

PROCESSO - A. I. N° 298628.0986/22-5
RECORRENTE - OI S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0192-02/23-VD
ORIGEM - DAT / IFMT METRO / POSTO FISCAL HONORATO VIANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/04/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0104-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DO REGIME DE DIFERIMENTO. MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DAE OU CERTIFICADO DE CRÉDITO. ATIVO FIXO E/OU CONSUMO. Pagamento do Auto de Infração antes do encerramento do prazo para impugnação não se configura em denúncia espontânea, mas o seu valor deve ser reduzido na forma determinada pelo Art. 45 da Lei nº 7.014/96. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado no trânsito de mercadorias em 28/10/2022, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 05.01.01: Falta de recolhimento do ICMS em operação com mercadorias enquadradas no regime de diferimento em situação onde não é possível a adoção do referido regime, desacompanhadas de DAE ou Certificado de Crédito, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 53.582,40, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96.

A 2ª JJF julgou Procedente o Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0192-02/23-VD (fls. 158 a 162), com base no voto a seguir transcrito:

“Como acima relatado, o presente Auto de Infração conduz uma só infração à legislação tributária, tipificada pelo código fiscal 050.001.001 (falta de recolhimento de ICMS em operação com mercadorias enquadradas no regime de diferimento em situação onde não é possível a adoção do referido regime, desacompanhadas de DAE ou Certificado de Crédito.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documentos autuados às fls. 05, 06 e 18, bem como do que se depreende das manifestações defensivas, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, determinada com segurança, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma regulamentar e com os requisitos legais (fls. 03-10), bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

De logo observo tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Os representantes do autuado impugnaram o Auto de Infração alegando: a) Preliminar de nulidade por

entender se enquadrar na situação tipificada no art. 18, IV, “a”, do RPAF, vez que a autoridade fiscal autuante “não indicou qual das (inúmeras) alíneas do inciso V, do art. 332, do RICMS/BA, a pretensa infração estaria fundamentada, sendo esta informação extremamente necessária para análise da defesa da Impugnante”, não lhe cabendo adivinhar acerca dos débitos que lhe são imputados; **b)** Caso ultrapassada a preliminar, a autuação merece ser cancelada, caso os anteriores argumentos não sejam acolhidos, ao menos deverá ser afastada a penalidade ou reduzida em 70% como previsto no art. 45, inciso I da Lei nº 7.014/96.

Compulsando os elementos autuados e argumentos de acusação e defesa, passo a analisar o caso.

Para dirimir a questão preliminar, com meus destaques, cabe a seguinte normativa:

Lei 7014/96

Art. 32. O imposto será recolhido junto à rede bancária autorizada, entidades públicas ou privadas conveniadas, ou ao agente arrecadador da rede própria, **no local da ocorrência da operação ou prestação tributável, no prazo e formas estabelecidos pelo regulamento ou convênio firmado.**

RICMS-BA

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

...
V - antes da saída das mercadorias, nas seguintes operações, inclusive quando realizadas por contribuinte optante pelo Simples Nacional, observado o disposto no § 4º deste artigo:

...
n) com sucatas de metais, papel usado, aparas de papel, ossos, ferro-velho, garrafas vazias, cacos de vidro e fragmentos, retalhos ou resíduos de plásticos, de borracha, de tecidos e de outras mercadorias;

RPAF

Art. 19. 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.

...
Art. 31-E. A apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos constitui procedimento fiscal destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato.

Parágrafo único. - Tratando-se de apreensão de mercadorias, uma vez lavrado o Termo de Apreensão, este perderá a validade se, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, não for lavrado o Auto de Infração correspondente, devendo ser considerada encerrada a ação fiscal e podendo o sujeito passivo recolher o débito espontaneamente.

...
Art. 95. No caso de o contribuinte, antes do início de qualquer procedimento fiscal, procurar espontaneamente a repartição fazendária de sua circunscrição para comunicar irregularidade ou recolher tributo não pago na época própria, ...

Art. 96. O contribuinte que denunciar espontaneamente o seu débito terá o prazo de até 5 (cinco) dias úteis, contado da sua protocolização, para quitá-lo ...

Pois bem. Observando os elementos de prova autuados e confrontando as alegações defensivas com a normativa reproduzida, é de se constatar a ineficácia das alegações defensivas pelas seguintes razões:

A uma, porque a NF-e 35180 emitida em 27/10/2022 pela empresa autuada sob o protocolo de autorização de uso 129220348817426 e objeto da ação fiscal acoberta a circulação de “sucatas”.

A duas, porque a circulação da mercadoria (sucata) objeto da autuação exige o recolhimento do imposto devido antes da saída do estabelecimento emitente da NF-e (Lei 7014/96: Art. 32 c/c art. 332, V, “a”, do RICMS-BA.

A três, porque, além de não ser dado a ele desconhecer o Direito que envolve o caso, os fatos narrados pelos Impugnantes, especialmente o pagamento do valor principal da obrigação tributária, ainda que em data posterior à da lavratura do Termo de Apreensão que iniciou a ação fiscal (respectivamente 27 e 28/10/2022), contrariam a alegada promoção do exercício de adivinhação acerca dos débitos que lhe são imputados, pois, ademais de indicar o pleno entendimento sobre a infração acusada, comprovam o sofisma da alegação defensiva.

A quatro, porque, da clara descrição dos fatos se evidencia o certo enquadramento legal da exação fiscal nos dispositivos citados (art. 32 da Lei 7014/96 c/c art. 332, V, do RICMS-BA), de modo que simples ausência de citação da letra “n” do art. 332 do RICMS-BA em nada prejudica os direitos das partes na relação jurídica da

qual resultou o lançamento tributário em apreço, nem maculou o pleno exercício ao direito de defesa do Impugnante, não sendo isto, motivo para decretação de nulidade do Auto de Infração, conforme art. 19 do RPAF:

*Art. 19. 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.***

Afasto, pois, a preliminar de nulidade suscitada.

Quanto ao mérito do caso, igual com o visto na preliminar superada, as alegações defensivas apenas confirmam o acerto da autuação. Isto porque:

A uma, porque, ainda que feito em data posterior ao início da ação fiscal, além de desconstituir o conceito jurídico da “denúncia espontânea” e, por consequência, não se beneficiar das vantagens que lhe são próprias (RPAF: Art. 95), denotam pleno reconhecimento do cometimento da infração acusada e, por consequência, da exigência fiscal.

A duas, porque o próprio pedido subsidiário de redução do valor da multa em 70, apenas reforça o reconhecimento exposto no ponto anterior, tendo em vista o pagamento dentro do limite de prazo estipulado para tanto.

Portanto, infração subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 172 a 180), no qual, após um breve relato dos fatos, alegou que a exigência mantida não merece prosperar, especialmente porque, o ICMS cobrado na presente autuação foi quitado em 28/11/2022 [28/11/2022] (Doc. 05 da Impugnação), data em que tomou ciência da autuação e do vencimento do Documento de Arrecadação Estadual.

Afirmou que não há qualquer razão para a manutenção da presente autuação, nos termos do Art. 107-B, § 1º do Código Tributário do Estado da Bahia e do Art. 156, I do Código Tributário Nacional.

Acrescentou que, na remota hipótese de não serem acolhidos os argumentos acima desenvolvidos – o que se vislumbra apenas em razão do princípio da eventualidade – ao menos deverá ser afastada a multa fundamentada no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, a qual só deveria ser aplicada nos casos em que ocorresse qualquer hipótese de infração diversa das previstas na Lei nº 7.014/96 que culminasse no descumprimento de obrigação tributária principal sem dolo do contribuinte.

No entanto, como o ICMS incidente na operação realizada foi integralmente quitado, não há que se falar em descumprimento de obrigação tributária principal, de modo que a exigência de multa é totalmente descabida, não devendo perder de vista que, ainda que assim não fosse, o Art. 45, I da Lei nº 7.014/96 prevê a redução de 70% (setenta por cento) do valor multa aplicada no Auto de Infração, se houver pagamento do crédito tributário antes do encerramento do prazo da impugnação, hipótese aplicável aos autos.

Pugnou pelo conhecimento e provimento do presente Recurso Voluntário para reforma do Acórdão JJF nº 0192-02/23-VD, de modo que a ação fiscal seja julgada improcedente, determinando-se, assim, o imediato cancelamento do Auto de Infração.

Registro a presença da advogada do Autuado, que acompanhou a sessão de julgamento, Dra. Karyn Resinentti Noronha, OAB/RJ nº 171.824.

VOTO

Da análise dos fatos descritos no processo, observo que o Auto de Infração, lavrado no trânsito de mercadorias, exige imposto e multa pela falta de recolhimento do ICMS em operação com mercadorias enquadradas no regime de diferimento em situação onde não é possível a adoção do referido regime, desacompanhadas de DAE ou Certificado de Crédito.

O Autuado não contestou o cometimento da infração, alegou apenas ter efetuado o pagamento assim que tomou conhecimento da autuação, em 28/10/2022, requerendo a sua extinção pelo

pagamento, nos termos do Art. 107-B, § 1º do COTEB, e do Art. 156, I do CTN, ou o afastamento da multa aplicada ou a sua redução em 70%, conforme determina o Art. 45, I da Lei nº 7.014/96.

Verificamos que o pagamento foi efetuado com o código de receita 0767 (fls. 125 e 126), tendo a 2ª JJF determinado a realização de Diligência para alterar o código de receita para 1755 – ICMS AUTO DE INFRAÇÃO e alterar o campo de referência de 10/2022 para incluir o número do Auto de Infração: 298628.0986/22-5, o que foi efetivado (fls. 135 a 152), possibilitando a homologação daquele pagamento no Auto de Infração.

Tendo em vista que o pagamento, realizado em 28/10/2022 às 16:56 hs, ocorreu após a lavratura do Termo de Apreensão, em 27/10/2022, e até após a lavratura do Auto de Infração, em 28/10/2022 às 14:59 hs, não há denúncia espontânea, pois conforme o Art. 95 do RPAF/99, a denúncia espontânea só se caracteriza quando efetuada antes do início de qualquer procedimento fiscal.

Não havendo denúncia espontânea, somente há a extinção pelo pagamento quando o pagamento vier acompanhado da multa e dos acréscimos legais, também não havendo previsão legal para afastar a aplicação da multa, a qual é devida, porque no momento da constatação da infração, o imposto não havia sido recolhido.

Sendo assim, o pagamento efetuado restou proporcionalizado entre principal e multa, tendo sido aplicada a redução da multa no percentual de 90%, prevista no § 1º, do Art. 45 da Lei nº 7.014/96, em relação à parcela paga, de acordo com o que consta no extrato de débito do sistema SIGAT (fls. 154 e 192), tendo incidido acréscimos entre a data da autuação e a data da consulta ao sistema SIGAT, conforme demonstrado abaixo:

Descrição	ICMS	Acréscimos	Multa	Valor Total
Valor do Auto de Infração	53.582,40	-	32.149,44	85.731,84
Valor c/ Redução de Multa de 90%	53.582,40	-	3.214,94	56.797,34
Apropriação do Pagamento (94% do Total)	50.549,44	-	3.032,96	53.582,40
Diferença Devida em 28/10/2022	3.032,96	-	1.819,78	4.852,74
Diferença Devida em 27/10/2023	3.032,96	382,15	1.819,78	5.234,89

Destaco que não há previsão legal para afastamento ou redução além das hipóteses aqui citadas.

Diante do exposto, comungo do entendimento manifestado pela Decisão recorrida e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser homologado o pagamento realizado, de forma que seja reduzido o valor ainda devido.

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** o Auto de Infração nº 298628.0986/22-5, lavrado contra OI S.A., no valor de **R\$ 53.582,40**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser cientificado o recorrente desta decisão, encaminhado ao setor competente para a homologação do pagamento realizado e posteriormente arquivamento do PAF.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de março de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS