

PROCESSO - A. I. Nº 279757.0009/20-9
RECORRENTE - DROGARIA SÃO PAULO S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JJF nº 0073-01/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/01/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0350-12/21-VD

EMENTA: ICMS. MULTA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. SAÍDAS POSTERIORES TRIBUTADAS. O autuado reconhece o não recolhimento da antecipação tributária. O suposto valor superior recolhido por ocasião da subsequente saída realizada, não afasta a presente exigência fiscal. Demonstrativo revisado para correção das MVA's aplicadas. Decadência do direito da Fazenda Pública em exigir os créditos tributários relativos ao período de janeiro a maio de 2015. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o presente auto de infração, lavrado em 02/06/2020, formalizando a exigência de MULTA no valor total de R\$ 133.155,68, em razão das seguintes infrações imputadas ao autuado:

Infração 01 (07.01.03) - multa sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no valor de R\$125.654,24, ocorrido nos meses de janeiro a dezembro de 2015, prevista na alínea "d" do inciso II e § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

Infração 02 (07.01.03) - multa sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a aquisições internas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no valor de R\$7.501,44, ocorrido nos meses de janeiro a agosto de 2015, prevista na alínea "d" do inciso II e § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 20 a 30. Os autuantes apresentaram informação fiscal nas fls. 70 a 73. A JJF proferiu o seguinte voto condutor

VOTO

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

O presente auto de infração, trata da exigência de multa sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a aquisições internas e interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

Da análise do demonstrativo de débito, observo a ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública exigir o crédito tributário neste auto de infração, em relação aos fatos geradores anteriores a junho de 2015. De acordo com o Ofício PGE/PROFIS/NCA nº 03/2017, acolhido pelo Gabinete do Procurador Geral do Estado, conforme Parecer GAB LSR 09/2017, devido a reiteradas decisões judiciais, é sugerido que a Administração Fazendária reformule suas rotinas de trabalho, a fim de que a notificação regular do contribuinte acerca do lançamento de ofício se ultime ainda no curso do prazo decadencial e que seja reconhecido, ainda na esfera administrativa, que o lançamento do crédito tributário somente se considere concretizado, para fins de afastamento do cômputo decadencial, quando efetuada a respectiva intimação ao contribuinte.

O autuado declarou a ocorrência do fato jurídico tributário e apurou o montante do imposto supostamente devido. Na presente reclamação de crédito não ficou caracterizada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação praticada pelo autuado, que justificasse a diferença exigida. Desse modo, com fundamento no § 4º do art. 150

do CTN, conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, até a data da ciência do auto de infração pelo autuado.

A intimação do autuado acerca da lavratura do presente auto de infração, somente ocorreu no dia 15/06/2020, conforme documento acostado à fl. 16. Desse modo, já havia decaído o direito de a Fazenda Pública exigir os créditos tributários referentes ao período de janeiro a maio de 2015. Sendo, portanto, excluída deste auto de infração, a exigência fiscal desse período nas duas infrações.

O pedido de afastamento da exigência de multa pela falta de pagamento do imposto devido por antecipação tributária não pode ser deferido, em razão de suposto incremento da arrecadação decorrente da tributação ocorrida na operação subsequente.

A previsão de exigência de multa na situação narrada está prevista no § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, conforme a seguir:

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”;

De fato, foi constatado pelos autuantes a ocorrência de equívoco na aplicação da MVA que incidiu sobre às aquisições efetuadas pelo autuado, constantes nos demonstrativos de débito das infrações 01 e 02. Os autuantes refizeram os demonstrativos aplicando as MVA's vigentes no § 17 do art. 289 do RICMS, vigentes à época dos fatos geradores, conforme demonstrativo à fl. 72.

Entretanto, em decorrência da decadência do direito de a Fazenda Pública exigir o crédito tributário nos meses de janeiro a maio de 2015, a infração 01 fica reduzida para R\$64.976,67, referente às exigências contidas no demonstrativo de fl. 72, com data de ocorrência de junho a dezembro de 2015, e a infração 02 fica reduzida para R\$1.396,26, referente às exigências contidas no demonstrativo de fl. 72, com data de ocorrência de junho a agosto de 2015.

Assim, voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do auto de infração, ficando a exigência fiscal reduzida para R\$66.372,93.

Os advogados da recorrente apresentam o inconformismo às fls. 96 a 103, tecendo os mesmos fatos da autuação, conforme segue:

- Tempestivamente refuta a **síntese da Impugnação Administrativa**, onde diz que demonstrou: “(i) a ausência de prejuízo ao Fisco Estadual, esclarecendo sobre a operação executada pela Recorrente e o recolhimento do tributo estadual; (ii) a ausência de suporte fático para a imposição da penalidade e do recolhimento superior ao efetivamente devido; bem como (iii) o equívoco na aplicação do percentual de Margem de Valor Agregado (“MVA”) imposta pela legislação no cálculo do ICMS-Antecipação, e a necessidade de observância à legislação em vigor na data do fato gerador (artigo 144 do CTN)”
- Salienta que a JJF **decidiu pela Procedência Parcial** do Auto de Infração, no qual observou “a ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública exigir o crédito tributário neste auto de infração, em relação aos fatos geradores anteriores a junho de 2015”, conforme o “fundamento no § 4º, do art. 150 do CTN, conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, até a data da ciência do auto de infração pelo autuado”, no qual excluíram os fatos geradores de janeiro a maio de 2015. Diz ainda a ocorrência do equívoco na aplicação da MVA que incidiu sobre às aquisições efetuadas pelo autuado, constantes dos demonstrativos de débito de ambas as infrações, sendo que os autuante refizeram os demonstrativos “aplicando as MVA's vigentes no § 17 do art. 289 do RICMS, vigentes à época dos fatos geradores”;
- Alega **ausência de prejuízo ao Fisco, esclarecendo sobre a operação efetuada pela ora recorrente e o efetivo recolhimento**. Pontua que fora um o mero equívoco formal cometido pela empresa que resultou em um recolhimento a maior do ICMS-Antecipado. Explica que ao receber as mercadorias em seu estabelecimento - tanto aquelas oriundas de operações internas quanto de operações interestaduais -, é obrigada, em virtude do disposto no artigo 294 do Decreto Estadual nº 13.780/2012, a recolher o ICMS por Antecipação em relação às aquisições de

produtos que não são alcançados pela substituição tributária;

- Esclarece que acabou realizando operação cuja carga tributária final é superior àquela que a Fiscalização Estadual busca exigir da empresa: “i) Na entrada das mercadorias em seu estabelecimento em território baiano, a Recorrente se apropriou do crédito de ICMS, tanto nas operações interestaduais, quando nas internas; ii) Após a entrada, a Recorrente utilizou, equivocadamente, o código incorreto para a Antecipação do ICMS, tendo realizado o recolhimento antecipado com o cálculo da operação final (Substituição tributária - Final), aplicando a Margem de Valor Agregado (“MVA”) aos valores das mercadorias; iii) Ato contínuo, em razão de ter lançado incorretamente o código da Antecipação Tributária, acabou, por sua vez, se creditando do valor pago a título de ICMS- Antecipação Parcial, anulando-se o débito tributário; iv) Ao final, a Recorrente, na operação final relativa à venda de mercadorias, acabou debitando o valor do ICMS devido, compensando-o, na apuração do imposto estadual, com o crédito decorrente da entrada (em virtude do princípio da não-cumulatividade, na forma do artigo 25 da Lei Complementar Federal nº 87/1996”.
- Traz novamente ilustração sobre toda a operação (Operações realizadas pela DPSP e a Correta). Explica que o recolhimento do ICMS nesta operação, no entendimento da Fiscalização Estadual, deveria ter sido tão somente antecipado no momento em que ocorreu a entrada da mercadoria no estabelecimento da empresa, sem que houvesse a metodologia de crédito/débito, o que não se mostra vantajoso ao próprio Erário Estadual e, inclusive, demonstra que não houve qualquer prejuízo ao Estado da Bahia, pois a tributação da operação da empresa de acordo com o entendimento da Fiscalização Estadual, com a carga tributária considerada ao final, ao ser comparada, a carga tributária resultante de cada uma das operações, resta evidente que a Recorrente, em decorrência do equívoco cometido, acabou sendo mais onerada do que seria caso tivesse observado o entendimento da Fiscalização;
- Pontuou que a aludida quantia paga a maior pela Recorrente representa um acréscimo de mais de 2% (dois por cento) do valor do ICMS que seria devido caso tivesse apenas recolhido o ICMS-Antecipação. Em outras palavras, não há qualquer prejuízo ao Fisco Estadual caso se considere o recolhimento da Recorrente, o qual, inclusive, foi efetuado a maior que o efetivamente devido. Pede pela reforma da decisão de piso.
- Alega **ausência de suporte fático para imposição da penalidade**. Informa que a Recorrente recolheu o imposto estadual, inclusive, a maior do que efetivamente teria recolhido na forma como entende a Fiscalização Estadual, é certo que este fato, por si só, afasta o suporte fático sobre o qual a Autoridade Lançadora fundamentou a presente infração;
- Diz que o FISCO quando procedeu o lançamento tributário que ora se impugna, impôs a Multa Formal sobre suposta constatação fática de que a Recorrente não teria recolhido o ICMS devido na operação. Repete que a falta de recolhimento de imposto - foi completamente afastada, logo não merece subsistir a multa aplicada pela Autoridade Fazendária, devendo este Julgador afastá-la por completo;
- Diz que restou evidenciado que a penalidade imposta à Recorrente, por supostamente não ter observado o dispositivo regular que determina a Antecipação do ICMS deve ser afastada, porquanto não houve qualquer prejuízo ao Erário Estadual, inclusive pelo fato de que a carga tributária resultante da operação realizada pela empresa é deveras superior àquela considerada pela Fiscalização Estadual e, logo, não deve subsistir a motivação sobre a qual a Autoridade Lançadora impôs a multa, devendo ser afastada por completo;

Ao final requer a reforma parcial da decisão de Primeira Instância, para que o crédito tributário em cobrança. Solicita que seja oportunizada a Recorrente, para a realização de sustentação oral, nos termos do art. 163 do Decreto nº 7.629/99 e que todas as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas exclusivamente por meio do DT-e e, cumulativamente, direcionadas ao endereço do estabelecimento físico da Recorrente.

É o relatório.

Registro a presença na sessão de julgamento do advogado do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sr. Lucas Azevedo Fonseca - OAB/SP nº 384.875.

VOTO

No presente Auto de Infração, trata-se de Recurso Voluntário apresentado pelo contribuinte, que se contrapõe à decisão recorrida da 1ª JJF, que julgara pela Procedência Parcial referente a duas imputações, sendo reduzida, sob o argumento de decadência dos fatos geradores de janeiro a maio de 2015, e que foram ajustadas algumas MVAs em relação a alguns produtos, corrigidas pelos fiscais autuantes.

O contribuinte tece na fase recursal os mesmos fatos da defesa, que aqui reproduzo resumidamente:

Esclarece sobre a operação efetuada pela ora recorrente e o efetivo recolhimento, explicando que há um mero equívoco formal cometido pela empresa autuada (utilização do código incorreto), no qual resultou em recolhimento a maior do ICMS-Antecipado, pois o mesmo diz ser obrigado a recolher o imposto antecipado em relação às aquisições de produtos que não são alcançados pela substituição tributária, em virtude do disposto no artigo 294 do Decreto Estadual nº 13.780/2012. Explicou também que a metodologia aplicada, no qual afirmou que não houve as deduções crédito/débito, o que não se mostra vantajoso ao próprio Erário Estadual, inclusive, diz demonstrar que não houve qualquer prejuízo ao Estado da Bahia;

Vejo que essa alegação já se torna superada, o próprio recorrente reconhece o erro e afirma não ser vantajoso para o Estado, então, presumo ter sido vantajoso para o contribuinte. Na alegação de que há produtos que não são alcançados pelo regime ST, o patrono do recorrente não aponta qual seria a mercadoria/produto.

Informo também que os exemplos dos cálculos apontados pelo contribuinte na fase defensiva já foram alterados pelos fiscais autuantes, vide fl. 72, no qual reduziram o Auto de Infração de R\$ 133.155,68, para R\$66.372,93.

Para a alegação de ausência de suporte fático para imposição da penalidade, pois afirma que efetuou recolhimento a maior do que efetivamente teria recolhido. Para este argumento, não encontrei nenhuma evidência de pagamento a mais, no entanto, o contribuinte pode entrar com processo de indébito junto à SEFAZ para reaver o devido pagamento pago a maior.

Para este questionamento de afastamento da multa aplicada, até poderia reduzir ou cancelar caso este órgão julgador tivesse tal competência, o qual não temos mais, devido à publicação da Lei nº 14.183/2019, que revogou o § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, o qual continha a possibilidade de redução ou dispensa de multa por descumprimento de obrigação acessória. O outro fato, é que o Auto de Infração foi lavrado em 02/06/2020, tendo petição defensiva após a lavratura e após a revogação de redução e cancelamento da multa, seja ela qual for, por descumprimento ou por obrigação principal.

Verifica-se que a multa aplicada está respaldada conforme legislação vigente, com previsão no § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96:

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”;

Quanto ao pedido de que todas as intimações relativas ao presente feito sejam realizadas exclusivamente por meio do DT-e, e cumulativamente, direcionadas ao endereço do estabelecimento físico da Recorrente, informo que todas as intimações são realizadas conforme o art. 163 do Decreto nº 7.629/99.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, mantendo na íntegra a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279757.0009/20-9**, lavrado contra **DROGARIA SÃO PAULO S.A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento de multa percentual no valor de **R\$ 66.372,93**, prevista na alínea “d”, do inciso II, § 1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratório previstos na Lei nº 3.956/81.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2021.

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS