

PROCESSO - A. I. Nº 279462.0017/19-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e VIA VAREJO S/A.
RECORRIDOS - VIA VAREJO S/A e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0281-04/20-VD
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/08/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0162-11/21-VD

EMENTA: ICMS. MULTA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. A alteração do levantamento ou demonstrativo em sede de informação fiscal, para acolher argumentos da defesa do contribuinte, não implica em novo lançamento ou lançamento suplementar, mas em modificação legal prevista pelo art. 145, inciso I do CTN. Rejeitada a preliminar, considerando que não foram demonstrados vícios suficientes para macular a autuação. As reduções promovidas pela JJF, acolhendo parcialmente a impugnação não merecem reparos porque somente reconheceram o que se percebeu ser efetivamente indevido na autuação, decotando os valores respectivos do demonstrativo que compõe o lançamento. Compete à recorrente demonstrar objetivamente o que entende errado na decisão de primeiro grau que acolhe parcialmente a sua impugnação. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntário e de Ofício, interpostos em face do Acórdão nº 0281-04/20-VD da 4ª JJF deste CONSEF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 19/12/2019, com as seguintes características:

Período fiscalizado: 01/01/2017 a 31/12/2018

Infração 01 – 07.15.05 – Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

Conforme consta nas planilhas Demonstrativo do ICMS Devido por Antecipação Parcial – Exercícios 2017 e 2018, Anexo I.

Valor histórico: R\$ 9.455.423,41. Multa de 60%.

Enquadramento legal: art. 12-A da Lei 7.014/96.

Multa aplicada: art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei 7.014/96.

Após a instrução processual, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu:

VOTO

O lançamento tributário sob apreciação foi consignado que o intuito de exigir crédito tributário no montante de R\$9.455.423,41 em decorrência da seguinte acusação: “Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Conforme consta nas planilhas Demonstrativo do ICMS Devido por Antecipação Parcial – Exercícios 2017 e 2018, Anexo I”.

Inicialmente, com fulcro no Art. 147, inciso I, alínea “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, indefiro o pedido de realização de diligência formulado pelo autuado, por entender que se encontram presentes nos autos todas as informações necessárias à formação do meu

convencimento como julgador. Ademais, o autuado em três oportunidades distintas, se pronunciou nestes autos, o que o fez, de forma minuciosa e detalhada, de modo que, ao meu entender, se esgotou a necessidade de se buscar novas informações para consubstanciar o julgamento.

Por oportuno, não vejo sentido em conversão do PAF em diligência para que o autuado apresente seus controles internos de apuração do imposto a título de antecipação parcial, visto que, a apuração fiscal foi efetuada com base na Escrituração Fiscal Digital declarada pelo mesmo, e não com base em seus controles internos, os quais, se porventura subsidiassem ou elucidassem alguma dúvida, caberia ao autuado apresentá-los para efeito de conferência pelas autuantes, o que não foi feito.

Em sua defesa o autuado alegou que não ocorreu uma verificação aprofundada pelas autuantes quanto ao efetivo recolhimento da antecipação parcial, apenas foi presumido que não houve recolhimento por essa modalidade.

Não é o que vejo nos autos. Está fartamente demonstrado, por cada documento fiscal ingressado no estabelecimento do autuado, os cálculos devidos a título de antecipação parcial, totalizados mensalmente, isto é, por cada período de apuração, do qual foi considerado, como dedução, os valores efetivamente pagos pelo autuado, sob o código de receita 2175, quer tempestivamente ou não, de acordo com o constante no banco de dados da SEFAZ, consoante se verifica nos demonstrativos juntados aos autos, especialmente o constante às fls. 465 e 466.

Portanto, o lançamento tributário não está respaldado em mera presunção, consoante afirmado pelo autuado, mas, levado a efeito com base da Escrituração Fiscal Digital declarada pelo mesmo.

A afirmação do autuado de que procedeu ao recolhimento da antecipação parcial relativamente às notas fiscais constantes das planilhas anexas ao Auto de Infração, se confirma em parte, na medida em que, conforme já assinalado acima, todos, absolutamente todos os pagamentos realizados pelo autuado sob o código de receita 2175 – Antecipação Parcial, foram considerados pelas autuantes em sua apuração. Aliás, o autuado não trouxe aos autos qualquer comprovação da existência de algum pagamento que deixou de ser considerado no levantamento fiscal.

De maneira que os argumentos de nulidade trazidos em sede de Defesa, não se sustentam, até porque, foram realizadas duas reduções no valor do lançamento original, e em ambas as ocasiões o autuado foi notificado e se pronunciou a respeito das mesmas.

Desta forma, passo ao exame do mérito da autuação, no qual contém também argumentos que serão apreciados envolvendo as duas situações, preliminar e mérito, tendo em vista que os argumentos apresentados conduzem a essa necessidade.

Em sua primeira manifestação processual o autuado observou e destacou que em relação as ocorrências relacionadas ao exercício de 2017, julho a dezembro, a apuração pelas autuantes não foi feita com base no art. 322, § 2º do RICMS/BA, redação vigente à época, que determinava que o recolhimento do imposto a título de antecipação parcial deveria ocorrer até o dia 25 do mês subsequente ao mês de emissão do documento fiscal, enquanto que as autuantes consideraram o mês de apuração do próprio imposto, o que foi inevitável o desencontro entre a apuração que realizou e aquela realizada pelas autuantes, que considerou o próprio mês da emissão do documento fiscal.

Já em relação aos períodos de 2018, janeiro, fevereiro, maio, agosto e setembro, observou que a antecipação parcial deve ser paga até o dia 25 do mês subsequente ao mês da emissão do Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais – MDF-e, enquanto as autuantes consideraram o mês de entrada do documento fiscal.

Tais equívocos foram reconhecidos pelas autuantes quando da Informação Fiscal que retificaram o lançamento adequando o exercício de 2017 para a data da emissão do documento fiscal, e para o exercício de 2018 a data da entrada da mercadoria constante na EFD, fl. 458, visto que o Manifesto Eletrônico de Documento Fiscal é sempre emitido em data igual ou superior a data da emissão do documento fiscal, situação esta que não trouxe qualquer prejuízo ao autuado.

Com estes procedimentos, foram elaboradas novas planilhas de apuração débito, sendo reduzido o valor original na ordem de R\$9.455.423,41 para R\$6.645.504,36.

Instado a se manifestar a respeito do resultado apresentado através da Informação Fiscal, o autuado ao se pronunciar destacou que as notas fiscais indicadas na acusação fiscal foram parcialmente substituídas, resultando na redução da multa na forma acima indicada.

Neste sentido argumentou que as autuantes reconheceram a insubsistência do Auto de Infração na medida em que os fatos por elas narrados, entradas de mercadorias no território baiano, sequer se enquadravam na acusação fiscal de inadimplemento da antecipação parcial e na conduta legalmente tipificada no Auto de Infração.

Em outras palavras, asseverou que exerceu seu direito de defesa considerando o teor original do Auto de

Infração e seus anexos, não podendo as autuantes modificarem o ato administrativo de modo a substituir as operações sobre as quais faz incidir imposto, sob pena de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, estando, desta maneira, diante de um Auto de Infração completamente diferente e não apenas diante de uma modificação formal. Com isso considera ser inquestionável a nulidade do Auto de Infração por equívocos reconhecidos pelas próprias autuantes, cuja correção, no curso do litígio administrativo, modificou a estrutura material do lançamento tributário.

Com o devido respeito não posso acolher os argumentos defensivos acima esposados. Isto porque, não houve substituição de operações sob as quais fez incidir o imposto. O que ocorreu, em verdade, foi uma adequação dos documentos fiscais constantes do lançamento inicial às datas de recolhimento da antecipação parcial, em atendimento, corretamente, dos próprios argumentos defensivos apresentados, à luz do quanto previsto pelo Art. 332, § 2º do RICMS/BA. Portanto, por não vislumbrar violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa no procedimento adotado pelas autuantes, deixo de acolher o pedido de nulidade do Auto de Infração em função das reduções proferidas pelas autuantes quando da Informação Fiscal prestada.

Ainda quando da manifestação pelo autuado em relação à Informação Fiscal prestada pelas autuantes, foi suscitado que em relação ao mês de setembro/18 as autuantes deixaram de considerar mercadorias classificadas sob os códigos da NCM 8471.3012, 8471.3019, 8471.6052 e 85.17.6241, que possuem alíquota de 12% em face da redução da base de cálculo prevista pelo Art. 266, XIII “d” e “j” do RICMS/BA.

Tal fato foi analisado pelas autuantes que afirmaram assistir razão em parte ao autuado, em relação aos itens parafusadeira, carga tributária de 8,80% - Convênio 52/91, a macbook air, ipad apple, notebook dell, kit dell, roteador D-Link, todos com alíquota de 12% previsto pelo art. 266, XIII, enquanto que aos produtos furadeira profissional, aparador de pelos e furadeira de impacto foram mantidas a tributação com base na alíquota de 18%.

Com isto, apresentou novos demonstrativos de débito reduzindo o valor exigido para R\$6.641.347,67 conforme demonstrativo à fl. 507, o qual acolho, na medida em que em relação as correções levadas a efeito pelas autuantes, assiste razão ao autuado em seus argumentos, já que na apuração inicial foi considerada incorretamente a alíquota de 18% ao invés da de 12% incidente nas respectivas operações.

Adiante, no item 33 da Manifestação, o autuado arguiu outro equívoco da lavra das autuantes, visto que, em relação aos meses de fevereiro e setembro/18 os novos demonstrativos apresentam diversos itens que correspondem a mercadorias oriundas do Estado do Amazonas, adquiridas com isenção do ICMS, apresentando, a título de ilustração, algumas notas fiscais.

Explicou que a nota fiscal de venda é emitida pelo estabelecimento localizado no estado do Amazonas com o CFOP 6105 – Venda de produção do estabelecimento que não deva por ele transitar, entretanto as mercadorias são remetidas pelo armazém geral, localizados em outros Estados.

Disse que as autuantes, para efeito de cálculo da antecipação parcial, consideraram a nota emitida pelo armazém geral e não a nota de aquisição emitida pelo vendedor localizado no Estado do Amazonas, não incidindo, destarte, a exação sobre mercadorias cujas operações internas sejam acobertadas por isenção.

As autuantes destacaram que a nota fiscal considerado como exemplo, a de nº 221.661 emitida pela Sony da Amazônia, veio sem destaque do ICMS, com o código CFOP 6105 – Venda de produção do estabelecimento que não deve por ele transitar, e que não se tem conhecimento que as operações com eletroeletrônicos e aparelhos de telefonia, provindos da Zona Franca de Manaus, tenham benefício de isenção do ICMS.

Com efeito, vejo no registro à fl. 475v que o documento fiscal foi emitido com a observação de que se trata de mercadoria isenta de ICMS, apesar de se tratar de uma operação interestadual, sem constar a indicação da base legal para tal benefício fiscal, enquanto que o autuado também não se dispôs a citá-lo.

O fato é que, conforme bem pontuado pelas autuantes, as mercadorias foram remetidas para armazém geral situado em outra unidade da Federação, e nesta condição, à luz do contido no Art. 467, § 2º “d” e § 4º, compete ao armazém geral, no ato da saída da mercadoria emitir nota fiscal em nome do destinatário, com destaque do imposto devido, portanto, não se trata de operação isenta do ICMS e o cálculo da antecipação parcial deve ser efetuado com base no documento fiscal emitido pelo armazém geral, o qual contém o destaque do imposto, consoante fizeram, corretamente, as autuantes.

Desta maneira, mais uma vez deixo de acolher os argumentos de nulidade suscitados pelo autuado através das manifestações ocorridas nos autos e, no mérito, após acolher as alterações levadas a efeito pelas autuantes, julgo parcialmente subsistente o presente Auto de Infração no valor de R\$6.641.347,67 conforme demonstrado à fl. 507 destes autos.

Por fim, não pode ser atendido o pedido de redução ou cancelamento da penalidade aplicada tendo em vista que as Juntas de Julgamento Fiscal não possuem competência para tal fim, enquanto que tal penalidade contém previsão expressa em Lei.

Em conclusão voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração.

A Junta interpôs Recurso de Ofício e, o contribuinte, por sua vez, regularmente intimado, interpôs Recurso Voluntário, da forma a seguir indicada.

Inicialmente argui a nulidade do lançamento tributário entendendo que existem incertezas com relação à determinação da acusação fiscal, que não busca a exigência de valores a título de principal (exigência de ICMS), limitando-se ao lançamento da multa de 60% (sessenta por cento) do valor do ICMS supostamente não antecipado, tipificada no artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei (BA) nº 7.014/96.

Afirma que a própria autoridade administrativa conclui em seu procedimento de fiscalização que as operações sujeitas à antecipação parcial do ICMS foram normalmente tributadas quando da saída das mercadorias do estabelecimento da Recorrente, discorrendo ainda sobre a sistemática do regime de antecipação parcial para afirmar que a acusação de falta de pagamento da antecipação parcial serve apenas como base para a cominação da penalidade prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei (BA) nº 7.014/96, uma vez que a conduta típica corresponde a não recolher o imposto devido por antecipação parcial.

Sustenta não haver lançamento de ICMS, mas, apenas aplicação de penalidade relacionada ao descumprimento de obrigação acessória, sendo a penalidade aplicada simplesmente moratória, reproduzindo ainda excerto de Paulo de Barros Carvalho sobre o assunto, além de reproduzir dispositivos da legislação estadual, repetindo que não houve falta de recolhimento do imposto, uma vez que foi recolhido nas saídas posteriores.

Alega que o autuante não realizou verificação aprofundada quanto ao efetivo recolhimento do ICMS e que tem apontado ao longo do PAF que, nas operações ocorridas entre junho e dezembro de 2017, o art. 332, § 2º do RICMS/BA vigente, previa que a antecipação parcial deveria ser paga até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão da nota fiscal, porém, o prazo regulamentar muitas vezes não se mostrava suficiente para que as mercadorias chegassem ao seu estabelecimento, o que acabava provocando o recolhimento após o dia previsto, circunstância que independia de sua vontade e a penalizava com multa e juros, situação que considera injusta e gravosa.

Reforça que a sistemática era incompatível com a dinâmica comercial dos contribuintes, sobretudo a sua, tanto que o dispositivo foi alterado pelo Decreto nº 18.085/17, cuja redação se encontra ainda vigente, transferindo o início do prazo de recolhimento para o momento da emissão do Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais (MDF-e), que normalmente coincide com a entrada no estabelecimento destinatário.

Reproduz o dispositivo mencionado, relatando que a partir de então passou a apurar e recolher a antecipação parcial do ICMS regularmente e sem a necessidade de acréscimos moratórios em cumprimento da nova redação da regulamentação.

Aponta que o lançamento considerou a redação original do dispositivo para todo o período autuado, como reconhecido na manifestação de fls. 448/466, equívoco corrigido quanto ao exercício 2018, após a conversão do feito em diligência, o que resultou na redução do montante lançado a título de multa punitiva, de R\$9.455.423,41 para R\$6.645.504,36, ou seja, uma redução de 30% (trinta por cento).

Ressalta, entretanto a persistência de equívocos no novo demonstrativo fiscal, que majoraram a base de cálculo da multa, como a desconsideração de benefícios fiscais aplicáveis a parte das operações autuadas.

Reforça que a autoridade administrativa, em resposta à segunda manifestação da recorrente promoveu nova retificação do demonstrativo fiscal, para o fim de reduzir o valor histórico do débito para R\$6.641.347,67, o que entende como o reconhecimento da insubsistência do Auto de Infração, sob a ótica da estrita legalidade tributária, porque os fatos narrados (entradas de mercadorias no território baiano) não se enquadravam na acusação fiscal de inadimplemento da antecipação parcial e na conduta legalmente tipificada no Auto de Infração.

Sustenta assim que há nulidade no Auto de Infração, considerando que as modificações perpetradas pela autoridade administrativa revelam vícios materiais do ato de lançamento tributário. Alega que exerceu seu direito de defesa considerando o teor original do Auto de Infração, não podendo a autoridade administrativa modificar o ato administrativo de modo a substituir as operações sobre as quais faz incidir o imposto, fazendo com que esteja agora diante de um Auto de Infração completamente diferente e não apenas de uma modificação formal, já que foram alteradas as próprias operações que constituiriam fato gerador da antecipação parcial.

Reclama ainda a nulidade do Auto de Infração, após a segunda diligência, por exigir multa punitiva sobre uma base de cálculo equivocada e majorada, questionando o acórdão da 4ª JF que teria afastado a hipótese, apesar da contundência dos seus fundamentos, transcrevendo o trecho que aborda o assunto.

Diz que o acórdão ignora que o lançamento continua pautado em mera presunção de ausência de pagamento do ICMS-Antecipado, sem analisar se o recolhimento ocorreu em período posterior àquele considerado pela autuante. Cita Ives Gandra da Silva Martins para reforçar que o uso da presunção é repudiado pela doutrina, destacando que mesmo admitida em casos específicos não pode ser utilizada sem esgotar os meios para apuração da verdade material, reproduzindo lição de Cristiano Carvalho.

Discorre sobre o objetivo do processo administrativo fiscal, reforçando a necessidade de se pautar no princípio da verdade material, destacando ainda o ônus probatório que recai sobre a autoridade administrativa, citando lições de Vitor Hugo Mota de Menezes e Gabriel Lacerda Troianelli acerca da necessidade de a Administração envidar todos os esforços para comprovar a ocorrência do fato gerador.

Reproduz ainda o art. 142 do CTN, dissertando sobre o ato de lançamento e suas características.

Insiste na nulidade do Auto de Infração por equívocos reconhecidos pela própria autuante, que teria corrigido os mesmos no curso do litígio, modificando a estrutura material do lançamento tributário, o que violaria os princípios do contraditório e da ampla defesa, destacando que ainda persiste incerteza no lançamento porque mesmo após tais alterações ainda existiram irregularidades.

Ilustra essas inconsistências em relação aos meses de fevereiro e setembro de 2018, cujos quais os novos demonstrativos eram compostos por itens que correspondem a mercadorias oriundas do Estado do Amazonas, adquiridas com isenção do ICMS, conforme consta das notas fiscais abaixo reproduzidas, que constam do corpo do seu recurso.

Chave de Acesso		Número NF-e		Versão	
13-1801-43.447.044/0001-77-55-023-000.212.661-151.101.477-5		212661		3.10	

Dados da NF-e					
Modelo	Série	Número	Data de Emissão	Data Saída/Entrada	Valor Total da Nota Fiscal
55	23	212661	18/01/2018 10:30:04-03:00		5.851,05

Emitente			
CNPJ	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
43.447.044/0001-77	Sony Brasil Ltda	062000160	AM

Destinatário			
CNPJ	Nome / Razão Social	Inscrição Estadual	UF
33.041.260/1394-05	VIA VAREJO S/A	105978389	BA
Destino da operação	Consumidor final	Presença do Comprador	
2 - Operação Interestadual	0 - Normal	9 - Operação não presencial (outros)	

Dados dos Produtos e Serviços				
Num.	Descrição	Qtd.	Unidade Comercial	Valor(R\$)
1	KD-49X705E TELEVISOR EM CORES COM TELA DE CRISTAL LIQUIDO	3,0000	PC	5.851,05

Código do Produto	Código NCM	Código CEST
00000000018861000	85287200	2107300
Indicador de Escala Relevante	CNPJ do Fabricante da Mercadoria	Código de Benefício Fiscal na UF
Código EX da TIPI	CFOP	Outras Despesas Acessórias
	6105	
Valor do Desconto	Valor Total do Frete	Valor do Seguro

ICMS Normal e ST	
Origem da Mercadoria	Tributação do ICMS
4 - Nacional, com produção em conformidade com processo produtivo básico previsto na legislação	40 - Isenta
Valor ICMS desoneração	

Diz que, nestes casos, a nota fiscal de venda, a exemplo do documento fiscal reproduzido acima, é emitida pelo estabelecimento localizado no Estado do Amazonas, indicando o CFOP nº 6105 (“Venda de produção do estabelecimento que não deva por ele transitar”). Porém, as mercadorias são remetidas pelo armazém geral, localizados em outros Estados, o que consta em suas “informações complementares de interesse do contribuinte”, abaixo reproduzida.

Informações Complementares de Interesse do Contribuinte	
Descrição	
As mercadorias saíram do armazém geral: Penske Logistics do Brasil Ltda End: Av.Ribeirao dos Cristais, 800 Cajamar-SP CNPJ:65.849.838/0029-09 \ I.E: 241.030.670.113 PEDIDO CLIENTE: PF0109062 NUMERO DO PEDIDO: 1702165839 CODIGO DO CLIENTE: 0160006229 GRUPO DO VENDEADOR: HXC ENDEREÇO DE COBRANCA: R JOAO PESSOA 83 CENTRO SAO CAETANO DO SUL SP 09520-010 DELIVERY 1: 1706290058 DOCNUM: 9110386 SHIPMENT: 7261712	

Relata que a autoridade administrativa considerou a nota fiscal emitida pelo armazém geral, e não a nota fiscal de aquisição, emitida pelo vendedor localizado no Estado do Amazonas, como se pode observar, por exemplo, no demonstrativo fiscal (fevereiro de 2018), abaixo reproduzido.

	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K	L	M
1	Mes Emiss	Dta Emiss	Mês E	Dta EFD	NumE	CNPJ_Rem	Cl	CF	Ité	Coditem	NCM	Descritem	
3	jan-18	18/01/2018	fev-18	01/02/2018	215681	65.849.838/0029-09	SP	'000'	2949	1	001-004084306	'85287200'	TV 49 LED UHD 4K SONY KD-49X705E DTV/WIFI
4	fev-18	01/02/2018	fev-18	06/02/2018	2799	16.417.780/0004-52	PE	'000'	2949	1	001-003957691	'85287200'	TV 55 LED UHD 4K LG 55UJ6300 DTV/USB/WIFI
5	fev-18	01/02/2018	fev-18	06/02/2018	2800	16.417.780/0004-52	PE	'000'	2949	1	001-003957691	'85287200'	TV 55 LED UHD 4K LG 55UJ6300 DTV/USB/WIFI
6	fev-18	06/02/2018	fev-18	06/02/2018	2800	16.417.780/0004-52	PE	'000'	2949	2	001-003957691	'85287200'	TV 55 LED UHD 4K LG 55UJ6300 DTV/USB/WIFI
7	fev-18	01/02/2018	fev-18	06/02/2018	2802	16.417.780/0004-52	PE	'000'	2949	1	001-003955931	'85287200'	TV 24 LED HD LG 24MT49S-PS USB/WIFI
8	fev-18	01/02/2018	fev-18	06/02/2018	2805	16.417.780/0004-52	PE	'000'	2949	1	001-003958752	'85287200'	TV 55 OLED UHD 4K LG 55B7P DTV/USB/WIFI
9	fev-18	01/02/2018	fev-18	06/02/2018	2807	16.417.780/0004-52	PE	'000'	2949	1	001-003955907	'85287200'	TV 49 LED FHD LG 49U5550 DTV/USB/WIFI
10	fev-18	01/02/2018	fev-18	06/02/2018	2808	16.417.780/0004-52	PE	'000'	2949	1	001-003955907	'85287200'	TV 49 LED FHD LG 49U5550 DTV/USB/WIFI
11	fev-18	01/02/2018	fev-18	06/02/2018	2811	16.417.780/0004-52	PE	'000'	2949	1	001-003955907	'85287200'	TV 49 LED FHD LG 49U5550 DTV/USB/WIFI
12	fev-18	02/02/2018	fev-18	06/02/2018	2850	16.417.780/0004-52	PE	'000'	2949	1	001-004084306	'85287200'	TV 49 LED UHD 4K SONY KD-49X705E DTV/WIFI

Observa que o artigo 12-A, caput e § 1º, inciso I, da Lei (BA) nº 7.014/96 é expresso ao determinar que, do valor da Antecipação Parcial, é deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição (cf. caput), não incidindo a exação sobre as mercadorias cujas operações internas sejam acobertadas por isenção (cf. inciso I do § 1º), reproduzindo-o em seguida para concluir pela ausência de razão no acórdão, quando desconsidera a isenção do ICMS na apuração parcial, entendendo equivocadamente que o seu cálculo deve ser efetuado com base no documento fiscal emitido pelo armazém geral.

Conclui ratificando a insubsistência do lançamento e também a sua nulidade, por violação ao art. 142 do CTN, requerendo o provimento do recurso para reformar o acórdão recorrido, anulando o lançamento ou então cancelando a exigência em sua totalidade ou, no mínimo, mantendo a redução do Auto de Infração com o desprovimento do Recurso de Ofício interposto.

Os autos foram a mim distribuídos para apreciação.

VOTO

Conheço dos recursos, porque atendidos os pressupostos normativos.

Antes de examinar o Recurso de Ofício, entendo ser pertinente apreciar a preliminar de nulidade arguida pela recorrente, por entender que as reduções promovidas em sede de diligência correspondem ao reconhecimento de vícios materiais no lançamento ou de que a multa de infração estaria sendo exigida sobre base de cálculo equivocada.

Sem razão, contudo.

De acordo com o art. 145 do CTN, o lançamento regularmente notificado só pode ser modificado em função de impugnação do sujeito passivo, Recurso de Ofício ou, por iniciativa da autoridade administrativa, nas hipóteses previstas no art. 149 do CTN.

No presente caso, a modificação decorre da impugnação oferecida pela recorrente, que logrou êxito em comprovar a inexistência de parte das irregularidades consideradas no lançamento tributário, ou seja, equivale ao reconhecimento da procedência de parte das alegações defensivas da autuada, não havendo que se falar em nulidade.

Também não vejo razão na alegação que houve cobrança sobre base de cálculo equivocada e/ou majorada. A primeira informação fiscal, de fls. 448-456, é clara ao acolher os argumentos da recorrente quanto à data considerada como fato gerador da antecipação parcial no exercício 2018, destacando a autuante ter adotado a data de entrada da mercadoria constante na EFD, para não prejudicar a contribuinte, considerando que nem todas as notas fiscais do exercício possuíam a data de emissão do MDF-e, e que esta normalmente é igual ou posterior à emissão do documento fiscal.

Na mesma linha, a segunda informação fiscal, de fls. 501-506, reconhece a existência de itens com redução de base de cálculo nos demonstrativos, porém, é exatamente em função disso que ocorre nova redução do valor da autuação, constando os demonstrativos de valor ajustado às fls. 507-508 e a respectiva média às fls. 509.

Ocorre que, a manifestação posterior da recorrente, de fls. 512-517 somente repete boa parte dos argumentos já existentes na impugnação (fls. 23-46) e na manifestação apresentada após a primeira informação fiscal (fls. 471-477) sem apontar qualquer fato ou elemento novo ou irregularidade remanescente para suportar a alegação de nulidade ou de utilização de base de cálculo equivocada e/ou majorada na autuação.

Em outras palavras, a recorrente não demonstrou, sequer por amostragem, tampouco apontou qualquer dificuldade em fazê-lo, a existência de itens com base de cálculo reduzida no levantamento fiscal, após os ajustes realizados pela autuante. Assim, forçoso rejeitar a preliminar de nulidade, haja vista não possuir qualquer fundamento fático ou jurídico.

Ora, o lançamento atendeu às formalidades legais, tendo a recorrente exercitado com êxito, aliás, o seu direito à ampla defesa e ao contraditório em primeira instância, motivo pelo qual fora reduzido razoavelmente o montante cobrado.

Todavia, a decisão que reconhece a procedência parcial da impugnação não equivale a um lançamento suplementar, logo, não cabe a afirmação de que a defesa apresentada possuía autuação com objeto diverso, pois, o que houve foi apenas a justa correção que é própria do contencioso administrativo, inclusive.

Destaque-se também que a multa prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 não se refere à ausência de recolhimento ou recolhimento extemporâneo do ICMS, mas, pelo descumprimento do prazo regulamentar de antecipação parcial, obrigação que não se extingue ou é compensada pelo recolhimento na etapa posterior de saída, conforme dispositivos abaixo:

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

...

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

...
d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;

Logo, inexistentes as incertezas sugeridas, rejeito a preliminar de nulidade.

Quanto ao mérito, entendo que os Recursos Voluntário e de Ofício se imbricam, não havendo razões para apreciá-los em separado. As preliminares rejeitadas, por sua vez, reforçam que parte da pretensão da recorrente já foi acolhida, sendo certo que foram expurgados do Auto de Infração os valores referentes aos itens que gozavam de base de cálculo reduzida no período fiscalizado, assim como também foi ajustado o demonstrativo de débito, para considerar o fato gerador da antecipação parcial, a partir do exercício de 2018, em momento coerente com o que foi postulado na impugnação.

E, neste ponto, não vejo razão para modificar a decisão de primeiro grau, haja vista que as modificações implementadas amoldam o ato administrativo à legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, reforçando a higidez da autuação naquilo que persistiu.

A recorrente não apontou, ainda que por amostragem, a continuidade de equívocos quanto ao correto momento em que a antecipação parcial se tornou devida, em função da nova redação do § 2º, do art. 332 do RICMS vigente à época, em razão da alteração promovida pelo Decreto nº 18.085/17. Também não apontou qualquer item com base de cálculo reduzida que tenha permanecido no lançamento após os ajustes.

Aliás, tais pontos do acórdão somente foram atacados como fundamentos para decretação da nulidade de todo o Auto de Infração, sob a falsa premissa de que a procedência parcial da impugnação ocasionou um lançamento diferente daquele que deu origem ao presente processo administrativo, o que já se demonstrou não ser o que aconteceu.

Destarte, as reduções promovidas pela JJF, acolhendo parcialmente a impugnação não merecem reparos porque somente reconheceram o que se percebeu ser efetivamente indevido na autuação, decotando os valores respectivos do demonstrativo que compõe o lançamento.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Subsiste, entretanto, em relação ao Recurso Voluntário, a alegação de que foram incluídos no Auto de Infração itens que gozam de isenção do ICMS, oriundas do Estado do Amazonas, porém, remetidos por armazéns gerais, localizados em outros Estados e que foram os responsáveis pela emissão das notas fiscais correspondentes.

Mas não vejo como prosperar a pretensão da recorrente também neste ponto. A recorrente invoca o disposto no § 1º, do art. 12-A da Lei nº 7.014/96 e seus incisos, desconsiderando que o mesmo se refere às mercadorias cuja operação **interna** é acobertada por isenção, não-incidência ou antecipação ou substituição tributária com encerramento de fase da tributação, o que não é o caso.

A recorrente adquiriu produto de fornecedores situados em um Estado diverso daquele em que se encontram localizados os bens e que também não é o do destinatário, ou seja, trata-se de operação interestadual engendrada por armazém geral/operador logístico também situado fora da Bahia. Sendo assim, não se trata de operação isenta e corresponde a hipótese para a qual o RICMS contém previsão expressa de destaque do imposto pelo armazém geral, contando ainda com a declaração de sua responsabilidade pelo recolhimento do imposto (art. 467, §§ 2º, I, “d” e 4º do RICMS).

A nota sem o destaque do imposto, nos termos do § 1º, do art. 467 do RICMS, é aquela emitida pelo depositante quando da saída da mercadoria do armazém. A informação fiscal de fls. 501-506 é suficientemente clara neste ponto e foi este o entendimento acertadamente adotado pela Junta de Julgamento Fiscal.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário interpostos e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279462.0017/19-1**, lavrado contra **VIA VAREJO S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da penalidade pecuniária no valor de **R\$6.641.347,67**, prevista pelo Art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96 com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS