

PROCESSO	- A. I. N° 207494.0008/14-3
RECORRENTE	- ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. (ATACADÃO S.A.)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0184-01/15
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 30/03/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0039-12/16

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Da análise dos documentos juntados se percebeu que logrou aos autos os documentos que demonstraram que o recolhimento do imposto correspondente a cada nota fiscal foi devida e tempestivamente recolhido, fato que elide a acusação fiscal na parte mantida pela Junta de Julgamento Fiscal. Diante da elisão da acusação fiscal, na parte julgada procedente em primeiro grau de julgamento, acolhe-se as razões recursais ao afastar a exigência da parte da infração impugnada, não reconhecida pelo Sujeito Passivo. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, reduzindo a exigência original de R\$23.054,47 para R\$19.790,17, acrescido das multas de 60% e 70%, além dos acréscimos legais.

O Auto lavrado em 30/10/2014 decorre de duas infrações, sendo objeto do Recurso Voluntário a infrações 1, cuja acusação é a seguinte:

Infração 1. 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 exterior, nos meses de janeiro a dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 9.731,96, acrescido da multa de 60%.

Consta se referir à falta de recolhimento do ICMS devido nas aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (produtos farmacêuticos) no Estado de São Paulo, no exercício de 2009, através do CFOP 2403, sendo que o referido Estado não é signatário do Protocolo ICMS nº 76/1994, dos fornecedores York S/A Indústria e Comércio e Neopan Artigos Infantis Ltda., que não recolheram qualquer valor de ICMS por antecipação para o Estado da Bahia durante o exercício de 2009, conforme extrato de arrecadação anexado aos autos às fls. 53/54; Demonstrativo de Auditoria acostado às fls. 08 a 11dos autos; e CD-R anexado à fl. 60 dos autos. Consta, ainda, que foi enviado por "e-mail" em demonstrativo ao contribuinte que não comprovou o recolhimento do ICMS;

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 1ª JJF, decidiu, por unanimidade e com base no voto do Relator de primeiro grau, abaixo transscrito, que é parcialmente procedentes a infração 1, e totalmente procedente a infração 2, como segue:

VOTO

O Auto de Infração em exame versa sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado.

Inicialmente, no que diz respeito à nulidade arguida pelo impugnante por falta de subsunção do fato à norma, em razão de os dispositivos indicados como tendo sido infringidos não terem relação de causa e efeito com a

conduta reprimida pelo Fisco, constato que não há como prosperar a pretensão defensiva, haja vista que, claramente, se verifica pela descrição dos fatos o enquadramento legal, tendo inclusive o autuado exercido plenamente o direito de ampla defesa e do contraditório, conforme será visto na análise de mérito.

Assim sendo, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99 - aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, capaz de invalidar o ato de lançamento de ofício.

Quanto à alegação de ocorrência da decadência parcial do crédito tributário relativo aos meses de janeiro a outubro de 2009, conforme o § 4º do art. 150 do CTN, em razão de o Auto de Infração ter sido lavrado em 30/10/2014, cuja ciência se deu no dia 05/11/2014, cumpre observar que o entendimento prevalecente neste CONSEF tem sido no sentido de que a contagem do prazo decadencial se dá na forma do art. 173, I, do Código Tributário Nacional – CTN, ou seja, a partir do 1º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado e não da data de ocorrência do fato gerador, conforme o § 4º do art. 150 do CTN aduzido pelo impugnante.

Vale reproduzir, a título ilustrativo, trecho de voto proferido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF no recente Acórdão CJF Nº 0294-12/15, sobre o tema decadência, conforme abaixo:

VOTO

(...)

Em seguida, da análise da prejudicial de mérito de decadência arguida verifica-se que, quando da lavratura e registro do Auto de Infração, ocorridos respectivamente, em 31/03/2011 e 08/04/2011, não havia sido extinto o direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário, relativo ao período de janeiro e fevereiro de 2006, o qual se extinguiria no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, consoante previsto no art. 107-A, I, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), então vigente, o que vale dizer que o termo do prazo decadencial seria 31/12/2011.

Saliente-se que a legislação baiana, vigente à época dos fatos geradores, conforme disposto no art. 107-A do COTEB, estabeleceu marco temporal diferenciado para contagem do prazo decadencial, ancorada no permissivo normativo constante no art. 150, § 4º, c/c o art. 173, I, do CTN.

Ressalte-se que, com o advento da Lei nº 13.199, de 29/11/14, foi revogado o art. 107-A, da Lei nº 3.956/81. Porém, por tratar-se de norma jurídica de natureza material e não procedural, não poderá retroagir para surtir efeito em relação a fato gerador constituído sob a égide da legislação tributária então vigente, conforme frisado no Parecer da PGE/PPROFI, às fls. 633 a 636 dos autos. Assim, não há que se falar em decadência do período apurado no Auto de Infração.

Desse modo, como o período objeto da autuação abrange janeiro a dezembro de 2009, a Fazenda Pública estadual teria o direito de constituir o crédito tributário até 31/12/2014.

Considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 30/10/2014, cuja ciência o autuado acusou em 05/11/2014, não há que se falar em ocorrência de decadência do direito de constituição do crédito tributário, conforme arguido pelo impugnante.

Diante do exposto, não acolho a decadência arguida relativamente às infrações 01 e 02.

No que tange à parte remanescente da infração 01, ou seja, a exigência atinente aos meses de novembro e dezembro de 2009, o impugnante alega que o recolhimento já fora efetuado pelos fornecedores estabelecidos no Estado de São Paulo, conforme se verifica nas GNRES - Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais, as quais identificam as Notas Fiscais nºs 3973, 4881, 5956, 020498, 119686, 120447, 120656, 121360.

Observo que na informação fiscal o próprio autuante acatou a alegação defensiva. Admitiu descaber a exigência, em face de o ICMS ter sido recolhido antes do inicio da ação fiscal através de GNRE, pelo próprio autuado, conforme fls. 80 a 99 dos autos.

Diante disso, considerando que o autuado comprovou, através dos documentos de arrecadação acostados aos autos de fls. 80 a 99, que o ICMS exigido referente aos meses de novembro e dezembro de 2009 já houvera sido recolhido tempestivamente, remanesce a exigência quanto aos meses de janeiro a outubro de 2009, passando o valor do ICMS originalmente apontado no Auto de Infração de R\$9.731,96 para R\$6.467,66, sendo, desse modo, parcialmente subsistente a infração.

No que concerne à infração 02, constato que o levantamento levado a efeito pela Fiscalização considerou as disposições da Lei nº 7.014/96, do RICMS/BA/97 e, especialmente, da Portaria nº 445/98, sendo que, no cálculo do imposto foi tomada por base a diferença de maior expressão monetária - o das saídas tributáveis.

Verifico que não procede a alegação defensiva de que se trata de presunção. Na realidade, a presunção aduzida pelo impugnante ocorre quando a existência de entradas de mercadorias não contabilizadas denuncia a falta de contabilização de receitas, ficando evidente que a empresa efetuou pagamentos com Recursos não declarados ao Fisco, e esses Recursos, até prova em contrário, presumem-se decorrentes de operações (vendas)

anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

No presente caso, a diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível, haja vista que se apurou omissão de saídas de mercadorias tributadas normalmente.

Observo que não foram arroladas mercadorias cujas operações de saídas ocorreram com redução de base de cálculo, conforme se verifica no “Demonstrativo de Auditoria Levantamento Quantitativo de Estoques” de fls. 12 a 18 dos autos.

Constatou que assiste razão ao autuante quando diz que descabe falar-se em abatimento do crédito fiscal proveniente do registro das entradas de mercadorias, haja vista que a autuação diz respeito a omissão de saídas de mercadorias tributadas, cujas entradas das mercadorias selecionadas e, por consequência, os créditos fiscais foram lançados anteriormente.

Diante disso, restando comprovada a falta de recolhimento do ICMS em face da omissão de saídas de mercadorias tributadas normalmente no valor de R\$78.364,13, com ICMS calculado corretamente com aplicação da alíquota de 17%, no valor de R\$13.322,51, conforme demonstrativos de fls. 12 a 18 dos autos e CD-R de fl. 60, esta infração é integralmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, fls. 200/203, anexos de fls. 204/244, o contribuinte retorna aos autos e, de plano, registra que recolheu parte do crédito tributário mantido em primeira instância de julgamento com base na Lei nº 13.449/15, sendo parte da infração 1 e a integralidade da infração 2.

Referentemente à parte da infração 1, mantida em Primeira Instância de julgamento, diz que a Decisão de piso deve ser revista e reformada sob o argumento de que os recolhimentos do imposto exigido foram realizados antes do início da ação fiscal, ou seja, a parcela da infração concernente ao imposto por antecipação, incidente nas aquisições interestaduais das mercadorias elencadas nas notas fiscais constantes do Demonstrativo de Auditoria, teve o imposto devida e tempestivamente recolhido pelo recorrente ou pelas vendedoras, conforme se constata das Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE anexas ao Recurso Voluntário.

Nessa esteira, elabora pequena planilha listando o número das notas fiscais, data, valor do ICMS-ST e a GNRE (documentos anexos ao Recurso), tudo no sentido de demonstrar a veracidade das suas afirmações.

Por derradeiro, reiterando que realizou os pagamentos correspondentes ao valor da exigência mantida pela Decisão de primo grau, requer, nos exatos termos do inciso I, do artigo 156, do Código Tributário Nacional, que seja declarado extinta a parte remanescente do crédito tributário objurgado.

Em razão do valor discutido, não há manifestação da PGE/PROFIS.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 1ª JJF deste CONSEF, Acórdão JJF 0203-04/15, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se discute tem assento na infração 1, cuja acusação é de que teria o Sujeito Passivo deixado 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 exterior.

Por primeiro, ante o pagamento de parte da infração 1 e da integralidade da infração 2, não há lide em relação a tais parcelas, vez que o Sujeito Passivo reconheceu o débito que lhe foi imputado e, nos termos da Lei nº 13.449/15 procedeu aos recolhimentos devidos.

Quanto à parte remanescente do débito, mantida pelo julgamento da JJF e referente à infração 1, vejo que serviu o Recurso Voluntário interposto apenas para trazer aos autos a demonstração do efetivo pagamento do imposto correspondente às ocorrências que lhe deram azo.

Da análise dos documentos trazidos pelo recorrente percebe-se que de fato o recorrente logrou trazer aos autos os documentos que demonstram que o recolhimento do imposto correspondente a cada nota fiscal foi devida e tempestivamente recolhido, fato que elide a acusação fiscal na parte mantida pela Junta de Julgamento Fiscal.

Assim, diante da elisão da acusação fiscal, na parte julgada procedente em primeiro grau de julgamento, acolho as razões recursais e voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao apelo para afastar a exigência da parte da infração 1, não reconhecida pelo Sujeito Passivo, conforme o demonstrativo abaixo:

OCORRÊNCIA	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO-JJF	VLR. JULGADO-CJF	MULTA
JAN/2009	342,27	342,27	0,00	60%
FEV/2009	438,56	438,56	14,53	60%
MAR/2009	1.345,19	1.345,19	311,08	60%
ABR/2009	303,76	303,76	0,00	60%
MAI/2009	141,72	141,72	0,00	60%
JUL/2009	902,53	902,53	2,55	60%
AGO/2009	1.148,05	1.148,05	0,00	60%
SET/2009	844,99	844,99	436,74	60%
OUT/2009	1.000,59	1.000,59	0,00	60%
NOV/2009	890,18	0,00	0,00	-----
DEZ/2009	2.374,12	0,00	0,00	-----
TOTAL INF. 1	9.731,96	6.467,66	764,90	
INFRAÇÃO 2	13.322,51	13.322,51	13.322,51	70%
TOTAL DÉBITO	23.054,47	19.790,17	14.087,41	

Referentemente à parcela da exigência fiscal reconhecida e paga pelo Sujeito Passivo, correspondente a R\$764,90 e R\$13.322,51 (infrações 1 e 2, respectivamente), consoante DAE's juntados ao processo e extratos do SIGAT, deve a repartição fazendária competente proceder à homologação dos ditos valores, para que produza os efeitos legais.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207494.0008/14-3, lavrado contra **ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. (ATACADÃO S.A.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$14.087,41**, acrescido das multas de 60% sobre R\$764,90 e 70% sobre R\$13.322,51, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo os valores efetivamente recolhidos serem homologados para que produzam os efeitos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de março de 2016.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS