

PROCESSO - A. I. N° 210404.0009/19-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BRANOX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS LTDA.
RECORRIDOS - BRANOX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0132-04/20-VD
ORIGEM - INFACENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 01/04/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0017-12/21-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NO ESTADO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Razões de defesa elidem em parte a autuação. Em sede de Informação Fiscal o Autuante alterou o lançamento inicial de R\$582.187,39, para o valor de R\$413.050,06, com a concordância expressa do defendant. Rechaçado o pedido de alteração da multa aplicada de 150%, do art. 42, inc. V, “a” da Lei nº 7.014/96, para o percentual de 50%, do art. 42, inc. I, do mesmo diploma legal, por entender que é a devida na situação de falta de recolhimento do imposto (ICMS) retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Verificado, entretanto, que a multa constante do art. 42, inc. V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, foi modificada o percentual de 150% para o percentual de 100%, com a nova redação dada pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19, cabendo, portanto, com base no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, a aplicação retroativa da multa mais benéfica. Infração subsistente parcialmente. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de Recurso de Ofício e Voluntário interpostos em razão do acórdão da 4ª JJF nº 0132-04/20-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 11/11/2019, para constituir crédito tributário no valor de R\$582.187,39, conforme demonstrativo acostados à fl. 4 dos autos, com CD/Mídia à fl. 6, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 1 – 07.02.01: Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, relativo aos anos de 2015 e 2016 na forma dos demonstrativos de fl. 4 dos autos e CD/Mídia à fl. 6. Lançado ICMS no valor de R\$582.187,39, com enquadramento no art. 8º, inciso II, da Lei nº 7.014/96, c/c art.289 do RICMS/BA publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 150%, tipificada no art. 42, inc. V, “a” da Lei nº 7.014/96.

Às fls. 79/87 têm-se a Informação Fiscal do agente Autuante, onde traz de forma resumida os termos da autuação, para em seguida assim posicionar:

Relativamente ao ano de 2015, apresenta no formato de quadro os valores que remanesceram na autuação após as considerações de defesa. Da mesma forma, em relação ao ano de 2016, apresenta os valores que remanesceram na atuação após as considerações de defesa.

A 4^a JJF dirimi a lide conforme voto condutor abaixo transrito:

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, sendo o imposto, a multa e suas bases de cálculo, apurados consoantes os levantamentos através do demonstrativo de fl. 4, que faz parte integrante do CD/Mídia à fl. 6, em que considero suficientes para a formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, onde não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde.

No mérito, versa o presente PAF de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir imposto no montante de R\$582.187,39, decorrente da ocorrência da falta de recolhimento do imposto(ICMS) retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, relativo aos anos de 2015 e 2016, na forma do demonstrativo de fl. 4, dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 6, com enquadramento no art. 8º, inciso II da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 150% tipificada no art. 42, inc. V, “a” da Lei nº 7.014/96.

Assim dispõe o art. 8º, inc. II, da Lei nº 7.014/96, à época dos fatos geradores:

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado; (Grifos acrescidos)

No caso em tela, em relação ao mérito não há lide, vez que as arguições de improcedência da autuação, pelo sujeito passivo, decorrem de alguns valores apontados, no levantamento fiscal, relacionar a devoluções de vendas, bem assim, outros valores terem sido pagos, de fato, o imposto (ICMS) retido, na ocorrência dos fatos, que foram todas acatadas pelo agente Fiscal Autuante, em sede de Informação Fiscal às fls. 79/87, com a elaboração de novo demonstrativo de débito da autuação, alterando o valor histórico lançado de R\$582.187,39 para o valor de R\$413.050,06, à fl. 87 dos autos, e novo CD/Mídia de fl. 88, o que, também, foi acatado na sua literalidade, pelo Autuado, em conformidade com os termos destacado na fl. 98 da sua manifestação à Informação Fiscal citada.

Todavia, a irresignação do Autuado, diz respeito, eminentemente, à multa aplicada de 150%, pela ocorrência imputada na autuação, capitulada no dispositivo do art. 42, inc. V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, vigente à época dos fatos, que assim destaco:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

V - 150% (cento e cinquenta por cento) do valor do imposto:

a) retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente;

Diz que há um equívoco da Autoridade Fiscal em aplicar a multa de 150%, por se tratar de valores escriturados na EFD SPED-FISCAL e informados nas DMA's dos exercícios fiscalizados, conforme documentação acostada ao presente PAF, onde, ao seu entender, a multa correta a ser aplicada seria de 50% na forma do art. 42, inc. I, da Lei 7.014/96, “in verbis”.

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes:

I - 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares se o valor do imposto apurado tiver sido informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária;

Tendo informado o valor do ICMS a recolher, nas DMA's, através do sistema eletrônico de dados, nas datas previstas em lei e/ou regulamento, conforme cópias reprográficas (Anexo V), diz que a mesma não pode ser acusada de apropriação indébito, por ter comunicado a SEFAZ/BA, pelas vias normais – “DMA” e “SPED FISCAL” - os valores devidos, não recolhidos naquelas oportunidades por falta de saldo de caixa para tal.

Neste contexto, não é o que interpreto da legislação competente. Trata-se a imputação fiscal de falta de recolhimento do ICMS ST retido, relativo às operações internas subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, das mercadorias relacionadas à construção civil – “pias”, “válvulas”, “cubas”, “rolos” - constantes do Anexo I da Lei nº 7.014/96, correspondente ao imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes.

Observo, que não é o fato de o deficiente ter comunicado a SEFAZ/BA, pelas vias normais – “DMA” e “SPED

FISCAL” - os valores devidos, como argui na sua defesa, que minimiza a relevância da infração cometida. Sabe-se que, nas operações com vendas de mercadorias enquadrada na substituição tributária, como foi o caso dos autos, o adquirente já paga o imposto devido na operação ou operações subsequentes a serem realizadas, que o desobriga de efetuar qualquer recolhimento de imposto (ICMS) nas operações seguintes.

A falta de recolhimento do imposto (ICMS) retido nas operações objeto da presente autuação caracteriza uma falta grave, pois está, o sujeito passivo, locupletando de um valor pertencente ao Estado da Bahia, no caso em tela ICMS-ST, pago por outro Contribuinte de forma antecipada.

Neste sentido, entendo, portanto, que a exigência da multa está corretamente capitulada no dispositivo do art. art. 42, inc. V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96 na forma acima destacada.

Verifico, entretanto, que a multa constante art. 42, inc. V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, foi modificada o percentual de 150% para o percentual de 100%, com a nova redação dada pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19, cabendo, portanto, com base no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, “in verbis”, a aplicação retroativa da multa mais benéfica.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Em sendo assim, consoante o que se observa da acusação, estando devidamente capitulada a acusação fiscal na legislação pertinente e não vendo nada que desabone a alteração do lançamento inicial de R\$582.187,39, para o valor de R\$413.050,06, efetuada pelo Fiscal Autuante, inclusive, com a concordância expressa do deficiente, voto pela subsistência parcial da autuação, com a alteração da multa de 150% para o percentual de 100%, com base no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN. Infração subsistente parcialmente.

Desta forma o demonstrativo de débito do Auto de Infração, em tela, fica assim constituído:

Data Ocorr	Data Venceto	VL Histórico (R\$)	VL. Revisto (R\$)
31/01/2015	09/02/2015	188,67	0,00
28/02/2015	09/03/2015	844,04	380,98
31/03/2015	09/04/2015	1.273,86	266,96
31/05/2015	09/06/2015	717,75	0,00
30/06/2015	09/07/2015	217,20	0,00
31/07/2015	09/08/2015	493,96	71,99
31/08/2015	09/09/2015	452,41	108,11
30/09/2015	09/10/2015	868,22	0,00
31/10/2015	09/11/2015	1.174,36	1.123,92
30/11/2015	09/12/2015	978,56	86,27
31/12/2015	09/01/2016	911,38	61,76
31/01/2015	09/02/2016	43.778,81	187,60
31/03/2015	09/04/2016	65.112,06	70,95
30/04/2015	09/05/2016	1.221,42	183,99
31/05/2015	09/06/2016	74.633,50	73.789,55
30/06/2015	09/07/2016	49.422,03	411,89
31/07/2015	09/08/2016	61.944,41	61.913,57
31/08/2015	09/09/2016	61.101,83	60.771,91
30/09/2015	09/10/2016	56.144,86	55.343,91
31/10/2015	09/11/2016	53.074,20	52.855,72
30/11/2015	09/12/2016	51.927,54	50.588,12
31/12/2015	09/01/2017	55.706,32	54.832,86
Total da Infração		582.187,39	413.050,06

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

A 4ª JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

A recorrente interpôs Recurso Voluntário tecendo as seguintes razões recursais.

Não concorda a recorrente quanto a fundamentação dada no acórdão recorrido ao entender que o fato do contribuinte informar à SEFAZ/BA, através das DMA's e SPED Fiscal, os débitos do ICMS-ST não o exclui da situação de apropriação indébita.

Sinaliza que a situação aqui debatida, demonstra uma situação bastante diversa da que consta da

decisão da 4ª JJF. Transcreve o inciso I, do art. 42 da Lei nº 7014/96, que assim dispõe:

I - 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares se o valor do imposto apurado tiver sido informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária, (grifo nosso);

Informa que o valor do ICMS a recolher consta devidamente declarado nas DMA's e SPED Fiscal, através do sistema eletrônico de dados, nas datas previstas em lei e/ou regulamento, conforme cópias reprográficas, (anexo V da defesa) e que os valores devidos não foram recolhidos por falta de saldo de caixa para tal.

Salienta que a venda de mercadorias enquadradas no Regime-ST não implica necessariamente no recebimento do valor da ST pelo vendedor. Trata-se apenas, de uma retenção tão somente escritural, pois, o pagamento em mais de 90% (noventa por cento) é parcelado. Essa é a regra geral das relações mercantis entre indústrias e comércios.

Diz que resta patente que o vendedor não se apropriou indevidamente de recursos públicos. Nesse caso, ele teve tão somente uma promessa de pagamentos futuros pelos seus clientes dos valores de ICMS-ST sobre as operações, e que se dariam em um determinado lapso temporal, o que pode ser realizado ou não, a depender da situação de caixa do adquirente.

Explica que, diante de atrasos dos pagamentos pactuados pelos clientes, devido à crise que se assola no país durante vários anos consecutivos, a Autuada não pode recolher tempestivamente os tributos devidos. No entanto, os informou a SEFAZ/BA, através das transmissões eletrônicas do SPED Fiscal e DMA's, que em *“última ratio*, seria uma “denúncia espontânea”, tendo em vista, que a SEFAZ, emite o Débito Declarado, com a falta de pagamento após a entrega pelo contribuinte do DMA. No caso da Autuada, a SEFAZ não emitiu, no entanto, em outras oportunidades foram feitas as emissões e intimações para pagamentos. Neste diapasão, o Legislador baiano andou bem, ao inserir na Lei nº 7014/96, o seu art. 42, Inciso I, acima transscrito, é o que se pode inferir da norma ali contida. Pois, quem informa ao Ente Tributante a real situação do ocorrido, utilizando as vias legais, não pode ser incluído no rol dos sonegadores contumazes.

Diz que, como é cediço no princípio basilar da hermenêutica jurídica, não existem palavras mortas, nem inúteis na Lei. Se o Legislador previu a situação, não pode o intérprete mudar sua aplicação.

Roga que seja conhecido e provido o presente RECURSO, para que seja alterada a multa de 100% para 50%.

Registra-se a presença na sessão de julgamento, via videoconferência, o advogado do Autuado, Dr. Antonio Ramos Damasceno – OAB/BA nº 56.801 e o Sr. Coriolano Almeida Cerqueira que fizeram uso da palavra para sustentação.

Este é o relatório.

VOTO

Apreciando inicialmente o Recurso de Ofício, constato a sua admissibilidade, pelo fato de ter a decisão de piso desonerado o contribuinte em mais de R\$ 200.000,00, considerando as reduções vinculadas à infração única por falta de recolhimento do ICMS-ST.

A decisão de piso acatou as retificações realizadas pelo autuante, conforme novo demonstrativo anexo às fls.79/87 dos autos.

Verifico, pois, que as reduções estão devidamente consubstanciadas em provas materiais apresentados em sede de impugnação. A recorrida logrou êxito em provar que parte das operações lançadas haviam sido objeto de devolução, assim como demonstrou que parte do ICMS retido foi efetivamente recolhido, senão vejamos:

– Janeiro de 2016, valor de R\$ 41.832,79- Foi objeto de denúncia espontânea, conforme extrato

emitido pela SEFAZ/Ba, anexo II da impugnação.

- Março de 2016, o valor de R\$ 63.711,77 - Foi pago em 15/04/2016, conforme cópia do DAE e extrato de pagamento emitido pela SEFAZ/BA, anexo III da impugnação.
- Junho de 2016, o valor de R\$ 48.634,41- Foi pago em 15/07/2016, conforme cópia do DAE e extrato de pagamento emitido pela SEFAZ/BA, anexo III da impugnação.

Neste sentido, considero que as provas apresentadas constituem elementos capazes de elidir parcialmente a infração, visto que o lançamento original elaborado pelo fiscal autuante não consta deduzido os valores relativos às devoluções de vendas efetivadas no período, de sorte que não cabe qualquer reforma na decisão ora recorrida. Ademais importante salientar que as reduções ora sinalizadas foram devidamente acatadas pelo fiscal autuante.

Por último, a decisão de piso reduziu a multa aplicada capitulada no dispositivo do art. art. 42, inciso V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, considerando a nova redação dada pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19, que reduziu o percentual de 150% para 100%.

Assim, considerando que à época do referido lançamento a multa prevista era de 150%, portanto, acertada a decisão de piso que aplicou o princípio da retroatividade da lei mais benigna, prevista no art. 106, II, “c” do Código Tributário Nacional – CTN.

Isto porque, considerando que a conduta de falta de recolhimento do ICMS retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente, passou a ser apenada com menor gravame, deve ser aplicado o percentual vigente de 100% a este lançamento fiscal.

Diante do acima exposto, não há reparos na decisão de piso. Voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso de Ofício.

Avançando agora na análise do presente Recurso Voluntário, percebo que o apelo do contribuinte se restringe a pleitear a recapitulação legal da multa aplicada para a prevista no inciso I, do art. 42 da Lei nº 7014/96, que assim dispõe:

I - 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares se o valor do imposto apurado tiver sido informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária;

Isto porque, entende a recorrente que considerando que todo o valor lançado consta devidamente declarado em sua DMA e em sua Escrita Fiscal, a capitulação legal melhor aplicável seria o dispositivo acima mencionado, cuja multa é de 50% e não 100% como restou julgado pela decisão de piso.

Salienta inclusive a recorrente, que não obstante destacado em documento fiscal, o referido valor não foi financeiramente retido visto que, na maioria dos casos, os pagamentos realizados por estes clientes são parcelados.

Assim, ainda que verossímeis as alegações defensivas, não são elas, contudo, suficientes para fundamentar uma recapitulação da multa aplicada, tendo em vista que para a infração cometida, devidamente reconhecida, consta tipificada no art. 42, inciso V, “a” da Lei nº 7.014/96, que assim dispõe: *“V - 100% (cento por cento) do valor do imposto: a) retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente;”*

A penalidade aplicada resta devidamente configurada, pois na sistemática da substituição tributária o inadimplemento do tributo retido (ICMS-ST), caracteriza **locupletamento** ilícito, considerando o evidente acréscimo patrimonial em detrimento de outrem, sem que para isso tenha um fundamento jurídico.

Ainda que tenha trazido como justificativa o pagamento parcelado, não se pode afastar que o recurso advindo da retenção de tributo é de terceiros, ainda que não esteja vinculada à uma operação à vista. Operações parceladas implicam em reconhecimento explícito de dívida, não sendo, portanto, fundamento para se afastar a penalidade aplicada.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Presente Recurso Voluntário.

Este é o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 210404.0009/19-0, lavrado contra **BRANOX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$413.050,06**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96, com a nova dada pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS