

A.I. N.º - 124274.0165/12-0
AUTUADO - PRODUTOS ALIMENTÍCIOS ARAPONGAS S/A - PRODASA
AUTUANTE - VICENTE AUGUSTO FONTES SANTOS
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 13.09.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0177/02-13

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. Exigência fiscal subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada na defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 03/08/2010, reclama o ICMS no valor de R\$116.083,34, sob acusação da falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins comercialização, no período de fevereiro a dezembro de 2010, conforme documentos à fl. 05 a 240.

O sujeito passivo, por seu representante legal, em sua defesa às fls.245 a 260, comenta que o ato administrativo de lançamento tributário é ato vinculado e assim exige motivação de fato e de direito plenamente vigente, ou seja, que deve ser indicado especificamente os motivos e a norma legal vigente em que se funda, conforme previsto no art. 142, § único, e art. 149, do CTN. Comenta sobre princípios de direito insculpidos na Constituição Federal; transcreve lições de professores de direito tributário sobre tais princípios; e a jurisprudência no âmbito judicial em processo contendo ausência de indicação dos fatos constitutivos da obrigação.

Com base nisso, suscitou a nulidade do presente lançamento, por entender que o enquadramento legal apontado no Auto de Infração (RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97), está equivocado, pois foi revogado pelo artigo 494 do novo Regulamento aprovado pelo Decreto nº 13.780 de 16/03/12, que entrou em vigor em 01/04/12, e que, além disso, falta a indicação dos dispositivos legais vigentes específicos infringidos na peça fiscal.

No mérito, alega que, ao contrário do que descreve o agente fiscal, as operações envolvidas na autuação não são aquisições, mas sim TRANSFERÊNCIAS de mercadorias da unidade fabril situada no Estado do Paraná (Arapongas), conforme consta no campo natureza da operação constante nos documentos fiscais emitidos pela PRODASA unidade filial de Arapongas-PR.

Salienta que a legislação do ICMS do Estado da Bahia, art. 355, I, determina claramente que no caso de transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, mesmo os situados em outros Estados da Federação Brasileira, não incide a antecipação parcial do ICMS lançada no Auto ora combatido.

“Art. 355 - Não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar:

I - a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes, hipótese em que aplicará a MVA prevista para a retenção por estabelecimento industrial, observado o disposto no parágrafo 2º do artigo seguinte;"

Prosseguindo, comenta sobre o Princípio da Tipicidade Tributária, transcrevendo lição de renomado tributarista, e ressaltando que por falta da indicação dos motivos de fato e os dispositivos legais vigentes especificamente infringidos, não há como sustentar o crédito tributário em questão, com fundamento em disposição legal que não reflete a realidade dos fatos, impondo a nulidade/improcedência do auto de infração.

Considerou ilegal e abusiva a multa aplicada de 60%, com base no entendimento de houve lesão aos princípios da proporcionalidade e aos da ordem econômica, caracterizando como confiscatória, e aduz que caso não seja declarada a insubsistência do lançamento, requer a redução da multa para o percentual de 20% (vinte por cento), sobre o valor do tributo devido e não sobre o valor da mercadoria, conforme acima fundamentado.

Ao final, requer a improcedência do auto de infração, ou caso, contrário, a redução da multa aplicada para 20% do valor do imposto;

Na informação fiscal às fls. 270 a 273, o autuante argumenta que o pedido de nulidade não procede, uma vez que o Auto de Infração esta revestido de todas as formalidades legais e acompanhado de todos os demonstrativos de forma detalhada e sendo caracterizadas as infrações de forma clara garantindo o direito da ampla defesa do contribuinte.

Quanto a alegação defensiva de que não fez aquisições e sim transferências, e que com base na artigo 355 inciso I, RICMS/97, não deveria fazer antecipação parcial, o autuante esclareceu o contribuinte produz em outro estado biscoito, massas e comercializa no estado da Bahia, mercadorias sujeitas a antecipação ou retenção, e utilizou o créditos na entrada e efetuou retenção do ICMS substituído nas saídas de forma correta, na forma prevista no artigo 355, inciso I, § 2º, do RICMS/97.

Assim, salienta que o contribuinte deixou de recolher ANTECIPAÇÃO PARCIAL nas entradas interestaduais de mercadorias com tributação normal para comercialização, inclusive a titulo de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, conforme estabelece o art. 12-A da Lei 7014/96.

Destaca que a antecipação parcial estabelecida no citado dispositivo legal não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, isentas, não incidência e antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

Quanto a multa aplica, sustenta que o percentual de 60% está correto, porquanto estabelecido no artigo 42 inciso II da Lei 7014/96.

Concluindo que a defesa do contribuinte está desprovida de fundamentação legal, manteve integralmente a autuação.

VOTO

A infração que foi imputada ao contribuinte supra diz respeito à falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação parcial, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, através das notas fiscais relacionadas às fls. 06 a 240.

Na peça defensiva, o sujeito passivo, em preliminar, suscitou a nulidade do presente lançamento, por entender que o enquadramento legal apontado no Auto de Infração (RICMS/BA aprovado pelo

Decreto nº 6.284/97), está equivocado, pois foi revogado pelo artigo 494 do novo Regulamento aprovado pelo Decreto nº 13.780 de 16/03/12, que entrou em vigor em 01/04/12, e que, além disso, falta a indicação dos dispositivos legais vigentes específicos infringidos na peça fiscal.

Pelos termos acima, o autuado alega ausência de fundamentação legal. Observo que o fato descrito no corpo do Auto de Infração está em perfeita sintonia com a legislação tributária, qual seja, o artigo 352-A do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, para os fatos geradores referentes aos meses de fevereiro e março de 2010, e o artigo 494 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, para os fatos geradores dos meses de maio a dezembro de 2010.

Apesar de constar no enquadramento legal apenas o RICMS/97, em momento algum, isto impediu o contribuinte de exercer a ampla defesa o contraditório, ressaltando-se que para fins de definição da norma aplicável a fiscalização deu cumprimento aos citados Regulamentos, cujos artigos são originários de norma complementar, lei, convênios, tratados, etc.

Portanto, a descrição do fato e o levantamento fiscal constante nos autos, o qual o autuado recebeu cópias, fl. 240, é suficientemente esclarecedor e serve como elemento de prova da infração imputada, e permitiu ao sujeito passivo exercer com plenitude o seu direito de defesa apontando eventuais erros no trabalho fiscal. Assim, quanto a aludida preliminar, esta não há como prosperar, tendo em vista o disposto no artigo 19 do RPAF, *in verbis*: *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 caso, de acordo com a descrição do fato e o levantamento, está evidente o enquadramento legal, tanto que o autuado em suas razões meritórias se defendeu das infrações, como será visto mais adiante.

Portanto, no plano formal, a autuação fiscal está em conformidade com a legislação tributária, não lhe faltando fundamentação legal, visto que os fatos descritos no Auto de Infração estão de acordo com o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, vigentes à época dos fatos geradores, considerando as disposições contidas na Lei nº 7.014/96.

No mérito, o sujeito passivo impugnou o lançamento com base no argumento de que as operações envolvidas na autuação não são aquisições, mas sim TRANSFERÊNCIAS de mercadorias da unidade fabril situada no Estado do Paraná (Arapongas), conforme consta no campo natureza da operação constante nos documentos fiscais emitidos pela PRODASA unidade filial de Arapongas-PR, fundamentando seu entendimento no artigo 355, inciso I, do RICMS/97.

O exame do presente lançamento passa pela análise do aspecto material da incidência do ICMS, e verificação da legislação que rege a espécie para o recolhimento do imposto a título de antecipação parcial nas operações oriundas de outras unidades da Federação.

O regime de antecipação parcial tem sua incidência prevista em relação às aquisições interestaduais para fins de comercialização, no artigo 12-A da Lei 7.014/97, incluído pela Lei 8.967/03, recepcionado no artigo 352-A do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, para os fatos geradores referentes até o mês de março de 2010, e no artigo 494 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, para os fatos a partir de abril de 2010.

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

Na análise do levantamento fiscal, fls.06 a 240, constato que realmente as operações são de transferência de mercadorias do estabelecimento com CNPJ nº 75.404.814.0003-52, pois consta o CFOP 2152. De acordo com o código fiscal de operações classificam-se neste código as entradas

de mercadorias recebidas em transferência de outro estabelecimento da mesma empresa, para serem comercializadas.

Neste caso, não assiste razão ao defendente, pois as entradas de mercadorias, aí incluídas as aquisições e transferências, quando para comercialização, estão sujeitas ao pagamento do imposto por antecipação parcial, conforme previsto na legislação citada.

Desta forma, não se aplica ao caso o artigo 355, I, do RICMS/97, invocado pelo defendente, uma vez que este dispositivo trata da hipótese em que não se fará a antecipação parcial sobre mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, e no presente caso, constam no levantamento fiscal mercadorias submetidas ao regime normal de tributação.

Quanto a alegação de que é ilegal e abusiva a multa aplicada de 60%, caracterizando-a como confiscatória, ou o pedido para a sua redução para o percentual de 20% (vinte por cento), sobre o valor do tributo devido e não sobre o valor da mercadoria, registro que não há que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, além de serem, no presente caso, corolários do princípio do não confisco, a mesma está prevista no artigo 42 inciso II da Lei 7014, e foi aplicada corretamente por está em perfeita consonância com o fato apurado. Quanto ao pleito da sua redução, não cabe competência a essa unidade fracionária do CONSEF e sim a Câmara Superior na forma do art. 159 e 169 do RPAF/BA.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **124274.0165/12-0**, lavrado contra **PRODUTOS ALIMENTÍCIOS ARAPONGAS S/A - PRODASA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 116.083,34**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA