

PROCESSO - A. I. Nº 232941.1015/14-0
RECORRENTE - SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE DO BRASIL LTDA.
(SINOPEC PETROLEUM DO BRASIL LTDA.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 0054-02/15
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/11/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0285-11/15

EMENTA: ICMS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Documentos fiscais juntados aos autos comprovam que não foi pago o imposto devido por antecipação relativo a parte das mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e enquadradas no regime de substituição tributária. Cabível a exigência do imposto e aplicação da multa por descumprimento da obrigação principal. Constatado que em relação à parte das mercadorias, não foi feito o pagamento do imposto devido por antecipação, porém comprovado que as mercadorias deram saída do estabelecimento com tributação pelo regime normal. Afastada a exigência do imposto que fica convertido, de ofício, em multa por descumprimento de obrigação acessória equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 17/06/2014 para exigir ICMS no valor histórico de R\$64.037,30, acrescido das multas, em decorrência de 3 infrações, sendo objeto do recurso somente a infração 1, a seguir transcrita:

INFRAÇÃO 1 - 07.01.01 - "Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89". Valor de R\$59.732,00. Mês de dez/11. Multa de 60%.

Após a apresentação da defesa (fls. 36 a 45) e da correspondente informação fiscal (fls. 103 a 105), a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 2ª JJF que dirimiu a lide nos seguintes termos:

VOTO

Inicialmente, verifico que o lançamento de ofício foi realizado em conformidade com as disposições da legislação tributária do ICMS, especialmente do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Assim, inexistiu vício capaz de inquirir de nulidade o ato de lançamento, tendo em vista a apuração do imposto, multa e da respectiva base de cálculo, conforme demonstrativos e documentos juntados aos autos. Há, inclusive, clareza quanto à indicação do nome, endereço, qualificação fiscal do sujeito passivo e das condutas típicas do ilícito administrativo, bem como o nítido exercício do direito de defesa e do contraditório em face da acusação empreendida. Logo, o Auto de Infração em questão está apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Os documentos trazidos pelo impugnante não possuem o condão de afastar a imputação fiscal descrita na infração 1. O entendimento sobre o recolhimento a maior do imposto devido não prevalece, pois está nítida a falta de correlação dos documentos fiscais de saída, DANFE nos 177, 178 e 179, fls. 65/67, com as Notas Fiscais nos 79, 80, 81 e 83, essa última base do lançamento fiscal, mencionadas no campo "INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES" daqueles documentos, além do campo "OBSERVAÇÕES DO LANÇAMENTO FISCAL" descrito na ficha da Escrituração Fiscal Digital - EFD, relativa a saídas de mercadorias do autuado, fl. 69, a demonstrar que o sujeito passivo não se desincumbiu do seu ônus probatório para afastar a imputação fiscal, pela inexistência de fatos modificativos, impeditivos ou extintivos comprovados nos autos.

Ademais, não há discriminação da parcela inerente ao cômputo da margem de valor agregado utilizada, quando da apuração normal do ICMS, variável inexorável o cálculo do imposto sob a égide do Regime de Substituição Tributária, posto que as Unidades Federativas - Espírito Santo e Bahia - são signatárias do Protocolo ICMS 26, de 20 de janeiro de 2010.

Neste contexto, entendo também a não aplicabilidade, de ofício, da norma contida no art. 42, §1º, da Lei nº 7.014/96, para converter a autuação, apenas, em multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea "d", desse diploma legal, pois como demonstrado nas fls. 68/70, existe saldo credor no mês fiscalizado - dez/11.

Assim, os argumentos defensivos não ocasionam alteração do lançamento originário, pelo que julgo procedente a infração 01, nos termos da fl.01, deste PAF e no sentido, inclusive, do entendimento do autuante.

Outrossim, não acolho o pedido de cancelamento da multa proposta nesta infração, tendo em vista a falta de previsão normativa deste Órgão de 1ª Instância de Julgamento Fiscal, que difere da Câmara Superior, por se tratar de sanção decorrente da inadimplência de obrigação tributária principal, como fixam o art. 159 do RPAF/99 e o art. 25, inciso II, do Regimento Interno deste CONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7.592, de 04 de junho de 1999.

As informações do autuante sobre a comprovação da operação não tributável constante da Nota Fiscal nº 8255, fl. 71, com base no art. 6º, inciso I, do RICMS/97 e, notadamente, quanto ao recolhimento do ICMS a título de diferencial de alíquota na escrita fiscal do sujeito passivo, fls. 104/105, ao juntar os comprovantes de pagamentos realizados pelo sujeito passivo, em que pese sob o código de receita incompatível com o fato jurígeno - aquisição interestadual de bens e mercadorias para o ativo fixo e uso/consumo da empresa, fls. 74, 77, 80, 89, 92, 94 e 96, são suficientes para afastar os lançamentos descritos nas infrações 2 e 3. No sentido da verossimilhança das alegações defensivas, consta do banco de informações da SEFAZ/BA que as Declarações, denominadas de DMA, dos meses de mar/11; set/11 a nov/11 não há saldos devedores e de abr/11 a jun/11 possuem saldos devedores pagos, respectivamente, nos valores de R\$746,25; R\$50,35 e R\$188,00, de modo a indicar, também, que os comprovantes de pagamentos apresentados referem-se às operações a título de diferencial de alíquota em comento. Dessa forma, julgo insubsistentes os lançamentos das mencionadas infrações.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em epígrafe.

Inconformado com o Julgamento proferido pela Primeira Instância, o Contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada no que tange a infração 01, repisando integralmente os argumentos apresentados na sua Defesa, anteriormente apresentada, e refazendo os pedidos já postulados.

Após falar sobre a tempestividade do seu recurso e tracejar uma síntese dos fatos vividos no presente PAF, passa a discorrer sobre a infração 1.

Diz que o RICMS determina a antecipação do ICMS nas aquisições interestaduais com mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, cujo Estado de origem não detenha acordo para aplicação da Substituição na origem.

Aponta que as mercadorias relacionadas na Nota Fiscal de nº 83, de 07/12/11 é a base do lançamento, afirmando que houve um equívoco na apuração, mas que tal conduta, não causou nenhum dano ao Erário Público, pelo fato de ter sido efetuada a revenda dessas mercadorias, na mesma data, para consumidor final localizado no Estado do Bahia, incidindo o imposto nas respectivas saídas com a aplicação da alíquota interna de 17%, cuja devida incidência tributária compõe os registros de débitos do ICMS no valor de R\$221.110,22, conforme detalhado na ficha da EFD relativa às saídas, colacionado no corpo da petição e a fl.69 dos autos.

Assevera que o procedimento adotado gerou débito tributário superior ao apurado pela fiscalização e “que os referidos débitos foram considerados na apuração mensal do ICMS do estabelecimento, deduzindo o saldo credor de ICMS acumulado pela Recorrente (foram anexadas

ao processo as Notas Fiscais 177, 178 e 179, a ficha de registro de saídas e entradas da EFD e o registro da apuração do ICMS, demonstrando a existência do saldo credor - Documento 2 anexo à Impugnação)”, conforme documentos acostados às fls. 65/70.

Diz que a correlação entre as mercadorias consideradas no lançamento fiscal e as saídas promovidas pela Recorrente na mesma data é comprovada através da informação expressa na EFD no sentido de que as saídas realizadas pelas Notas Fiscais n^{os} 177, 178 e 179 se relacionam às mercadorias ingressadas no estabelecimento da Recorrente por meio das Notas Fiscais 79, 80, 81 e 83, objeto da autuação, argumentando que *“Em nenhum momento a veracidade da declaração contida na EFD da Recorrente foi questionada pelo Fisco Estadual”*.

Entende que o tributo lançado já foi pago, tendo em vista que a saída das mercadorias se deu comprovadamente na mesma data em que o ingresso no Estado da Bahia (07.12.2011) e que o débito de ICMS considerado pela Recorrente na venda das referidas mercadorias foi superior à Antecipação do ICMS apurada no trabalho fiscal ora impugnado, de forma que a cobrança ora impugnada deve ser cancelada, sob pena de caracterização de uma dupla incidência do ICMS sobre o mesmo fato gerador, caracterizando um verdadeiro *bis in idem*.

Do entendimento exposto, requer, de forma subsidiária, o cancelamento da multa proposta, através da aplicação do art. 159 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal na Bahia - RPAF/99, com base na boa fé e no entendimento conferido pelos Acórdãos de n^{os} CS 0010-21/09, CS 0002-21/10 e CJF 0033-21/09, cujas ementas estão transcritas na sua peça defensiva.

Em termos, os autos foram remetidos à PGE/PROFIS para exame.

No Parecer de fls. 172 a 174, a n Procuradora Maria José Coelho de Sento-Sé, seguidamente a um breve relato dos fatos e dos argumentos recursais, assevera que considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do acórdão recorrido.

Primeiramente, aduz que a infração esta absolutamente clara, devidamente tipificada e alicerçada nos demonstrativos e notas fiscais constantes nos autos e na legislação tributária vigente, atendendo a todos os requisitos descritos no art. 39 do RPAF-BA, tendo sido observado os princípios que regem o PAF.

No mérito, alega que inexistente correlação entre os documentos fiscais de saída, DANFE n^o 177, 178 e 179, fls. 65/67, com as Notas Fiscais n^{os} 79, 80, 81 e 83, uma vez que *“as observações registradas no campo “INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES” daqueles documentos, além do campo “OBSERVAÇÕES DO LANÇAMENTO FISCAL” descrito na ficha da Escrituração Digital – EFD, relativa a saída de mercadorias”*.

Noutra senda, afirma que *“não há discriminação da parcela inerente ao cômputo da margem de valor agregado utilizada, quando da apuração normal do ICMS, variável inexorável para efeito do cálculo do imposto sob a égide do Regime de Substituição tributária, levando em consideração que as Unidades Federativas – Espírito Santo e Bahia – são signatárias do Protocolo ICMS 26/2010”*.

Com estas considerações afiança que não há como prosperar o argumento defensivo relativo aos recolhimentos efetuados.

Quanto ao pedido de dispensa de multa por descumprimento de obrigação principal, afirma que falece competência a Câmara de Julgamento Fiscal para exarar tal decisão.

VOTO VENCIDO

Temos sob apreciação Recurso Voluntário interposto contra a decisão da 2ª JJF que julgou o Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, sendo seu objeto somente a infração 1 que versa sobre a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de Sujeito Passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

Em seu recurso, o Contribuinte alega que a infração 1 se embasa na Nota Fiscal nº 83 e que houve um equívoco na apuração, sendo as mercadorias tributadas nas suas saídas, com a aplicação da alíquota interna de 17%, conforme detalhado em sua ficha do EFD relativa às saídas, acostados às fl. 69 dos autos.

Com base nesta situação, aduz ainda que, tal procedimento, gerou débito tributário superior ao apurado pela fiscalização e que os referidos débitos foram considerados na apuração mensal do ICMS do estabelecimento, deduzindo o saldo credor de ICMS acumulado pela Recorrente, conforme documentos acostados às fls. 65/70.

Pois bem.

Compulsando os autos, vejo que o Recorrente juntou aos autos 4 Danfes, acobertando as seguintes operações:

- a) À fl. 64, está acostado o Danfe da NF-e nº 083, referente à **saída do estabelecimento do Espírito Santo** de: **i)** 16 Peças de Acoplamento tipo Soquete Para Solda (cód. 072587); **ii)** 16 Flanges de 1-1/2" para tubos usados em gasodutos (cód. 072856) e **iii)** 32 Flanges de 24" para tubos usados em gasodutos (cód. 060127), no dia 07/12/2011;
- b) À fl. 65, está acostado o Danfe da NF-e nº 177, referente à **saída do estabelecimento da Bahia** de: **i)** 45,50 metros de tubo de condução de 24" de aço carbono GR B sem costura (cód. 072583), no dia 07/12/2011;
- c) À fl. 66, está acostado o Danfe da NF-e nº 178, referente à **saída do estabelecimento da Bahia** de: **i)** 45,50 metros de tubo de condução de 24" de aço carbono GR B sem costura (cód. 072583), no dia 07/12/2011;
- d) À fl. 67, está acostado o Danfe da NF-e nº 179, referente à **saída do estabelecimento da Bahia** de: **i)** 32,17 metros de tubo de condução de 24" de aço carbono GR B sem costura (cód. 072583) e; **ii)** 22 Flanges de 24" para tubos usados em gasodutos (cód. 060127), no dia 07/12/2011;
- e) À fl. 69, na tabela do EFD referente aos "Registros Fiscais dos Documentos de Saídas de Mercadorias e Serviços Prestados", consta a seguinte informação no campo observações do Lançamento Fiscal: "Ref NFs 79, 80, 80, 81 e 83 de 07/12/2011 – SINOPEC-ES".

Diante dessas informações, constato que entraram Peças de acoplamento tipo Soquete para Solda, Flanges de 1-1/2" e Flanges de 24", mas somente as mercadorias Flanges de 24" para tubos usados em gasodutos (cód. 060127) saíram no mesmo dia, conforme informação do Recorrente. Contudo, entraram 32 unidades dessa mercadoria e saíram apenas 22 unidades.

Nestes termos, considero que a infração 1 é parcialmente subsistente simplesmente para as 10 unidades de Flanges de 24" para tubos usados em gasodutos (cód. 060127) que não saíram no mesmo dia, alterando assim o julgamento de *primo grau*, conforme tabela abaixo.

NF	NCM	Descrição Produto	Qt	Valor Unit	Total	MVA	Total c MVA	Aliq.	ICMS Al. Int.	Cred. 12%	ICMS devido
83	7307	Peças acoplamento	16	43,04	688,64	41,01	971,05	0,17	165,08	82,64	82,44
83	7307	Flange para tubos	16	46,4	742,40	41,01	1.046,86	0,17	177,97	89,09	88,88
83	7307	Flange para tubos	32	15.547,26	497.512,32	41,01					
179	7307	Flange para tubos	22	15.547,26	342.039,72	41,01	Saídas tributadas na mesma data pela NF 179				
Total		Base de cálculo, de 10 Unidades			155.472,60	41,01	219.231,91	0,17	37.269,43	18.656,71	18.612,71
		Imposto devido					221.249,82	0,17	37.612,47	18.828,44	18.784,03

Quanto ao restante da infração 1, referente aos 22 unidades de Flanges de 24" para tubos usados em gasodutos (cód. 060127) que comprovadamente entraram e saíram no mesmo dia, conforme as NF-e nº 083 (saída de 32 unidades do estabelecimento do Espírito Santo) e NF-e nº 179 (saída de 22 unidades do estabelecimento da Bahia), entendo que não deve subsistir a aplicação de qualquer exação por falta de recolhimento da substituição tributária originalmente lançada.

Como dito, a entrada e saída das mercadorias ocorreram no mesmo dia, havendo a apuração do ICMS pelo regime normal. Assim sendo, cura ressaltar que o pagamento efetivo do tributo ocorreu no dia 9 do mês subsequente, enquanto que, pelo regime da Substituição Tributária, o

recolhimento do ICMS-ST ocorreria no dia 24 do mês subsequente, ou seja, não houve atraso ou repercussão econômica ao erário que ensejasse a aplicação da multa de 60% prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Quanto a MVA não aplicada no regime normal de apuração, mas que seria base do ICMS-ST, aponto que na saída da mercadoria, o valor já contempla o lucro efetivo, pois o valor da saída foi maior que o valor da entrada (descontados o imposto), portanto, foi substituída uma presunção legal com a aplicação da MVA sugerida pela real operação tributada pelo ICMS, sem qualquer prejuízo aos cofres públicos.

Por fim, quanto ao pleito de cancelamento ou redução de multa, lembro que esta Câmara não tem competência para reduzir e cancelar a multa por descumprimento a obrigação principal, consoante à norma insculpida no art. 158 do RPAF/BA.

Pelo tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, julgando PARCIALMENTE PROCEDENTE o presente Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR (Quanto a aplicação da multa de 60%).

Em que pese a boa argumentação expendida pelo n.Relator concordo com a fundamentação de que 10 das unidades de Flanges de 24 para tubos usados em gasodutos (cód. 060127), não foram comprovados o pagamento do ICMS devido por substituição tributária previsto nos art. 353, II, item 40 do RICMS/97 e devido o valor de R\$18.784,03.

No tocante as 22 unidades do mesmo produto que deram entrada pela NF-e 083 e saídas no mesmo dia pela NF-e 179, constato que o recorrente alegou que apesar do ICMS não ter sido recolhido por antecipação tributária, efetuou o pagamento do imposto pelo regime normal e solicitou que fosse afastada a exigência do imposto e convertido em multa por descumprimento de obrigação acessória.

Observo que o produto objeto da autuação está enquadrado no regime de substituição tributária (art. 35, II, item 40 do RICMS/97), com base em disposição da Lei 7.014/96 (artigos 8º e 10º) e não é facultado ao contribuinte promover o pagamento do ICMS devido por substituição, pelo regime normal. Ou seja, o fato gerador do imposto é a entrada da mercadoria no estabelecimento do contribuinte e não tendo promovido o pagamento do ICMS-ST, houve descumprimento da obrigação tributária, culminando na infração apontada na autuação.

Entretanto, conforme acima apreciado, com relação às 22 unidades de flanges para tubo que deram entrada no estabelecimento pela Nota Fiscal nº 83, restou comprovado que o sujeito passivo não promoveu o pagamento do imposto por antecipação, como determina a legislação tributária, mas emitiu a nota fiscal de saída, destacou o imposto e escriturou no livro de Registro de Saída, ou seja, deu o tratamento de tributação pelo regime normal a mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária. Neste caso, cabe a aplicação da multa de 60% prevista no art. 42, II, "d" da Lei 7.014/96, de acordo com o disposto no §1º do mesmo dispositivo e diploma legal:

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher 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";

Assim sendo, deve ser afastada a exigência do ICMS-ST devido por antecipação totalizando R\$40.947,97 e convertido a exigência em aplicação da multa de 60% do valor do imposto que deixou de ser recolhido no prazo regulamentar, prevista no art. 42, II, "d", cc o §1º, tudo da Lei 7.014/96, o que resulta em valor devido de R\$24.568,78 conforme demonstrativo abaixo.

NF	NCM	Descr.Produto	Qt	Valor Unit	Total	MVA	Total c MVA	Aliq.	ICMS Al. Int.	Cred. 12%	ICMS devido
Multa de 60% do ICMS - ST devido por antecipação, recebido pela NF 83, que foi recolhido pelo regime normal pela NF 179											
83	7307	Flange para tubos	22	15.547,26	342.039,72	41,01	482.310,21	0,17	81.992,74	41.044,77	40.947,97
		Multa de 60%									24.568,78

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232941.1015/14-0**, lavrado contra **SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE DO BRASIL LTDA. (SINOPEC PETROLEUM DO BRASIL LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.784,03**, acrescido da multa 60%, prevista do art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$24.568,78**, prevista no § 1º, c/c inciso II, alínea “d”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Quanto à aplicação da multa) – Conselheiros: Eduardo Ramos de Santana, Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva, Raísa Catarina Oliveira Alves Fernandes, Rosany Nunes de Mello Nascimento e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Quanto a aplicação da multa) – Conselheiros(as): Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Quanto à multa)

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – VOTO VENCEDOR
(Quanto à multa)

MARIA JOSÉ COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS