

A. I. N ° - 300766.0008/11-8
AUTUADO - CACHOEIRA COMERCIAL DE VEÍCULOS LTDA.
AUTUANTE - LUCIMAR RODRIGUES MOTA
ORIGEM - INFAZ PAULO AFONSO
INTERNET - 10.02.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0016-04/12

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES FORA DO ESTADO DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA ESPECÍFICA SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO. Restou comprovado que se trata de aquisições interestaduais de mercadorias submetidas ao regime normal e uma vez comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, torna-se inexigível a antecipação parcial, neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não recolhido no prazo legal, em multa específica por descumprimento da obrigação principal equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. Não ficou caracterizada a espontaneidade no recolhimento do imposto e nem efeito confiscatório. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 20/06/11, exige ICMS no valor de R\$722,65 acrescido da multa de 60% além de aplicação de multa no valor de R\$124.660,04 referente às seguintes infrações:

01. Deixou de recolher o ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios. Consta na descrição dos fatos que na apuração do ICMS do mês de dezembro/09 considerou saldo credor do mês de novembro em valor superior ao registrado no livro RAICMS - R\$722,65.
02. Multa porcentual sobre o ICMS antecipação parcial que deveria ter sido pago, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal com saída posterior tributada normalmente (02/2008 a 11/2009) - R\$124.660,04.

O autuado na defesa apresentada (fls. 45/53), com relação à infração 1, diz que quanto à diferença na apuração da conta gráfica, concorda que é devido o ICMS exigido e nada há a contestar (fl. 53).

Quanto à infração 2, não conformada com a acusação de violar o contido nos artigos 61, IX; 125, II, § 7º e 8º e 352-A do RICMS/BA, propondo aplicação da penalidade contida no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, manifesta que o que interessa ao Estado e ao Contribuinte é a justiça fiscal.

Ressalta que o Estado dispõe de todos os dados referentes à movimentação de mercadorias, livros e documentos fiscais, que atestam sua veracidade para constituir o crédito tributário. Decorrido este período, ocorre a homologação dos lançamentos, e no caso concreto, as operações estavam sob o regime de antecipação parcial do ICMS, que não encerra a fase de tributação, sendo lançado no conta corrente em obediência ao princípio da não cumulatividade do ICMS.

Argumenta que tendo registrado em livro próprio as saídas tempestivas de mercadorias e procedido o recolhimento dos saldos devedores nas datas aprazadas, o Fisco Estadual detectando

a falta do pagamento da antecipação parcial “Não se poderá mais cobrar ICMS, pois já fora recolhido na forma do regime débito e crédito”.

Alega que o objetivo principal da antecipação parcial e total é coibir a sonegação fiscal e se a fiscalização constatou a escrituração regular dos documentos fiscais em seus livros de registro de entradas e de saídas de mercadoria, com apuração e recolhimento do ICMS em sua conta gráfica, “não pode subsistir uma obrigação acessória com o cumprimento da obrigação principal, não pode haver penalidade se já houve a espontaneidade no cumprimento da obrigação principal”.

Entende que seria cabível a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória, caso detectasse falta de recolhimento do ICMS no prazo legal, mas não é cabível a aplicação da multa após dois anos do vencimento do ICMS normal que foi pago, configurando um excesso de preciosismo da fiscalização.

Transcreve o art. 150, IV da Constituição Federal que veda a utilizar tributos, com efeito de confisco, também parte de texto de doutrinadores acerca do mencionado princípio, ementa do julgamento da ADIN 551/RJ do Supremo Tribunal Federal (STF) que declarou inconstitucional os §§ 2º e 3º do art. 57 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Destaca que também não pode ser desprezado o caráter da espontaneidade prevista no art. 138 do CTN, tendo em vista que a ação fiscal ocorreu após o pagamento do ICMS incidente sobre o fato gerador posterior, ou seja, no pagamento mensal do imposto apurado no seu conta corrente.

Discorre sobre os requisitos necessários para configurar a espontaneidade, transcreve parte de texto de doutrinadores que versam sobre a mesma e o aspecto temporal previsto no CTN. Argumenta que na situação presente a fiscalização não observou a inexistência da obrigação principal para aplicar a multa.

Salienta que existe uma “loucura” nos diversos diplomas legais em se tratando de legislação tributária e a cobrança às vezes é desencontrada gerando lançamento que só trazem prejuízos aos contribuintes, ficando obrigado a contratar profissionais para defendê-las ou pelo acúmulo de processos o que retarda as decisões administrativas e judiciais.

Atenta que na situação em comento:

- 1- Os veículos em sua maioria são objeto do regime de substituição tributária na indústria;
- 2- As peças são de regime normal de apuração do ICMS;
- 3- Os veículos em análise, sob o regime de antecipação parcial do ICMS;

Questiona como pode obedecer rigorosamente tantas obrigações contidas nos diversos diplomas legais tais como: leis, decretos, convênios, instruções normativas e portarias. Requer a improcedência parcial do Auto de Infração.

A autuante na informação fiscal (fls. 314/316) ressalta o reconhecimento da infração 1.

Com relação à infração 2, destaca que nos meses de fevereiro e maio a dezembro/08, janeiro, março e de julho a novembro/09 o autuado adquiriu para fins de comercialização mercadorias provenientes de outras unidades da federação, devidamente registradas nos seus livros fiscais com saída posterior tributada pelo regime normal. Porém, deixou de recolher o ICMS antecipação parcial previsto no art. 352-A, do RICMS/BA, no prazo estabelecido § 7º do art. 125 do citado diploma legal.

Afirma que a base de cálculo foi apurada em conformidade com o disposto no artigo 61, IX, do RICMS/BA, tendo o impugnante demonstrado indignação em ter que pagar multa sobre o ICMS antecipação parcial que devia ter sido pago e que não o fez.

Esclarece que a multa aplicada atende ao princípio da legalidade visto que é prevista no art. 42, II, “d” do RICMS/BA com redação dada pela Lei nº 10.847/07 com efeitos a partir de 28/11/07.

Quanto à alegação de que a multa tem efeito de confisco, destaca que a mesma é prevista em Lei e conforme disposto no art. 167 do RPAF/BA não compete ao CONSEF declarar inconstitucionalidade da legislação tributária.

Refuta o efeito de vedação de confisco, tomando como exemplo o citado na defesa à fl. 49 que preconiza que este efeito fica caracterizado quando resulta em mais de 50% do valor econômico líquido destinado ao Fisco. Apresenta demonstrativo (fl. 315) de que o valor da mercadoria relacionada na planilha à fl. 13, a multa de 60% equivale a 6% do preço de aquisição e não tem efeito confiscatório. Requer a procedência parcial do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS recolhido a menos e aplica multa porcentual sobre o ICMS antecipação parcial que deveria ter sido pago cujas saídas foram tributadas pelo regime normal.

Na defesa apresentada o autuado reconheceu o cometimento da infração 1. Portanto inexistindo questionamentos a mesma deve ser mantida na sua totalidade. Infração procedente.

Relativamente à infração 2, na defesa apresentada o autuado apresentou diversos argumentos:

- a) O ICMS antecipação parcial não encerra a fase de tributação, e não tendo recolhido o imposto no momento da entrada efetuou o pagamento do ICMS normal no momento das saídas da mercadoria. Entende que detectando falta do pagamento da antecipação parcial “Não se poderá mais cobrar ICMS, pois já fora recolhido na forma do regime débito e crédito”;
- b) “não pode subsistir uma obrigação acessória com o cumprimento da obrigação principal, não pode haver penalidade se já houve a espontaneidade no cumprimento da obrigação principal”.
- c) a multa aplicada tem caráter confiscatório, vedado pela Constituição Federal;
- d) complexidade da legislação, com veículos submetidos ao regime de substituição tributária; peças são de regime normal e veículos sob o regime de antecipação parcial do ICMS.

Com relação à primeira alegação, observo que a Lei 8.967/03 acrescentou o art. 12-A à Lei 7.014/96 produzindo efeitos a partir de 01/03/04 o pagamento do ICMS antecipação tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias adquiridas para fins de comercialização, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição (art. 352-A e art. 61, IX do RICMS/BA).

O ICMS antecipação não encerra a fase de tributação e o valor do imposto pago pode ser creditado para compensar no débito gerado nas saídas subseqüentes tributadas. Logo, a apuração e recolhimento do ICMS antecipação parcial é previsto na legislação tributária e não é facultado ao contribuinte utilizar outros procedimentos alternativos não previstos na legislação do imposto, o que tornaria inócuo o instituto do ICMS antecipação parcial. Conseqüentemente, ao deixar de efetuar o pagamento do ICMS antecipação parcial ficou caracterizado o cometimento da infração. Na situação presente não está sendo exigido ICMS e sim multa acessória decorrente do descumprimento da obrigação principal.

Com relação à segunda alegação, conforme disposto no art. 138 do CTN, a responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora. Já o seu parágrafo único define como requisito indispensável de existência da denúncia espontânea a sua apresentação antes de qualquer procedimento de ofício, que a mesma seja precedida de qualquer fiscalização concernente à infração.

Na situação presente, como apreciado anteriormente, a empresa deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial como previsto na Lei Estadual (7.014/96), ficando caracterizado o descumprimento da obrigação tributária principal (infração) e não foi carreado ao processo qualquer prova de que adotou procedimentos anteriores para pagamento do imposto devido e juros de mora. Logo, não há do que se falar em cumprimento da obrigação principal e espontaneidade, mesmo porque as entradas de mercadorias ocorridas em um mês geram obrigação de pagamento do imposto no mês subseqüente e caso a mercadoria não tenha saída no próprio mês gera intempestividade no recolhimento do ICMS antecipação parcial.

Quanto ao argumento de que a multa aplicada tem caráter confiscatório, observo que a multa é prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96. Portanto é legal e conforme disposto no art. 167, I do RPAF/BA, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária. Além disso, conforme ressaltado pela autuante o ICMS antecipação parcial equivale aproximadamente a 5% (100 x 17% - 12%) ou 10% (100 x 17% - 7%) e a multa de 60% resulta em débito equivalente a 3% (60% x 5%) ou 6% (60% x 10%). Assim sendo, os próprios conceitos dos doutrinadores trazidos pelo autuado de que o efeito do confisco fica caracterizado quando ultrapassa 50% do valor tributável, não fica caracterizado na situação presente.

Por fim, relativo ao argumento da complexidade da legislação, com veículos submetidos ao regime de substituição tributária e tributação normal, pelo confronto do demonstrativo elaborado pela autuante (fls. 13/14) com cópias dos livros e notas fiscais juntadas na defesa, verifico que:

1. Não há exigência do ICMS antecipação parcial sobre aquisições de peças;
2. Nos demonstrativos elaborados pela autuante foram relacionadas notas fiscais de aquisições de veículos não submetidos ao regime de substituição tributária, a exemplo das notas fiscais 16.814 e 16706 (fls. 119 e 121) com destaque do ICMS normal que foi creditado no LRE (fl. 20). A empresa deu saída das mercadorias com tributação normal conforme notas fiscais 64985 (fl. 120) e registro no LRS (fl. 214).
3. Observo que a maioria das notas fiscais objeto da autuação referem-se a aquisições de FIAT DUCATO MINIBUS 16 PASSAGEIROS. No DANFE 1764 (fl. 87) foi indicado no campo das informações complementares: OPERAÇÃO NÃO SUJEITA AO ICMSST CONV 132/92 E CONV 51/00. VEÍCULO C/VOLUME INTERNO MAIOR QUE 9M3-NCM 8702.10.00-EX 02. Por sua vez a Cláusula primeira do Convênio ICMS 132/92 estabelece que fica atribuída ao estabelecimento industrial a responsabilidade pelo lançamento e pagamento do ICMS nas operações interestaduais com veículos novos classificados nos códigos NCM indicados no Anexo II. No citado Anexo, para veículos de transporte de 10 pessoas ou mais é indicado como COM VOLUME INTERNO DE HABITÁCULO, DESTINADO A PASSAGEIROS E MOTORISTA, SUPERIOR A 6M3, MAS INFERIOR A 9M3. Logo, os veículos adquiridos possuem volume interno maior que 9m3 e não estão submetidos às regras do citado Convênio e conseqüentemente submetidos ao regime normal de tributação e sendo adquirido para comercialização surge a obrigação tributária do ICMS antecipação parcial.

Por tudo que foi exposto, restou caracterizado que a empresa não promoveu o lançamento e pagamento do ICMS antecipação parcial relativo às aquisições de mercadorias em outros estados e destinados a comercialização como previsto na legislação estadual. Tendo comprovado o recolhimento do ICMS nas operações de saída com a adoção do regime normal de apuração do imposto é cabível a aplicação da multa de 60% do valor do imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial de acordo com o disposto no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96. Infração não elidida.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **300766.0008/11-8**, lavrado contra **CACHOEIRA COMERCIAL DE VEÍCULOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$722,65**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa específica no valor de **R\$124.660,04**, prevista no art. 42, II, “d” da citada Lei e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de janeiro de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR