

PROCESSO - A. I. N° 207095.0503/14-4
RECORRENTE - RMR AGROINDÚSTRIA, COMÉRCIO, ATACADISTA, BENEFICIAMENTO E EMPACOTAMENTO DE CEREAIS - EIRELI
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0238-03/15
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/04/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0051-11/17

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. FALTA DE RECOLHIMENTO. 4. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A contagem do prazo Decadencial relativo a operações tributáveis declaradas como não tributáveis, tem início a partir do primeiro dia do exercício seguinte do qual deveria ter sido efetuado o lançamento. Mantida a Decisão. 5. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS ISENTAS NO MERCADO INTERNO. 6. ALÍQUOTAS. APLICAÇÃO INDEVIDA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Contribuinte elide parcialmente as acusações fiscais. Acolhida a Decadência para os lançamentos do período 01/01/2009 a 30/08/2009. Infrações parcialmente subsistentes. Não acatada a nulidade suscitada. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime quanto às infrações 1, 2, 3, 4 e 6. Decisão por maioria. Vencido o voto do relator quanto à aplicação da decadência na infração 5.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida através do Acórdão nº 0238-03/15, que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 09/09/2014, o qual exige ICMS no valor de R\$86.829,71, acrescido de multas em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 07.01.01 - deixar de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA, nos meses de março, abril, maio e julho de 2010, no valor de R\$8.439,92, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - 07.01.02 - efetuar recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA, nos meses de outubro de 2009 e agosto de 2010, no valor de R\$1.389,82, acrescido da

multa de 60%;

Infração 03 - 07.15.02 - efetuar recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente a mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, nos meses de agosto e dezembro de 2009, valor de R\$1.588,84, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 - 06.01.01 - falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, no valor de R\$45.712,13, acrescido da multa de 60%, nos meses de outubro e novembro de 2009, janeiro, março, abril, junho a setembro, novembro e dezembro de 2010;

Infração 05 - 02.01.03 - deixar de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a julho, setembro a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, no valor de R\$11.653,32, acrescido da multa de 60%;

Infração 06 - 01.05.03 - deixar de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Mercadorias com redução de base de cálculo em 100% no mercado baiano (arroz e feijão) foram devolvidas por empresas situadas em outras unidades da Federação, nos meses de abril a setembro e dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, no valor de R\$14.547,67, acrescido de multa de 60%;

Infração 07 - 03.02.02 - efetuar recolhimento a menos do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro e fevereiro de 2009, no valor de R\$3.498,01, acrescido da multa de 60%.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou impugnação (fls. 96/110), concentrando sua defesa na existência de diversas nulidades na autuação fiscal, tendo o autuante, às fls. 128/137, prestado a informação fiscal de praxe, contestando as teses defensivas.

Em pauta suplementar, a JJF converteu o processo em diligência para a INFAZ (fl. 176), objetivando que a Inspeção intimasse o autuado e, fazendo entrega dos demonstrativos elaborados pelo autuante, concedeu-lhe o prazo de 30 dias, para que sobre eles se manifestasse, encontrando-se, às fls. 182/197, a nova manifestação do sujeito passivo.

Prosseguindo, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal julgou na linha da procedência do processo administrativo fiscal, com Decisão de teor adiante transcrito:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir crédito tributário consubstanciado na apuração de 07 (sete) infrações: (1) falta de recolhimento e (2) recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA; (3) recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente a mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização; (4) falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento; (5) falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas; (6) deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo; (7) efetuou recolhimento a menos do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O defendente suscitou nulidade sob o fundamento de que a insuficiência dos elementos de prova, a falta de clareza e precisão na descrição das infrações, a inexistência de demonstrativo de cálculos para fundamentar o quanto argüido, e ainda, aqueles demonstrativos que foram colacionados ao Auto de Infração não apresentaram informações essenciais para o enquadramento dos atos nas respectivas infrações e estes vícios teriam cerceado o exercício pleno do seu constitucional direito ao contraditório e a ampla defesa.

Analizando os elementos que compõem o presente processo, constato que esta alegação não se sustenta, considerando que consta dos autos documentos comprobatórios de que, além de Reunião Prévia à lavratura do Auto de Infração onde foram apresentadas ao sujeito passivo, as planilhas que serviram de base a autuação,

fls.19/20, possibilitando a este oferecer provas contrárias às irregularidades apontadas, existem os e-mail-s trocados entre as partes, onde se faz referência a tais eventos, fls. 78/80.

Vejo que todos os demonstrativos que serviram de base para cada infração estão anexados ao PAF e foram recebidos pelo preposto do autuado, conforme faz prova documento fls.19/20, procuração fl.21. Neste documento está textualmente descrito: "elaborei uma pasta de trabalho contendo as planilhas abaixo, ora colocado à disposição do contribuinte, com o intuito de encontrar a verdade material dos fatos tributáveis, e poder, se for o caso, reclamar o valor devido ao erário após amplo conhecimentos das partes.

Observe que os citados demonstrativos estão devidamente detalhados, com as informações necessárias e suficientes para lhe possibilitar a ampla defesa e o contraditório. As informações requeridas pelo autuado estão presentes nas planilhas, fls. 30/77.

Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal. O autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveu as infrações, fundamentando-as com a indicação de seus cálculos, dos documentos e demonstrativos específicos, assim como, indicou o fundamento de direito.

Não há objetivo protesto quanto aos dados e valores autuados, uma vez que, além da genérica preliminar de nulidade, o Impugnante apenas se limita a alegar a inexistência de demonstrativos, quando os mesmos se encontram todos apensados ao PAF.

Vejo que o procedimento fiscal atende as normas regulamentares, em especial por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99, ressaltando que os documentos fiscais dos quais derivou a autuação foram apresentados pelo próprio contribuinte, portanto não vislumbro qualquer vício que possa inquinar de nulidade o lançamento tributário de ofício.

Rejeito a preliminar de nulidade suscitada e não havendo óbice ao direito do contribuinte, com fulcro no art. 147, I, "a", do RPAF/99, indefiro o pedido de diligência, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores e por ser destinado a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente.

No mérito, o autuado nas razões defensivas não rebateu objetivamente qualquer das infrações, limitando-se a se referir à infração 05 para reclamar de falta de clareza no demonstrativo que lhe dá suporte e que o autuante deveria conceder o respectivo crédito fiscal das operações ali apontadas. Na infração 07 disse que o enquadramento legal praticado pelo auditor fiscal, não esclarece qual a acusação que lhe foi imputada e que o demonstrativo carecia de informações essenciais, como a identificação dos itens e o estado de origem da mercadoria.

Registro que ao contrário do que alega o defendente, conforme já apreciado neste voto quando analisadas as preliminares argüidas, as planilhas demonstrativas destas infrações não possuem qualquer tipo de obscuridade ou falta de informação, visto que contêm todos os dados necessários á compreensão do sujeito passivo. Quanto à solicitação de crédito fiscal, saliento que as notas fiscais concernentes as operações arroladas nestas infrações, possuem redução de base de cálculo de 100% nas operações internas, portanto o autuado não possui direito a qualquer crédito no que diz respeito a estes itens da autuação.

O autuante em sede de informação fiscal explicou que na infração 06, o autuado revendeu em operações interestaduais, mercadorias beneficiadas no mercado baiano com redução de 100% da base de cálculo (feijão e arroz), aplicando corretamente a alíquota de 12%. No entanto, ocorreram algumas devoluções, e o contribuinte deixou de estornar a proporcionalidade do crédito conforme demonstrado no papel de trabalho, fl.30, email de 27/07/2014 fl.78. Informou que por lapso, deixou de anexar a citada planilha analítica ao processo, assim como, a confirmação de recebimento por parte do autuado, mas que o fez no momento da informação fiscal, fls.139/145, com cópia para o contribuinte, reabrindo o prazo de defesa.

Com relação a infração 07, afirmou que o autuado realizou venda interna para contribuintes não inscritos no CAD-ICMS, diversas mercadorias tributadas com redução 100% da base de cálculo. Entretanto, as mercadorias Alpiste Dular e Alpiste Tio Neco, que também possuíam isenção, a partir de 18/fev/2009, passaram a ser tributadas, conforme demonstrado no papel de trabalho, fls. 33/34.

Em razão dos novos elementos apensados aos autos pelo autuante, em pauta suplementar, foi deliberado por esta 3ª JJF, que o Auto de Infração fosse convertido em diligência fl.176, com reabertura do prazo de defesa requerido pelo autuado, para que este, querendo, se manifestasse.

Devidamente intimado, fls.178/179, decorrido o prazo regulamentar, o autuado limitou-se a repetir suas alegações da defesa inicial, fls.182/197, deixando de se pronunciar a respeito dos demonstrativos concernentes as infrações, apensados aos autos.

Da análise dos elementos que compõem o PAF e em especial dos demonstrativos que deram suporte à autuação, observo que o autuado teve diversas oportunidades para realizar objetivamente o contraditório, inclusive quando da reabertura do prazo de defesa e não o fez.

Registro que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento. Assim, como o autuado não se desincumbiu de trazer aos autos as provas com o condão de elidir a acusação fiscal, entendo que as infrações restaram devidamente caracterizadas.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado, o autuado, através de seu advogado, interpôs Recurso Voluntário (fls. 223/247), arguindo, inicialmente, a nulidade da Decisão por cerceamento do direito de defesa, em face de não ter a JJF apreciado diversos argumentos preliminares de nulidade e decadência suscitados pelo contribuinte.

Sustentou ter a Junta de Julgamento Fiscal incidido em erro ao apenas criticar a defesa apresentada no segundo momento oportunizado, entendendo que ela seria idêntica à primeira, formalizada sem o acesso ao demonstrativo apresentado pelo ilustre auditor após conversão do julgamento em diligência. A ilustre Relatora Alexandrina Natália Bispo dos Santos, em trecho do seu voto, consignou que “devidamente intimado, fls. 178/179, decorrido o prazo regulamentar, o autuado limitou-se a repetir suas alegações da defesa inicial, fls. 182/197, deixando de se pronunciar a respeito dos demonstrativos concernentes as infrações, apensados aos autos”.

Destacou que, por algumas semelhanças existentes entre as peças, não houve uma análise aguçada dos argumentos e, tampouco, dos pedidos realizados, observando que, na segunda oportunidade, instada se manifestar, o recorrente suscitou a decadência referente ao exercício de 2009, período objeto de verificação pelo Auditor Fiscal, ao tempo em que colacionou réplica do demonstrativo então apresentado pelo auditor, naquela oportunidade contando com alguns apontamentos de correção.

Aduziu que tal constatação pode ser vista facilmente, a partir da simples leitura da ementa do julgamento, bem como da Decisão, contudo, fez, também, a juntada da ementa do julgado, de modo a evidenciar tal assertiva.

Prosseguindo, asseverou que: “*Desta forma, diante da ausência de apreciação dos argumentos e da visível aplicação do instituto da decadência aliado as outros tantas ponderações descritas no demonstrativo ao norte citado, requer-se o retorno dos autos para a Junta de Julgamento que proferiu Decisão para que os argumentos constantes na defesa sejam amplamente apreciados e, com isso, não haja uma supressão de instância.*”

Em seguida, disse que caso a Colenda Turma não entendesse pela necessidade de retorno do presente PAF à 1ª Instância de julgamento, que se dignasse a examinar todos os elementos postos no Recurso Voluntário, tomando como norte o princípio da busca da verdade material e do próprio poder/dever do Estado em rever os seus atos administrativos.

De outra parte, suscitou a nulidade do auto pela juntada posterior dos demonstrativos que instruíram a autuação, pois em se tratando de um Auto de Infração, os demonstrativos são indispensáveis para que o autuado possa utilizar o seu constitucional direito ao processo legal e a

ampla defesa, previstos no artigo 5º, incisos LIV e LV da CF/88, aduzindo que *“No caso em comento, não obstante as imperfeições e a falta de informações necessárias para a elaboração de uma defesa justa, os demonstrativos somente foram juntados posteriormente a autuação. Desse modo, a juntada posterior dos demonstrativos (parte integrante e indispensável do Auto de Infração) não convalida o ato administrativo do lançamento, vez que trata-se de vício insanável.”* (grifo do recorrente).

Como fundamento trouxe aos autos os artigos 39, III, IV e 41, II do RPAF/BA, assim como ementas de decisões de outros Conselhos de Contribuintes.

Renovou a tese da decadência do direito da Fazenda Pública de exigir parte do crédito do Auto de Infração, com suporte no artigo 150, § 4º, do CTN, sustentando que o Auto de Infração, apesar de lavrado em 09/09/2014, somente foi dado conhecimento à Recorrente em 13/10/2014, logo, a Fazenda Pública só poderia exigir crédito tributário relativo aos cinco anos anteriores à data do recebimento/conhecimento do Auto, portanto, não albergando parte substancial da autuação, quais sejam, os créditos cujas datas de ocorrência estão situadas entre 01/01/2009 e 30/12/2009.

No mérito, alegou a não incidência do ICMS no deslocamento de ativos imobilizados entre estabelecimentos da mesma empresa de que tratam as infrações 1 e 2. *“Ao compulsar a planilha anexada em momento posterior pelo Auditor Fiscal, verifica-se que fora atribuído como devido, valores referentes às operações de transferência de mercadoria entre estabelecimento da mesma empresa, quer seja entre a Filial, situada no Estado de Pernambuco, e a Matriz, com a sede no Estado da Bahia.”*

Trouxe ao feito diversas decisões de Tribunais pátrios como amparo às suas alegações.

Sobre a infração 3, recolhimento a menor de produtos sujeitos a Antecipação Parcial, consignou que: *“Ao compulsarmos a legislação aplicável a época do fato gerador, identificamos que houve um erro de enquadramento de alguns itens por parte do i. auditor fiscal. Alguns produtos foram classificados como se fossem sujeitos ao regime de antecipação parcial de ICMS, quando em verdade estariam sim sujeitos ao regime de antecipação total (substituição tributária).*

Assim, em conformidade com os termos do anexo nº 88 do RICMS/BA, Convênio 74/96 e a TIPI conseguiu identificar falhas na composição dos cálculos do auditor, de modo a que o suposto débito apontado pelo auditor foi integralmente suplantando pelos valores efetivamente recolhidos a esse título por esta Impugnante.”

Reproduziu parte do anexo 88 do RICMS/BA, afirmando que: *“Em observância ao exposto, nota-se que os produtos demonstrados na tabela, destinados a comercialização, observada as exceções, o Estado da Bahia exige o recolhimento do ICMS através de substituição tributária e estão informados no Anexo 88 do Regulamento do Imposto sobre à Circulação de Mercadorias e Serviços – RICMS/BA. Desse modo, é notória a irregularidade da autuação efetuada pelo i. auditor. Diante do exposto, requer que seja declarada a IMPROCEDÊNCIA da “INFRAÇÃO 03 – 07.15.02”, que passará a tomar referência nos termos do demonstrativo abaixo, cujo substrato identifica que ao retirar os produtos sujeitos não a débito do imposto e sim crédito a ser recuperado: Junta novos demonstrativos para a infração com apuração do imposto.*

No que tange à infração 4, de acordo com o entendimento do Auditor Fiscal, teria o recorrente deixado de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Afirmou ter o preposto fazendário ignorado por completo as disposições do Convênio ICMS

52/91, que concedem redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, transcrevendo a cláusula primeira do Convênio referido, e, tomando as notas fiscais objeto da autuação, acostou novo demonstrativo, com a redução da base de cálculo e a consequente redução do valor na exigência fiscal. (fl. 243 e 244)

Tangentemente à infração 5, onde a ação fiscal imputou ao autuado a falta de recolhimento do ICMS em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, arguiu que: “*Contudo, no momento da apuração o Ilustre auditor ignorou por completo a redução da base de cálculo nas operações internas a que o recorrente faz jus, devidamente prevista no art. 1º do Decreto nº 7.799/00*”.

Para demonstrar o equívoco cometido pelo auditor, anexou à peça recursal planilhas descritivas (Doc. 01) que demonstram ser o valor apontado pelo preposto como supostamente devido, em razão da redução da base de cálculo prevista no art. 1º do Decreto nº 7.799/00, totalmente descabido, dada a sua significativa redução em razão da alteração da base de cálculo, pugnando pela improcedência parcial da imputação.

Concluiu requerendo:

*“Em sede de preliminar, seja o Auto de Infração nº 207095.0503/14-4 julgado **TOTALMENTE NULO, EM RAZÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE CONVALIDAÇÃO DO ATO DE APRESENTAÇÃO POSTERIOR/INTEMPESTIVA DO DEMONSTRATIVO**, o que impossibilitou a verificação de pontos como por exemplo: número de NF, CFOP, UF de origem ou destino da mercadoria comercializada, cálculo do rateio para fins de estorno de créditos de ICMS (hipótese de redução de base de cálculo ou isenção), comprovação de destinação do produto adquirido (uso e consumo ou ativo imobilizado para efeito de incidência do Diferencial de Alíquota – DIFAL), descrição do produto ou seu NCM (para efeito de enquadramento nas hipóteses de substituição tributária);*

Preliminarmente, requer que haja o reencaminhamento do Auto de Infração nº 207095.0503/14-4 para a Junta de Julgamento Fiscal – JJF de 1ª Instância para que haja a reapreciação da decadência do período de 2009, tendo em vista a não apreciação dos argumentos sobre a dita decadência e, de igual sorte, a não análise dos argumentos apresentados através do demonstrativo elaborado pelo contribuinte que redesenhou o demonstrativo apresentado pelo auditor fiscal;

*Não sendo acolhidas as preliminares acima suscitada, avoca-se outra preliminar, agora de mérito, que culmina na **IMPROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, agora **COM BASE NA OCORRÊNCIA DA DECADÊNCIA** em relação aos fatos geradores ocorridos entre 01/01/2009 a 31/12/2009 (cinco anos contados da ciência do Auto de Infração), forte no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional;*

*Não sendo acolhidas as preliminares acima suscitadas, requer que seja o Auto de Infração nº 207095.0503/14-4 julgado **PARCIALMENTE IMPROCEDENTE em relação às infrações nºs 01 e 02**, tendo em vista que não há a incidência do ICMS nas operações interestaduais envolvendo estabelecimentos da mesma empresa, conforme Súmula nº 166 do STJ;*

*Não sendo acolhidas as preliminares acima suscitadas, requer que seja o Auto de Infração nº 207095.0503/14-4 julgado **PARCIALMENTE IMPROCEDENTE em relação à infração nº 03**, tendo em vista que as mercadorias enquadradas pelo Ilustre Auditor como sujeitas à sistemática de recolhimento por antecipação parcial são, a bem da verdade, sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme Anexo 88 do RICMS/BA;*

*Não sendo acolhidas as preliminares acima suscitadas, requer que seja o Auto de Infração nº 207095.0503/14-4 julgado **TOTALMENTE IMPROCEDENTE em relação à infração nº 04**, tendo em vista que o Ilustre auditor desconsiderou os parâmetros gerais da redução da base de cálculo prevista no Anexo I do Convênio ICMS 52/91;*

*Não sendo acolhidas as preliminares acima suscitadas, requer que seja o Auto de Infração nº 207095.0503/14-4 julgado **PARCIALMENTE IMPROCEDENTE em relação à infração nº 05**, tendo em vista que o Ilustre Auditor ignorou a redução da base de cálculo no percentual de 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento) nas operações de saídas internas promovidas pelo recorrente, conforme prevista no art. 1º do Decreto nº 7.799/00;*

*Seja ainda determinado o **arquivamento do presente Auto de Infração nº 207095.0503/14-4**, dando-se baixa neste Processo Administrativo, após todas as formalidades legais necessárias;*

Requer, por fim, a produção de todos os meios de prova de direito admitidos, inclusive juntada de novos documentos, depoimento pessoal dos agentes autuadores, bem como outras que se façam necessárias para o bom deslinde deste Processo Administrativo.” (grifos do autor),

O representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, após um breve relatório do processo, analisou a preliminar de nulidade assacada no apelo, entendendo que não há como se emprestar qualquer guarida, pois todos os demonstrativos e documentos fiscais acoplados aos autos foram de perfeito conhecimento do autuado, tendo sido disponibilizado uma pasta eletrônica com todos os demonstrativos, conforme atestam os documentos de fls. 19 e 78/83 dos fólios processuais.

Não acolheu a decadência sustada, face existir, à época, previsão expressa na legislação, onde restava fixado o exercício seguinte como marco temporal para contagem do prazo; em segundo lugar, por consistir o lançamento um direito potestativo do Estado que independe do conhecimento do autuado para produzir os seus efeitos legais, e, a três, por ser a maioria das infrações relativas ao não recolhimento do tributo, não se aplicando a jurisprudência lançada por inexistência de pagamento antecipado a ser homologado.

No mérito, opinou pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário com o expurgo parcial das infrações 3 e 4, recomendando, por cautela, a realização de diligência para os devidos ajustes dos cálculos do diferencial de alíquotas.

Na assentada de julgamento essa 1ª CJF acolhendo a sugestão do representante da PGE/PROFIS, converteu o processo em diligência à INFAZ de origem (Autuante) para que fossem adotadas as seguintes providências em relação às infrações 3 e 4:

Infração 3 – Refazer o demonstrativo original, fazendo a exclusão dos produtos que no período autuado estivessem enquadrados no **regime de substituição tributária**;

Infração 4 - Refazer o demonstrativo original, considerando os produtos que estão relacionados no Anexo 1 do **Convênio ICMS 52/91**, e contemplando a redução da base de cálculo, como previsto na Cláusula primeira do citado Convênio.

O autuante, às fls. 289/292 atende ao solicitado pela CJF informando que quanto à infração 3 refez o demonstrativo reduzindo o lançamento para apenas agosto/2009 no valor de R\$1.159,68 e no que tange à infração 4, foi refeito o demonstrativo levando em conta os Anexos I e II do Convenio ICMS 52/91, além de outras mercadorias já contempladas no levantamento, havendo saldo a recolher de R\$8.340,28, referente a Notas Fiscais de mercadorias adquiridas em dezembro de 2010.

Cientificado do resultado da diligência o sujeito passivo volta a se manifestar às fls. 298/310 repisando os argumentos da peça recursal, inclusive as nulidades já suscitadas, passando, em seguida a comentar sobre as conclusões trazidas pelo diligente sobre as infrações 3 e 4.

Aduz em que pese o auditor ter refeito o demonstrativo para a infração 3 retirando o item denominado “Espumante Festival de Prata” e ainda haver um saldo a recolher, existe outros produtos que foram equivocadamente enquadrados como sujeitos ao regime de antecipação parcial tais como: “Trigo Kibe Dular e Guaramix. Apresentou quadros demonstrativos para sustentar a sua tese.

Sobre a infração 4, assevera que o auditor ignorou por completo as disposições do Convênio ICMS 52/91, que concede redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas. Juntou aos autos quadros e demonstrativos já apresentados no Recurso

Voluntário.

VOTO (Vencido quanto à decadência da infração 5)

Consoante detalhadamente relatado, o Auto de Infração supra identificado imputou ao contribuinte o cometimento de 07 (sete) infrações à legislação do ICMS, quais sejam:

- 1 – 07.01.01. deixar de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA, nos meses de março, abril, maio e julho de 2010, no valor de R\$8.439,92, acrescido da multa de 60%;*
- 2 - 07.01.02. efetuar recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA, nos meses de outubro de 2009 e agosto de 2010, no valor de R\$1.389,82, acrescido da multa de 60%;*
- 3 - 07.15.02. efetuar recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, referente a mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, nos meses de agosto e dezembro de 2009, valor de R\$1.588,84, acrescido da multa de 60%;*
- 4 - 06.01.01. ausência de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, no valor de R\$45.712,13, acrescido da multa de 60%, nos meses de outubro e novembro de 2009, janeiro, março, abril, junho a setembro, novembro e dezembro de 2010;*
- 5 - 02.01.03. deixar de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a julho, setembro a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, no valor de R\$11.653,32, acrescido da multa de 60%;*
- 6 - 01.05.03. - deixar de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Mercadorias com redução de base de cálculo em 100% no mercado baiano (arroz e feijão) foram devolvidas por empresas situadas em outras unidades da Federação, nos meses de abril a setembro e dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, no valor de R\$14.547,67, acrescido de multa de 60%;*
- 7 - 03.02.02. efetuar recolhimento a menos do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro e fevereiro de 2009, no valor de R\$3.498,01, acrescido da multa de 60%.*

Inconformado com a Decisão da primeira instância, que julgou Procedente a autuação, o sujeito passivo formalizou o cabível Recurso Voluntário, visando promover a sua reforma em relação às imputações 1, 2, 3, 4 e 5.

Do exame das peças processuais, constata-se que a arguição de nulidade do decisório hostilizado decorreria, segundo o recorrente, do cerceamento do seu direito de defesa, face à falta de apreciação, pelo órgão julgador, de forma individualizada, da tese suscitada da decadência dos lançamentos ocorridos no período de 01/01/2009 a 30/12/2009, sustentada quando o sujeito passivo, após a diligência determinada pela 3ª JJF, apresentou nova defesa, decorrente da reabertura do seu prazo (fl. 176).

Assim, tendo o Auto de Infração sido lavrado em 09/09/2014 e a ciência do recorrente se dado em 12/09/2014, constato a ocorrência da decadência do período compreendido entre 01/01/2009 a 31/08/2009, por força do art. 150, § 4º, do CTN, o qual preleciona que:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

[...] § 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Vale destacar que, no caso concreto, a PGE, através do incidente de uniformização nº PGE 2016.194710-0, reconheceu a aplicação do citado dispositivo legal para a contagem do prazo decadencial, conforme entendimento a seguir transcrito:

6. Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0

Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

De tal sorte, *in casu*, resta incontestado a aplicação da tese firmada pela Procuradoria Estadual, já que versa sobre o recolhimento a menor do ICMS.

Destarte, as ocorrências relativas ao período de 01/01/2009 a 31/08/2009 se consubstanciam como inexigíveis, devendo ser retiradas do presente Auto de Infração, subsistindo tão somente os períodos compreendidos entre 30/09/2009 e 31/12/2010.

Do estudo da procedimentalidade, verifico que, em relação à infração 03, remanesce apenas o lançamento de 31/12/2009, no importe de R\$429,14; no tocante à infração 05, restam os valores das ocorrências do período de 30/09/2009 a 31/12/2010, as quais perfazem um valor de R\$8.663,71; quanto à imputação 6, após o expurgo das ocorrências do período da decadência, apura-se o montante de R\$6.893,38; e, por fim, a infração 7, em razão das duas ocorrências lançadas terem acontecido no âmbito do período abarcado pela decadência, a imputação torna-se inexigível.

Já examinada a tese suscitada da nulidade do auto face a juntada posterior dos demonstrativos que instruíram a autuação, sustentando serem indispensáveis para que pudesse utilizar o seu constitucional direito ao processo legal e a ampla defesa, aduzindo que *“No caso em comento, não obstante as imperfeições e a falta de informações necessárias para a elaboração de uma defesa justa, os demonstrativos somente foram juntados posteriormente a autuação. Desse modo, a juntada posterior dos demonstrativos (parte integrante e indispensável do Auto de Infração) não convalida o ato administrativo do lançamento, vez que trata-se de vício insanável.”* (grifo do recorrente).

Tal arguição já foi devida e corretamente apreciada na Decisão de piso e demonstrada inexistência de razão ao contribuinte, porquanto constam dos autos documentos comprobatórios de que, além de Reunião Prévia à lavratura do Auto de Infração, quando foram apresentadas, ao sujeito passivo, as planilhas que serviram de base a autuação (fls. 19/20), possibilitando o oferecimento de elementos informativos que se opusessem às irregularidades apontadas, existem os e-mails trocados entre as partes, onde há referência expressa a tais eventos (fls. 78/80).

Verifico que todos os demonstrativos que serviram de base para cada infração estão anexados ao PAF e foram recebidos pelo preposto do autuado, conforme faz prova o documento de fls.19/20, constando textualmente: *“elaborei uma pasta de trabalho contendo as planilhas abaixo, ora colocado à disposição do contribuinte, com o intuito de encontrar a verdade material dos fatos tributáveis, e poder, se for o caso, reclamar o valor devido ao erário após amplo conhecimentos*

das partes."

A par disso, os citados demonstrativos estão devidamente detalhados, com as informações necessárias e suficientes para viabilizar a ampla defesa e o contraditório, sendo que as informações requeridas pelo autuado se encontram nas planilhas de fls. 30/77.

Ressalte-se, outrossim, que a 3ª JF, buscando dirimir qualquer dúvida sobre a questão levantada, converteu, à fl. 176, o PAF em diligência, objetivando que Inspetoria de origem intimasse o autuado para entregar os demonstrativos elaborados pelo autuante, concedendo-lhe novo prazo de 30 dias para manifestação, direito que foi por ele exercido, conforme se verifica na Manifestação de fls. 182 a 197.

Ante o exposto não pode prosperar a nulidade suscitada.

Adentrando ao mérito, o recorrente sustentou a não incidência do ICMS no deslocamento de ativos imobilizados entre estabelecimentos da mesma empresa, tema tratado nas infrações 1 e 2.

Compulsados os autos, constata-se ser absolutamente desprovida de razão a tese recursal, porquanto as imputações não se referem à transferências interestaduais, mas reportam-se a aquisições de mercadorias e bens fora do Estado, algumas delas para o ativo imobilizado, CFOP 2551, portanto, incidentes os ICMS e diferencial de alíquotas.

Como não trouxe o sujeito passivo elementos comprobatórios capazes de suportar a sua argumentação, não se desincumbindo do seu ônus, mantenho os lançamentos constantes das Infrações 1 e 2.

No que tange às infrações 3 e 4, onde se exige, respectivamente, recolhimento de produtos sujeitos a Antecipação Parcial e decorrentes da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nas suas razões recursais, o autuado alegou que algumas das mercadorias encartadas como sujeitas à antecipação parcial estavam lançadas como abarcadas pela antecipação total (ST), trazendo aos autos exemplos de produtos; já em alusão à infração 04, argumentou a falta de observação da redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91, que concedeu redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, anexando, para demonstrar, planilhas com indicação dos produtos.

Em homenagem a busca da verdade material, esta 1ª CJF, acolhendo a sugestão do representante da PGE/PROFIS, converteu o processo em diligência à INFAZ de origem (Autuante) para que fossem adotadas as seguintes providências em relação às infrações 3 e 4:

Infração 3 – Refazer o demonstrativo original, excluindo os produtos que estivessem enquadrados no **regime de substituição tributária**;

Infração 4 - Refazer o demonstrativo original, considerando os produtos relacionados no Anexo 1 do **Convênio ICMS 52/91**, e contemplando a redução da base de cálculo, como previsto na Cláusula primeira do citado Convênio.

O autuante, às fls. 289/292, atendeu ao quanto solicitado pela Câmara, informando que, em relação à infração 3, foi refeito o demonstrativo, reduzindo o lançamento apenas para agosto/2009, no valor de R\$1.159,68 e, no que tange à infração 04, foi reelaborado o demonstrativo, considerando os Anexos I e II do Convênio 52/91, além de outras mercadorias já contempladas no levantamento, havendo saldo a recolher de R\$9.057,33, referente a Notas Fiscais de mercadorias adquiridas em dezembro de 2010.

O contribuinte, cientificado do resultado da diligência, se manifestou às fls. 298/310, repisando os argumentos apresentados no Recurso Voluntário, sem, contudo, acrescentar qualquer fato ou elemento novo, capaz de se opor ao resultado da revisão fiscal efetuada pelo auditor diligente.

Nesse contexto, considero correta a revisão promovida, para julgar Procedente em Parte a imputação 4, ressaltando que, no tocante à de nº 3, o único lançamento remanescente decorreu de fatos geradores referentes à data de 30/08/2009, a qual, consoante antes explanado, se encontra acobertada pelo instituto da decadência, portanto, extinta a increpação.

Por fim, o recorrente se insurgiu contra o lançamento do item 05, onde a ação fiscal lhe imputou a falta de recolhimento do ICMS, em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, arguindo que: *“Contudo, no momento da apuração o Ilustre auditor ignorou por completo a redução da base de cálculo nas operações internas a que o recorrente faz jus, devidamente prevista no art. 1º do Decreto nº 7.799/00”*.

No entanto, o que se observa no feito, é uma contestação totalmente genérica, desprovida de elementos probantes, pois o recorrente não trouxe, nem demonstrou, quais as operações que se encontrariam sujeitas à redução de base de cálculo, em face do disposto no Decreto nº 7799/00.

Assim, face não ter o sujeito passivo se desincumbido do seu elementar dever de trazer aos autos elementos informativos capazes de elidir a acusação fiscal, a infração 05 permanece, com a redução dos lançamentos alcançados pela decadência.

Observo que o demonstrativo elaborado pela fiscalização às fls. 291 e 292, indicam valores de R\$126,50; R\$74,66; R\$3.881,61; R\$80,83; R\$352,34; R\$3.824,35 e R\$717,04 e total de R\$8.340,28. Entretanto, constato que a soma dos valores remanescentes é de R\$9.057,33. Portanto, de ofício, retifico o valor devido da infração 4 para R\$9.057,33.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para julgar Procedente em Parte o Auto de Infração, com os seguintes valores finais para cada uma das imputações:

Infração 01- R\$8.439,92
Infração 02- R\$1.389,82
Infração 03- extinta
Infração 04-R\$9.057,33
Infração 05-R\$2.989,61
Infração 06-R\$6.891,77
Infração 07- extinta
Total Final Para O Auto de Infração - R\$28.768,35

VOTO VENCEDOR (Quanto à Decadência da infração 5)

Em que pesa a boa fundamentação expendida pelo n.Relator, discordo do seu posicionamento quanto à aplicação do instituto da Decadência, com relação a infração 5.

Observo que a referida infração acusa falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis.

Conforme indicado no seu voto o entendimento firmado pela PGE/PROFIS no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte *declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.*

Entretanto, a Nota I, “b” indica que “*Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I, do CTN, quando: b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável*”.

Logo, na situação presente a infração 5 indica que o contribuinte praticou operações de circulação de mercadorias tributáveis contidas no campo de incidência do ICMS e declarou como não tributável. Consequentemente, não recolheu qualquer valor do imposto relativo as operações consignadas nos demonstrativos elaborado pela fiscalização que foi objeto da autuação.

Assim sendo, aplica-se a estas operações o disposto no art. 173, I do CTN, com a contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, o que afasta as exclusões pretendidas no voto proferido pelo n.Relator, visto que os valores exigidos relativos ao exercício de 2009, tem início de contagem a partir de 1º/01/2010. Tendo o Auto de Infração sido lavrado em 09/09/14, não foi abarcado pelo instituto da Decadência visto que o prazo para constituição do lançamento se esgotaria em 31/12/14.

Pelo exposto, acompanho o n. Relator com relação aos fundamentos apresentados com relação às demais infrações que são objeto do Recurso Voluntário, e voto pelo NÃO PROVIMENTO, quanto à prejudicial de mérito da Decadência na infração 5, que fica mantida a exigência do valor integral de R\$11.653,32.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à infração 5, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207095.0503/14-4**, lavrado contra **RMR AGROINDÚSTRIA, COMÉRCIO ATACADISTA, BENEFICIAMENTO E EMPACOTAMENTO DE CEREAIS - EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$37.432,16**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “f” e VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Quanto à prejudicial de mérito de Decadência da infração 5) - Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Quanto à Decadência da infração 5) - Conselheiros: Valnei Sousa Freire, Rodrigo Lauande Pimentel e Laís de Carvalho Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de fevereiro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Quanto à Decadência da infração 5)

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – VOTO VENCEDOR
(Quanto à Decadência da infração 5)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS