

PROCESSO - A. I. Nº 269511.3006/16-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TELEAÇO BAHIA COMERCIAL LTDA.
RECORRIDOS - TELEAÇO BAHIA COMERCIAL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JJF nº 0072-05/17
ORIGEM - INFAS JUAZEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/08/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0236-12/18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO, PORÉM, AS SAÍDAS FORAM TRIBUTADAS NORMALMENTE. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Não obstante a falta de recolhimento do imposto por antecipação de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, mas uma vez constatada a tributação regular, pelo regime normal, nas operações subsequentes de saídas, não se exige o imposto que deveria ter sido antecipado, convertendo-se a exigência fiscal em multa de 60% sobre o valor do tributo não antecipado. Não acolhidos os pedidos de decretação de nulidade do procedimento fiscal. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIOS

Tratam-se de Recurso de Ofício e Voluntário interpostos, em face da decisão primária que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 30/06/2016, para exigir da Recorrente imposto no valor de R\$240.258,40, acrescido de multa e além dos acréscimos legais, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 – 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 exterior. Tudo conforme DEMONSTRATIVO – SUBST TRIBUTÁRIA – FALTA DE ANTECIPAÇÃO TOTAL – LISTA DE NOTAS E ITENS_2013 e DEMONSTRATIVO – SUBST TRIBUTÁRIA – FALTA DE ANTECIPAÇÃO TOTAL – RESUMO_2013; arquivos da EFD (Escrituração Fiscal Digital), com os Registros de Apuração do ICMS dele extraídos, todos gravados em mídia CD, anexos aos autos. Ocorrência verificada nos meses de janeiro a dezembro do ano de 2013, sendo aplicada a multa de 60% do tributo lançado, prevista na letra “d”, do inc. II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Consta no campo Descrição dos Fatos do Auto de Infração:

“A empresa comercializa mercadorias que estão tanto sujeitas ao regime normal de tributação, quanto mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sendo, algumas destas mercadorias, também beneficiadas pela redução de base de cálculo. Acontece, porém, que o contribuinte deu tratamento de mercadorias tributadas para a quase totalidade das mercadorias comercializadas, principalmente no exercício de 2013. Esse fato motivou a substituição da EFD – Escrituração Fiscal Digital – de todos os períodos de apuração dos exercícios de 2013 e 2014, tendo sido feitos vários ajustes no Registro de Apuração do ICMS, como estornos de débitos referente às saídas de mercadorias da substituição tributária que saíram com débito do imposto e estornos de créditos referentes às entradas de mercadorias da substituição tributária que entraram com crédito do imposto. A fiscalização foi realizada utilizando o Sistema Integrado de Auditoria Fiscal – SIAF, abrangendo os exercícios de 2013 e 2014, baseando-se na EFD (Escrituração Fiscal Digital), nas NFes (Notas Fiscais Eletrônicas) emitidas e nas destinadas ao contribuinte, além dos demais documentos apresentados pelo contribuinte conforme solicitados no Termo de Intimação e considerados os fatos descritos acima”.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 5^a JJF decidiu, por unanimidade de votos, que é Procedente em Parte o Auto de Infração, conforme transcrição do voto condutor, *in verbis*:

VOTO

O Auto de Infração em lide contém a acusação de 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, tudo conforme detalhado no DEMONSTRATIVO – SUBST TRIBUTÁRIA – FALTA DE ANTECIPAÇÃO TOTAL – LISTA DE NOTAS E ITENS_2013 e DEMONSTRATIVO – SUBST TRIBUTÁRIA – FALTA DE ANTECIPAÇÃO TOTAL – RESUMO_2013. A exigência fiscal teve por fonte as informações retiradas dos arquivos da EFD do contribuinte (Escrituração Fiscal Digital), especialmente dos Registros do livro Apuração do ICMS, todos gravados em mídia CD, anexos aos autos (fl. 11). Ocorrência verificada nos meses de janeiro a dezembro do ano de 2013, conforme detalhamento contido no Relatório, parte integrante do presente Acórdão.

O contribuinte suscitou a nulidade do lançamento em razão da existência de erros na apresentação e aplicação das fórmulas contidas no Demonstrativo de apuração da infração, que conteriam expressões aritméticas que não representariam corretamente os cálculos que foram efetuados pela autoridade fiscal. Afirmou também que o enquadramento da infração foi equivocado, pois o autuante teria acusado o contribuinte de ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, quando em verdade, conforme Demonstrativos juntados aos autos, a cobrança se refere a uma suposta diferença de valores, ou seja, o contribuinte pagou o ICMS, porém na sistemática normal de apuração, resultando a cobrança na diferença entre o que foi recolhido pelo contribuinte e o que deveria ter sido pago através da adoção regime da antecipação total. Haveria assim uma divergência entre os Demonstrativos e a acusação estampada no Auto de Infração.

Entende, a defesa, que em ambas as situações, houve violação ao que prescreve o art. 39, inc. I e II, do RPAF/99, implicando na nulidade prevista no art. 18, incisos II e IV, letra “a”, da norma processual administrativa, por preterição do direito de defesa e ausência de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

*No tocante ao Demonstrativo, de fato há equívocos na grafia das fórmulas lançadas pelo autuante no Demonstrativo. Mas os erros de grafia das fórmulas não se refletiram no cálculo do imposto que foi apurado. Vejamos a questão pinçando exatamente o exemplo trazido pelo contribuinte na peça de defesa, em relação ao primeiro produto lançado na planilha de apuração do imposto (VERGALHÃO CA 50 10,00mm DOBRADO 12m, acobertado pela NF de aquisição nº 111.595): A grafia da equação adotada para o cálculo do ICMS foi a seguinte A (valor do item) – E (valor do desconto) +D (valor do IPI)*G (alíquota)*I (percentual de redução de base de cálculo): (R\$ 32.595,25-0,00+0,00)*12%, que totalizaria o valor de R\$3.911,65 e não R\$45.959,30, como listado na planilha.*

De fato, da maneira como foi apresentada a grafia das fórmulas pelo autuante o cálculo estaria incorreto. A quantificação do imposto devido a título de Substituição Tributária deveria seguir o seguinte roteiro aritmético: A (valor do item) – E (valor do desconto) +D (valor do IPI) H (1 + percentual de MVA): (R\$ 32.595,25-0,00+0,00)*1,41 = 45.959,30* G (alíquota) 17% = R\$7.818,08 - K (valor de crédito do ICMS) R\$ 3.911,43 = L (valor do ICMS retido) R\$ 3.901,65, exatamente o que foi apurado no Demonstrativo elaborado pelo autuante, considerando que esse produto não estava beneficiado com nenhuma redução de base de cálculo, conforme apontado na coluna I (percentual de redução de BC = 0,00). Observo que a referida metodologia de cálculo foi adotada para as demais operações, com a inclusão dos percentuais de redução de base de cálculo e MVAs para os produtos cujas NCMs estavam inseridas no RICMS/12. Logo, não há, sob o aspecto formal a nulidade suscitada pela defesa.*

No que se refere à discrepância entre os fatos apurados na ação fiscal e o enquadramento legal da infração deixarei para examinar essa questão nas razões de mérito, visto que esse ponto tem relação direta com o fato do contribuinte ao invés de fazer a antecipação do imposto para as mercadorias enquadradas no regime da S.T., deu às mesmas o tratamento de tributação normal, de forma que o imposto foi pago através do sistema de dedução de créditos fiscais, lançados por ocasião das entradas, com débitos apurados nas notas fiscais de saídas.

No mérito, observo inicialmente, conforme já alinhado acima, que todos os produtos objeto do lançamento estão inseridos no regime da S.T., com encerramento da fase de tributação nas operações subsequentes. Os citados produtos encontram-se listados no Anexo I, do RICMS/12. São eles: vergalhão, treliça, malha pop reforçada, arame ferro CA60, tela ondulada, fechadura, kit para portão, stanley de ferro, dobradiça e porcas, cujas NCMs foram reproduzidas à fl. 26 da peça de defesa. A sistemática de tributação adotada pelo sujeito passivo foi de tributação normal, via créditos na entrada e débitos por ocasião das saídas, fato que foi claramente exposto no Auto de Infração e confirmado na peça defensiva.

O Conv. ICMS 33/96, norma do CONFAZ referenciado pela defesa, estabelece a redução de base de cálculo do

imposto nas operações internas com ferros e aços não planos comuns. Essa norma é de natureza autorizativa, conforme se pode observar na ementa do Convênio instituidor do benefício fiscal, com o seguinte teor: “Autoriza os Estados que menciona a reduzir a base de cálculo do ICMS nas operações internas com ferros e aços não planos comuns”. Sendo um Convênio autorizativo o benefício dependeria de implementação na legislação interna de cada unidade federada, que poderia incluir todos, parte ou nenhum dos produtos listados na norma matriz (o Conv. ICMS 33/1996).

No caso concreto, dentro do rol dos produtos que compõem a autuação, somente as mercadorias com código NCM 7313 (arame farpado de ferro ou aço) e NCM 7314.4 (telas metálicas: englobando os produtos malha pop reforçada e telas onduladas) estavam amparadas pela redução de base de cálculo, prevista no art. 266, inc. II, do RICMS/12 (Dec. nº 13.780/2012), de forma que a incidência do imposto resultasse numa carga tributária de 12% (doze por cento) sobre o valor da operação.

O Demonstrativo que serviu de suporte para a apuração e quantificação da infração, denominado pelo autuante de DEMONSTRATIVO – SUBST. TRIBUTÁRIA – FALTA DE ANTECIPAÇÃO TOTAL – LISTA DE NOTAS E ITENS_2013, contido na mídia anexa (CD, fl. 11), revela exatamente o que foi exposto acima: a aplicação da redução de base de cálculo do ICMS de 29,41%, que resultou na carga tributária de 12%, tão somente para as mercadorias listadas no inc. II, do art. 266 do RICMS/12. Quanto a esse aspecto, relacionado ao benefício fiscal, improcedem os reclamos da defesa.

Todavia, no caso concreto é indevida a exigência de imposto lançado no Auto de Infração visto que a lei instituidora do ICMS do Estado da Bahia (Lei nº 7.014/96), no seu art. 42, § 1º, prescreve que: “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”; no percentual de 60% do valor do tributo que não for recolhido de forma antecipada.

No caso em exame o imposto deixou de ser apurado e recolhido dentro da sistemática inerente às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, adotando o contribuinte autuado, entretanto, regime distinto de pagamento para as mesmas mercadorias, relacionada à apuração normal. Nessa situação a lei não confere ao aplicador solução alternativa. Constatada a falta de antecipação do imposto nas entradas, porém comprovado que o contribuinte, do regime normal, apurou o pagou o imposto nas operações posteriores, remanesce tão somente, conforme já ressaltado linhas acima, a penalidade prevista na lei, positivada no art. 42, inc. II e respectivo § 1, da Lei nº 7.014/96.

Assim, para a aplicação da multa, não há deduções a serem feitas em relação às parcelas já recolhidas a título de antecipação parcial ou lançadas a débito nas notas fiscais de saídas. O cálculo da penalidade leva em conta ou toma por base tão somente o valor do imposto que deixou de ser efetivamente antecipado e que se encontra apurado, por período mensal, no Demonstrativo que compõe o CD anexo à fl. 11, conforme abaixo:

Ano	Mês	ICMS ST Apurado R\$	multa 60% R\$
2013	1	36.583,34	21.950,00
2013	2	17.307,70	10.384,62
2013	3	23.512,56	14.107,54
2013	4	29.208,65	17.525,19
2013	5	47.860,07	28.716,04
2013	6	22.099,86	13.259,92
2013	7	28.015,59	16.809,35
2013	8	22.992,47	13.795,48
2013	9	34.524,25	20.714,55
2013	10	40.434,11	24.260,47
2013	11	22.954,60	13.772,76
2013	12	12.379,50	7.427,70
Total		337.872,70	202.723,62

Frente ao acima exposto incide no caso em exame as disposições contidas no art. 157 do RPAF aprovado pelo Dec. nº 7.629/99 que prescreve que verificada a insubstância da infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração à obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente. Converte a obrigação principal de pagamento antecipado do ICMS-ST lançada pela autoridade fiscal, no valor de R\$337.872,70, em penalidade correspondente a 60% do imposto que deixou de ser recolhido pelo contribuinte em conformidade com os cálculos reproduzidos no Demonstrativo, que totaliza a cifra de R\$202.723,62.

Nosso voto, portanto, é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Devidamente intimada, a Autuada interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, aduzindo que a nulidade do Auto de Infração em razão do fato de que em se tratando de obrigação de retenção

de ICMS-ST, na condição de substituto tributário, não poderia ter sido lavrado auto de infração para operações de entrada de mercadorias.

Tratando dos arquivos analíticos e sintéticos que instruem a peça acusatória, afirma que há inconsistências, aduzindo que a aplicação das formulas ali constantes não se chega ao resultado que, ao fim e ao cabo determinam o valor supostamente devido, entendendo que o erro que aponta lhe cerceia o direito de defesa, também registrando que o Relator de primeiro piso atestou o erro que indica e que a memória de cálculo é elemento substancial para o entendimento dos cálculos das infrações que lhe estão sendo imputadas.

Assevera que além dos equívocos apontados, há equívoco de capitulação da infração e na apuração e demonstração dos valores levantados na infração – cita Auto de Infração de nº 269511.3005/16-0, cuja infração 7 diz ser a mesma discutida nos autos, afirma que tem capitulação diferente. Menciona o art. 39, III e V do Decreto nº 7629/1999.

Quanto à acusação de haver 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”, diz que na verdade, conforme demonstrativo juntado aos autos, lhe é cobrado imposto pela suposta diferença de valores, ou seja, o contribuinte recolheu, porém recolheu o ICMS na sistemática normal.

Repisa a tese de cerceamento do seu direito de defesa e, citando o art. 18, II e IV do RPAF, diz que é nulo o Auto de Infração.

No mérito, diz que da análise dos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração - DEMONSTRATIVO - SUBST TRIBUTÁRIA - FALTA DE ANTECIPAÇÃO TOTAL - LISTA DE NOTAS E ITENS_2013, é de se supor que estariam sendo cobradas diferenças de ICMS-ST, nas entradas dos seguintes produtos *Vergalhão, treliza, malha pop reforçada, arame, ferro CA60, tela ondulada, fechadura, kit para portão, stanley de ferro, dobradiça, porca*, com as NCM que lista.

Supõe que os valores supostamente recolhidos a menor tenham origem no seguinte situação: “*No ano de 2013 o contribuinte equivocadamente tratou esses produtos como normais, ou seja, não recolheu o ICMS por substituição tributária. Ao recolher o ICMS – Normal, aplicou a alíquota de 17%. Ocorre que de fato esses produtos, conforme o ANEXO I do RICMS estão sujeitos ao ICMS-ST. Todavia, também estão sujeito a redução de base de cálculo de forma que a incidência de ICMS seja de 12%, de acordo com o convênio 33/1996. Fato não observado pelo autuante, pois em sua apuração, considerou a alíquota de 17% e não de 12%, como determina o convênio 33/1966 e o artigo 266, II do RICMS*”.

Explicando, ressalta que o Convênio ICMS 33/1996, determina que a comercialização interna das mercadorias listadas com a respectiva NBM/SH, sofram redução de base de cálculo de forma que a incidência do ICMS seja de 12. Lista classificação e descrição das mercadorias.

Citando o art. 266, II, do Decreto nº 13.780/2012, que determina que além das mercadorias listadas no Convênio ICMS 33/1996, consigna que as mercadorias listadas no referido inciso (operações internas com ferros e aços não planos, relacionados a seguir e no Convênio ICMS 33/96) também serão beneficiadas com a redução de base de cálculo, de forma que a incidência de ICMS seja de 12%.

Arrematando, afirma que o RICMS/2012 ampliou o alcance do Convênio ICMS 33/1996, indicando que além dos produtos listados no Convênio ICMS 33/1996, também terão direito a redução da base de cálculo os produtos listados no inciso II do art. 266, do decreto 13.780, o que é corroborado pelo anexo I do RICMS, que traz lista da MVA idênticas na posição 24.47, tanto para a comercialização desses produtos (vergalhões) internamente, como para a comercialização desses produtos com 12%.

Do que expôs, diz que equivocadamente o autuante apurou o suposto crédito tributário - ICMS- ST - com incidência de 17% e não de 12%, conforme se supõem dos cálculos apresentados em DEMONSTRATIVO - SUBST TRIBUTÁRIA - FALTA DE ANTECIPAÇÃO TOTAL - LISTA DE NOTAS E

ITENS_2013.

Quanto à afirmação de que houve, por parte do fisco, compensação de valores recolhido indevidamente como antecipação parcial, nas entradas desses produtos, assim como os valores lançados pelo contribuinte com débitos de ICMS normal nas saídas desses produtos, afirma que da análise da Planilha DEMONSTRATIVO – SUBST. TRIBUTÁRIA – FALTA DE ANTECIPAÇÃO TOTAL – RESUMO_2013, observa-se que foram compensados apenas os valores da antecipação parcial, registrando que não pode detalhar sua alegação, pois, o autuante não teria demonstrado analiticamente quais valores foram compensados na infração. Diz que não há indicação clara de valores dispostos nas planilhas.

Do que diz ser “excesso de poder na conversão da infração em multa pelo julgador”, começa registrando que decidiram os julgadores da 5ª Junta que a infração é inexistente, tendo em vista que o contribuinte deixou de recolher o tributo devido por substituição tributária, todavia recolheu o tributo devido pela sistemática normal, não havendo qualquer prejuízo ao Estado, e que nos termos do artigo 157 do Decreto nº 7629/1999, os membros da Junta de Julgamento Fiscal converteram a infração em multa prevista no artigo 42, II, “d” e § 1º da Lei nº 7.014/1996.

Registra que se equivocaram os Julgadores de piso na conversão da infração em multas, entendendo que não deixou de cumprir qualquer obrigação acessória, certo que, ao contrário, o descumprimento seria exclusivo de obrigação principal, qual seja: *O PAGAMENTO DO ICMS POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA!!*

Lembra que ainda que fosse possível a imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória, tal circunstância deveria considerar os valores pagos a título de antecipação parcial, com multa calculada sobre R\$240.258,40.

Por derradeiro, pede que seja reformada a decisão de piso para que seja declarado nulo o lançamento e, no mérito seja reconhecido como totalmente improcedente, tendo em vista que a 5ª JJF reconhece em seu julgamento a improcedência da infração inicial e com excesso de poder impõem multa ao recorrente. Alternativamente, para a hipótese de manutenção da multa, que sejam considerados os valores pagos a título de antecipação parcial, e tome por base o valor de R\$240.258,40.

Considerando que na assentada do julgamento do Recurso Voluntário, no dia 25 do corrente mês, os membros desta 2ª CJF, tendo em vista que a Recorrente em suas razões recursais alega que o Auto de Infração em lide estaria exigindo diferenças do ICMS-ST relativo à mercadorias que estariam sujeitas a redução da base de cálculo, de forma que a incidência do tributo fosse de 12%.

Este Colegiado, em decisão unânime, decidiu baixar o PAF em DILIGÊNCIA para que o Auditor fiscal Autuante tomasse as seguintes providências:

1. Analisasse todos os produtos constantes no demonstrativo de débito para verificar se é cabível a redução da base de cálculo, de forma que seja de 12%;
2. Se procedente a alegação do Contribuinte, fazer novo demonstrativo de débito;
3. Dar ciência ao Contribuinte do resultado da Diligência.

Na diligência realizada, às fls. 107/108, o Auditor Fiscal, incumbido do trabalho, relaciona os produtos constantes no demonstrativo de débito, com os NCM respectivos e, separadamente, os produtos contemplados com o benefício fiscal da redução da base de cálculo prevista no art. 266 do RICMS/12.

Aponta que somente as mercadorias com código NCM 7217 (Arame recozido e Arame Preto) e NCM 7314 (Tela los fio e Tela ondulada fio) estavam amparadas pela redução da base de cálculo prevista no RICMS/12, para asseverar que houve a correta aplicação da redução da base de cálculo para essas mercadorias, conforme consta no DEMONSTRATIVO – SUBS. TRIBUTÁRIA – FALTA DE ANTECIPAÇÃO TOTAL – LISTA DE NOTAS FISCAIS- 2013, contida na mídia CD, anexada à fl. 11.

Indicando, assim, que houve a correta aplicação da base de cálculo para essas mercadorias.

Regularmente intimado do resultado da diligência à fl. 109, o Contribuinte não se manifestou, lavrando-se o respectivo termo de ciência à fl. 111.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de nulidade)

Trata o presente de Recurso de Ofício e Voluntário, tempestivos, a rigor do art. 169 do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, o primeiro para o necessário reexame da desoneração concedida ao Contribuinte e o segundo com o propósito de o Sujeito Passivo se desobrigar do pagamento do imposto remanescente do valor exigido no presente Auto de Infração.

Em relação ao Recurso de Ofício, verifico que decorre da desoneração relativa à exigência de recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

Da análise dos autos, constato que não há reparo a se fazer na decisão de piso, vez que resta fartamente constatado que é indevida a exigência do imposto lançado no Auto de Infração em comento, nos termos da Lei nº 7.014/96, art. 42, §1º, porquanto constatado o seu recolhimento, sobejou apenas a aplicação da penalidade, em razão do descumprimento da obrigação acessória prevista no inciso II, alínea “d” do referido dispositivo, certo que o Sujeito Passivo deixou de apurar e recolher o imposto pela sistemática inerente às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, adotando, entretanto, o regime distinto de pagamento para as mesmas mercadorias, relacionada à apuração normal.

Portanto, por coadunar com a decisão de piso, voto no, sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, vejo que se cinge à apreciação das razões atinentes à decisão de primeiro grau que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração que, como já destacado, acusa o Sujeito Passivo de haver 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.

Cumpre destacar que a tese recursal alega, preliminarmente, cerceamento do direito de defesa do contribuinte em face de suposto erro de capitulação da infração e inconsistências nos demonstrativos que instruem o Auto de Infração.

No mérito, afirma o Recorrente que o Autuante desconsiderou a legislação que alarga a redução da base de cálculo dos produtos objeto da autuação, além do fato de que a Junta de Julgamento Fiscal cometeu excesso de poder na conversão da infração em multa por descumprimento de obrigação acessória.

Analizando a tese de nulidade do lançamento, entendo que assiste razão à Recorrente. Fato é que no que se refere ao demonstrativo fiscal é evidente que há equívocos na grafia das fórmulas lançadas pelo autuante. Tais equívocos, na melhor das hipóteses, impõem ao Contribuinte o exercício da adivinhação, pois, não é possível alcançar os números exigidos no Auto de Infração por meio de formulas que não levam a tal destino, certo que, como dito na decisão de piso, “... os erros de grafia das fórmulas não se refletiram no cálculo do imposto que foi apurado”.

Não se admite que um lançamento fiscal não seja absolutamente claro, sobretudo no que se refere à determinação do valor passível de exigência pelo fisco, nos termos do art. 39, III e IV, do RPAF, que dizem, inclusive da necessária e óbvia clareza que deve ter o lançamento.

Ademais, é inaceitável que se imponha ao Contribuinte um lançamento cujo demonstrativo e respectivas fórmulas levem a um cálculo incorreto do valor passível de exigência fiscal, pois, mantido o lançamento com flagrante equívoco, estar-se-ia a impedir o pleno exercício do

contraditório e do direito de defesa do contribuinte, pois, obviamente o Sujeito Passivo, por mais que se esforçasse, construiria defesa baseada em acusação equivocada e inconsistente, o que poderia lhe causar severos e irreparáveis prejuízos.

Na mesma linha, com respeito às compensações de valores recolhido indevidamente como antecipação parcial, nas entradas desses produtos, assim como os valores lançados pelo contribuinte com débitos de ICMS normal nas saídas desses produtos, vejo que o demonstrativo fiscal é pouco claro, não permitindo que o sujeito passivo conheça a origem dos números apostos nas ditas planilhas, culminando, mais uma vez, no cerceamento do direito de defesa do Recorrente.

Isto posto, acolho a preliminar de nulidade suscitada pelo Sujeito Passivo para julgar NULO o Auto de Infração em lide.

Vencido na votação quanto à nulidade, entendo que, no mérito, não cabe reparo à decisão recorrida, que considerou inválida a exigência do imposto lançado no presente Auto de Infração, tendo em vista o disposto no artigo 42 § 1º da Lei nº 7.014/96 que autoriza a dispensa da exigência do tributo na apurada falta do recolhimento da antecipação tributária, como ocorrida no caso em tela, quando comprovado que o Contribuinte, de regime normal, apurou e pagou o imposto nas operações de saídas posteriores, mantendo, contudo, a multa de 60% aplicada pelo Autuante, prevista na alínea “d” do inciso II do mesmo dispositivo legal.

Portanto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de nulidade)

Inicialmente, o Autuado questionou o enquadramento constante no Auto de Infração, o Art. 8º, II, e o Art. 23, §3º, da Lei nº 7.014/96, c/c o Art. 289 do RICMS/12, alegando que a norma só trata da obrigação de retenção do ICMS-ST na condição de substituto tributário, sendo que a irregularidade apontada teria ocorrido nas suas entradas e não nas suas saídas de mercadorias.

O argumento do Autuado não se sustenta, senão vejamos: o Art. 8º, II, da Lei nº 7.014/96, realmente trata da sujeição passiva nas operações de saída, mas o §4º do mesmo artigo especifica que o adquirente deverá efetuar o recolhimento do imposto relativo à substituição tributária das mercadorias relacionadas no Anexo 1. Não há como interpretar um dispositivo normativo sem a análise dos seus parágrafos, os quais servem para restringir ou alargar o enunciado do caput do artigo.

Além disso, todos os dispositivos devem ser interpretados de forma conjunta. O Art. 23, da Lei nº 7.014/96, trata da base de cálculo do imposto relativo à substituição tributária por antecipação e o Art. 289 do RICMS/12 se refere à toda a sistemática de substituição tributária.

Para reforçar este entendimento, o Art. 19 do RPAF/99 espanca a referida arguição de nulidade ao dispor que 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.

Em seguida, o Autuado arguiu a nulidade da autuação em função das fórmulas constantes do demonstrativo estarem em desacordo com os cálculos efetuados. Constatou que houve equívoco na grafia das fórmulas constantes do demonstrativo, mas tais erros não se refletiram no cálculo do imposto, efetuado corretamente, conforme plenamente demonstrado na decisão recorrida.

Ademais, o Autuado efetuou sua defesa de forma abrangente, tecendo detalhes quanto ao mérito da autuação e dos cálculos apresentados, demonstrando que não houve cerceamento do seu direito de defesa nem faltaram elementos para a determinação com segurança da infração, não ocorrendo a suscitada ofensa aos incisos II e IV do Art. 18 do RPAF/99.

Diante do exposto, rejeito as nulidades arguidas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto à preliminar de nulidade e, por unanimidade em relação ao mérito, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269511.3006/16-6, lavrado contra **TELEAÇO BAHIA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa percentual no valor de **R\$202.723,62**, prevista no art. 42, II, "d", c/c o com o seu § 1º, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de nulidade) – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, Elde Santos de Oliveira, Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Luís Augusto Fernandes Dourado e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO (Preliminar de nulidade) – Conselheiro: José Carlos Barros Rodeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Preliminar de nulidade)

MARCELO MATTEDEI SILVA - VOTO VENCEDOR
(Preliminar de nulidade)

LEÔNCIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGF/PROFIS