à fl.14, as notas fiscais que serviram de base para a apuração do débito, são as de nºs 263943 e 263946, nos valores de R\$ 45.060,00 e R\$2.630,00.

O autuado não comprovou sua alegação de que a operação de aquisição das mercadorias adquiridas através das notas relacionadas no levantamento fiscal trata-se de operação de transferência de mercadorias produzidas pela sua Matriz, de modo a ficar equiparado a indústria. Porém, consta no demonstrativo à fl.14 que o Código Fiscal de Operações e Prestações (CFOP) é 2152. Desta forma, tem razão o contribuinte que a operação é de transferência, pois o CFOP 2152 diz respeito a Transferência para comercialização, no qual, segundo o Anexo 02 do RICMS/97, classificam-se neste código as entradas de mercadorias recebidas em transferência de outro estabelecimento da mesma empresa para serem comercializadas.

Apesar disso, cumpre observar, em atenção à legalidade do lançamento tributário, o que segue.

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, acima transcrito.

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.”

Pelo que se vê, à época do fato gerador (setembro de 2006) relativos objeto deste item, 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.

Verifico pelo que foi comentado acima, que 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 na data do fato gerador. 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 do fato gerador neste processo, o que torna insubsistente a aplicação da multa em questão.

Fica representada a autoridade fazendária da circunscrição fiscal do contribuinte autuado, para renovar o procedimento fiscal do item 01, a salvo de falhas.”

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF /99, a 2ª JF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

VOTO

Cuida o presente Recurso de Ofício do valor desonerado pela 2ª JF que julgou Nula a primeira infração e Improcedente a segunda infração do Auto de Infração supra epigrafado.

Exige-se do sujeito passivo, na infração 1, o ICMS em razão da falta de recolhimento decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo e ativo fixo do estabelecimento.

Depois de examinar os elementos que consubstanciaram a Decisão recorrida, em relação à infração 1, constato que esta não merece reparo algum, tendo em vista que a nulidade decretada fora embasada, de forma inequívoca, na total falta de provas nos autos para sustentar a acusação fiscal.

A ausência das cópias das notas fiscais que deram origem à diferença a pagar, bem como a impossibilidade de carrear-las aos autos através de diligência, asseverada pela própria autuante ao proceder à informação fiscal, resultou em óbice intransponível para a qualificação indispensável exigida para a constituição do lançamento.

Assim, diante da inexistência nos autos de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, comungo inteiramente com o voto exarado pela 2ª JF, que de forma acertada anulou a infração 1 com fulcro na alínea “a” do inciso IV do art. 18 do RPAF/99, cabendo a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, consoante determinação expressa no art. 21 do mesmo Regulamento.

A infração 2 aplica a multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago 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, no mês de setembro de 2006.

Constato que deve também ser mantida a Decisão recorrida em relação à infração 2, pois, por ocasião da ocorrência do fato gerador em 30/09/2006, o dispositivo aplicado, ou seja, o art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96, em vigor naquela data, ainda não tipificava a falta de pagamento tempestivo da antecipação parcial, com o recolhimento do imposto na saída da mercadoria, como infração à legislação tributária, cuja inclusão, somente ocorrera com a vigência da Lei nº 10.847, em 28/11/2007. Portanto, é descabida a aplicação do aludido dispositivo legal retroativamente, consoante determinação expressa do inciso I do art. 106 do Código Tributário Nacional – CTN.

Ademais, a impossibilidade de aplicação retroativa da penalidade, acertadamente adotada pelos julgadores de 1ª Instância no presente caso, coaduna perfeitamente, com reiteradas decisões proferidas por este Conselho, a exemplo das ementas a seguir reproduzidas.

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0367-11/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. MULTA. Falta de previsão legal para aplicação da multa percentual, à época, considerando que o imposto foi efetivamente recolhido na saída subsequente das

mercadorias. Exigência fiscal insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. Infração parcialmente subsistente. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0030-11/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Multa percentual sobre o imposto não recolhido referente a mercadorias com saída posterior tributada normalmente. Infração só pode ser aplicada aos fatos geradores a partir de 28/11/2007, de acordo com a redação introduzida pela Lei nº 10.847/07. Modificada a Decisão recorrida. Infração parcialmente subsistente. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0350-12/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. 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. A penalidade aplicada, à época dos fatos geradores, não está adequada ao instituto da antecipação parcial, quando o contribuinte não recolhe o imposto e tributa na saída. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida, recomendando, em relação à primeira infração a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, consoante observação da própria autuante em sua informação fiscal, fl. 53.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULA** a primeira infração e **IMPROCEDENTE** a segunda infração do Auto de Infração nº 148714.0020/10-8, lavrado contra **GUANABARA INDÚSTRIAS QUÍMICAS LTDA**. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, em relação à primeira infração.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de janeiro de 2012.

RUBENS SOARES BEZERRA – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS