

A. I. N° - 207093.0028/16-5
AUTUADO - EXPANJET GLOBAL SOLUTIONS - EIRELLI
AUTUANTE - JUVÊNCIO RUY CARDOSO NEVES
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 03/07/2018

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0072-03/18

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SIBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração subsistente. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Autuado não apresenta provas capazes de elidir a irregularidade apurada. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Ajustes realizados pelo Autuante reduzem o valor originalmente cobrado. Infração parcialmente subsistente. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Autuado não apresenta provas capazes de elidir a irregularidade apurada. Infração mantida. Preliminar de nulidade não acatada. Preliminar de decadência parcialmente acolhida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 30/06/2016, traz a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$561.706,93, acrescido da multa de 60%, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

Infração 01 - **07.01.01.** Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, nos meses de janeiro, março a dezembro de 2011, fevereiro a dezembro de 2012, janeiro a junho, setembro, novembro e dezembro de 2013, janeiro e fevereiro de 2014. Exigido o valor de R\$524.813,40;

Infração 02 - **07.01.02.** Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, nos meses de janeiro de 2012 e julho e agosto de 2013. Exigido o valor de R\$16.717,08;

Infração 03 - **07.15.01.** Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização nos meses de janeiro e fevereiro de 2011, janeiro de 2012, agosto, outubro e novembro de 2013, janeiro, abril, julho, agosto e outubro de 2014. Exigido o valor de R\$3.085,61, acrescido de multa de 60%;

Infração 04 - **07.15.02.** Recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, adquiridas para fins de comercialização nos meses de janeiro, abril setembro e outubro de 2011 e janeiro de 2013. Exigido o valor de R\$17.090,84.

O autuado impugna o lançamento às fls. 37 a 60. Depois de observar a tempestividade de sua defesa, afirma ser pessoa jurídica de direito privado que exerce atividade de comercialização de bombas e compressores, partes e peças, revestindo-se na condição de contribuinte do ICMS.

Argui, em sede de preliminar, a decadência de parte dos créditos tributários apresentados pela Autoridade Fiscal, onde utilizou como objeto de sua fiscalização meses, que já tinham sofrido o efeito do instituto da decadência tributária, visto que se passou mais de 05 anos para o início de sua persecução. Informa que os meses que foram contemplados na fiscalização e sofreram esse efeito foram os com vencimentos em fevereiro, março, abril, maio, junho e julho de 2011, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado no dia 06/07/2016.

Desta forma, afirma que o Auto de infração deve sofrer uma redução de R\$79.306,67, conforme quadros que colaciona às fls. 39 e 40.

Observa que, considerando que o início da persecução dos supostos créditos tributários se deu depois do prazo de 05 anos, estabelecido pelo art. 150, §4º, do CTN, conclui-se pela ocorrência da decadência, devendo, portanto, os supostos créditos serem extintos, por força do art. 156, inciso V do CTN, sem sequer análise do mérito da Impugnação. Assinala que conforme os referidos dispositivos, a contagem do prazo decadencial deve ser feita a partir do fato gerador, entendimento esse seguido pelos Tribunais Superiores, a exemplo do julgado: STJ, 2ª T., AgRg no Ag. 939.714/RS.

Revela que neste mesmo espeque, a doutrina busca a interpretação dos tributos por homologação.

Diz restar de sobjeito comprovada a ocorrência do instituto da decadência das supostas obrigações tributárias, razão pela qual o Auto de Infração deve sofrer a redução de R\$79.306,67, conforme demonstração que colaciona. Arremata destacando que o montante total do Auto de Infração passa de R\$561.706,93, para R\$482.400,26, em decorrência dos créditos atingidos pela decadência.

Depois de transcrever o inciso LV, do art. 5º da CF/88, que trata do Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, observa que em razão da importância desse princípio no processo administrativo e principalmente dos desdobramentos práticos que decorrem de sua aplicação, é importante que se analise com maior profundidade, do que se trata tal garantia.

Revela que no processo administrativo o contraditório se traduz na faculdade do autuado (sujeito passivo) manifestar sua posição sobre os fatos ou documentos trazidos ao processo pelo Autuante (sujeito ativo). Acrescenta frisando ser o sistema pelo qual a parte tem garantia de tomar conhecimento dos atos processuais e de reagir contra esses.

Registra também, ser da essência da autuação a indicação sucinta da origem e natureza do suposto crédito tributário, mencionando especificamente a disposição da lei em que seja fundado e a descrição completa dos fatos. Assinala que o sujeito passivo deve conhecer plenamente as acusações que lhe são imputadas para que possa, adequadamente, rebatê-las, sob pena de nulidade do auto de infração.

Ressalta que a ausência da descrição do fato de forma clara e precisa, impossibilita a ampla defesa por parte da reclamante. Afirma que a “Descrição da Infração Averiguada”, tal como apresentada, juntamente com planilhas confusas, são insuficientes para se estabelecer ao certo se o Autuante realmente a apurar a ausência de recolhimento do ICMS Substituição Tributária nas operações que estão sujeitas a este tipo de tributação ou, se apenas em razão da falta do destaque em algumas notas, presumiu que não houve recolhimento do ICMS Substituição Tributária nas operações devidas.

Cita como exemplo o julgado da 2ª Câmara Permanente de Recursos Fiscais do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais: Acórdão nº 134 - 2ª Câmara Permanente de Recursos Fiscais (MG). Recurso nº 799 - Ex Offício e Voluntário. Relator: Walmir Hugo dos Santos.

Observa que o procedimento fiscal deve ser feito com clareza, numa linguagem comum, que permita às partes fornecerem as informações necessárias à autoridade julgadora para que esta forme seu juízo, permitindo ao acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Diz que cotejando a descrição da infração averiguada, tal como narrada, com os documentos juntados ao Auto de Infração, bem como com as planilhas salvas no CD, infere-se claramente que são insuficientes para estabelecer ao certo se o fiscal constatou a ausência de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, nas operações que estão sujeitas a este tipo de tributação ou se apenas em razão da falta do destaque em algumas notas, presumiu que não houve recolhimento do ICMS Substituição Tributária nas operações devidas. Prossegue afirmando que o fato descrito é omissivo, confundindo-se operação sujeita à substituição tributária com as operações sujeitas à antecipação parcial, tanto na própria descrição da infração no Auto, como nas planilhas anexadas ao CD. Por isso, sustenta haver ausência da descrição do fato de forma clara e precisa.

Revela que não poderá ser considerada como precisa e clara a descrição da infração cuja peça acusatória não transpareça a exatidão dos fatos, omitindo detalhes que podem interromper a ligação entre o descrito e o ocorrido.

Ao cuidar do mérito em relação à Infração 01, afirma que o Autuante utilizou-se de parâmetros inadequados para as operações realizadas.

Menciona que o Autuante considerou que as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou exterior, ocorridas entre o dia 31/01/2011 e 28/02/2014, deixaram de sofrer a incidência ICMS Substituição Tributária, de maneira antecipada, fazendo incidir a alíquota de 17%. Diz que o enquadramento da referida infração foi o art. 8º, inciso II, e art. 23, §3º, ambos da Lei 7.014/1996, cumulados com o art. 289, do RICMS, todos eles tratam do recolhimento antecipado por Substituição Tributária.

Destaca que no Auto de Infração, a Autoridade Fiscal anexou CD com planilhas para demonstrar os cálculos realizados para alcançar os valores apresentados no Termo de Encerramento. Cita que a Infração 01 está representada pela aba “SubsTrib_Normal_Ent” de cada planilha, do total de 04, que representam os exercícios de 2011, 2012, 2013 e 2014.

Declara que da simples análise do título da referida aba é possível identificar a primeira inconsistência, onde tem o título “DEMONSTRATIVO 1 - ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA – ENTRADAS”. Observa que outro erro do Autuante foi na utilização da coluna “AG” da mesma aba, onde consta o “Filtro para eliminação de linhas”, onde foi aplicada a função filtro do Excel, responsável pela exclusão das linhas que contenham a expressão “Antecipação Tributária”, de modo que só seriam identificadas as linhas que aludissem às operações de substituição tributária, uma vez que esse é tipo de tributação fiscalizado pela Infração 01.

Registra que o Autuante, por algum motivo deixou de acionar o filtro, fazendo com que os valores referentes à Antecipação Tributária fossem considerados na fiscalização. Esse erro é de fácil identificação, bastando analisar a coluna “AG” da aba “SubsTrib_Normal_Ent” de todos os arquivos que estão no CD anexado ao Auto de Infração. Diz que o equívoco ainda pode ser evidenciado pela simples utilização das operações que envolvem os Códigos Fiscais de Operações e Prestações - CFOPs 6101 e 6102, na planilha que era para tratar única e exclusivamente das operações de substituição tributária, referente à Infração 01.

Acrescenta que o item CFOP 6.000 refere-se às “VENDAS DE PRODUÇÃO PRÓPRIA OU DE TERCEIROS” e tem como subitem 6.100, que se refere às “VENDAS DE PRODUÇÃO PRÓPRIA OU DE TERCEIROS”. Observa que o CFOP 6101, que está vinculado ao item 6.000 e ao subitem 6.100, trata-se de venda de produção do estabelecimento, tendo como descrição “Classificam-se neste código as vendas de produtos industrializados no estabelecimento. Também serão classificadas neste código as vendas de mercadorias por estabelecimento industrial de cooperativa destinadas a seus cooperados ou a estabelecimento de outra cooperativa.”

E quanto ao CFOP 6.102, frisa que está relacionado à venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros e tem como descrição “Classificam-se neste código as vendas de mercadorias

adquiridas ou recebidas de terceiros para industrialização ou comercialização, que não tenham sido objeto de qualquer processo industrial no estabelecimento. Também serão classificadas neste código as vendas de mercadorias por estabelecimento comercial de cooperativa, destinadas a seus cooperados ou estabelecimento de outra cooperativa". Afirma que nenhuma das duas têm relação com Substituição Tributária, pelo simples fato de não serem códigos associados às operações que sofrem a incidência do ICMS Substituição Tributária.

Observa que o Autuante alimentou a planilha da Infração 01 (infração relativa à falta de recolhimento de ICMS Substituição Tributária) utilizando as notas fiscais relacionadas às operações de comercialização normal, todas com CFOPs 6.101 e 6.102, aplicando MVA, alcançando o valor do ICMS devido, considerando tanto os créditos de ICMS com a ausência de recolhimento do imposto (que não foi recolhido por não ser operação com incidência de ICMS Substituição Tributária), o que totalizou o montante da infração em R\$524.813,40.

Afirma que cumpriu com sua obrigação tributária decorrente das operações tratadas na Infração 01, recolhendo o ICMS mensal da Antecipação Total, conforme Documentos de Arrecadação Estadual - DAE, de Código de Receita 2175 (Pagamento mensal da Antecipação Total), em anexo (doc. 04). Essas aquisições têm a finalidade de uso e consumo, bem como para compor o imobilizado da Empresa Impugnante, não tendo nenhuma relação com substituição tributária.

Indaga como seria possível recolher ICMS Substituição Tributária referente às comercializações que se amoldam ao fato de ICMS normal. Afirma que a subsunção do fato foi à norma de ICMS normal e, consequentemente, teve seu recolhimento através dos DAEs em anexo. Registra que as ocorrências das hipóteses de incidências que geraram o mandamento referente ao ICMS Substituição Tributária, tiveram suas devidas aplicações e recolhimento através das Guias de Recolhimentos de Tributos Estaduais - GNRE. Por isso, sustenta que o recolhimento do ICMS respeitou o fato gerador ocorrido.

Assinala que resta descaracterizada a Infração 01, contaminada que se encontra por víncio ensejador da sua nulidade. Menciona que deve ser reputado nulo o aludido Auto de Infração, pois o víncio apontado contamina por reflexão todos os demais valores apontados, o que deve culminar com o julgamento pela sua improcedência.

Pondera que caso não seja assim entendido, que se dignem ao menos, reconhecer ser improcedente essa parcela da autuação, visto que a infração apontada pela fiscalização quanto à suspeita de não ter efetuado o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, não merece vitória, posto que sequer houve fato gerador para sua incidência.

Infração 02 - Afirma que também não merece prosperar, pautando-se nas mesmas razões que serviram para impugnação da Infração 01. Sustenta que as operações apresentadas pelo Autuante não são atingidas pelo ICMS Substituição Tributária.

Observa que no tocante a essa infração, no mês de referência de janeiro/2012, com vencimento em fevereiro/2012, pode-se identificar, através do livro de Registro de Entrada, Demonstrativo de Antecipação Tributária Parcial de ICMS, bem como as respectivas notas fiscais trabalhadas pelo Autuante, todos em anexo (doc. 06), que nenhuma das operações realizadas neste mês teve a subsunção do fato à norma do ICMS Substituição Tributária, razão pela qual se pode inferir que não há de se falar em recolhimento a menos deste tipo de ICMS.

Prossegue assinalando que o Autuante apresentou o recolhimento a menos do ICMS Substituição Tributária, tanto de operações que sequer deve ter a Substituição Tributária do ICMS como recolhimento, como as operações que o referido imposto é devido e foi corretamente recolhido. A fim de comprovar o quanto aqui aduzido, informa que seguem livro de Registro de Entrada, Demonstrativo de Antecipação Parcial, bem como as Notas Fiscais decorrentes das operações. Acrescenta frisando, que ainda sobre esse mês e através das documentações aqui aludidas e colocadas à disposição da Fiscalização no momento da fiscalização, pode-se identificar que houve comercialização em quatro momentos, dois deles atingidos pelo instituto da Antecipação

Tributária e os outros dois atingidos pelo ICMS Substituição Tributária, portanto, devidamente recolhido pela figura do substituto, conforme Guias Nacional de Recolhimento de Tributos estaduais - GNRE.

Afirma que diante de tudo quanto até aqui abordado e demonstrado, assim como na Infração 01, operações que se amoldam à hipótese de incidência do ICMS normal ou até por antecipação parcial, foram utilizadas na fiscalização como infração por não recolhimento do ICMS Substituição Tributária.

Registra que apesar de o Autuante ter tido o cuidado de planilhar todas as infrações, resta patente seu equívoco, considerando que utilizou operações que sequer têm vínculo com o ICMS Substituição Tributária e os devidos recolhimentos das operações que subsumiram a este tipo de tributação. Por isso, diz pugnar também pela improcedência da Infração 02, contaminando assim o Auto de Infração como todo, estando eivado de vícios, devendo ser reputado nulo, culminando com o julgamento improcedente.

Infração 03 - Sustenta que igualmente às anteriores, haja vista que possui imprecisões, também não merece triunfar.

Afirma que o Autuante é responsável por causar imprecisões em todas as infrações aqui estabelecidas, por deixar de efetuar ao creditamento do ICMS da entrada da operação, fazendo com que os cálculos do imposto, mesmo utilizando a subsunção indevida do imposto.

Destaca que o Autuante entendeu pela ausência de recolhimento do ICMS por Antecipação Parcial, visto que em alguns fatos sequer houve subsunção do fato à norma do ICMS Antecipação Parcial ou, quando houve essa subsunção, seu recolhimento foi efetuado corretamente.

Aponta que no mês de ocorrência de janeiro de 2011, ou seja, vencimento em fevereiro deste mesmo ano, o Fisco identificou ausência de arrecadação do imposto de R\$500,37, entretanto, frisa que a operação que gerou essa arrecadação foi devidamente recolhida, conforme livros Registro de Entrada e Registro de Apuração do ICMS e Nota Fiscal apontada pelo Autuante, todos esses documentos em anexo (doc. 08).

Prossegue assinalando que como a ocorrência do mês de janeiro de 2011, com vencimento em fevereiro do mesmo ano, tem-se o equívoco por parte do Autuante referente aos meses por ele descritos, tendo em vista que algumas das operações sequer foram objeto de incidência do ICMS Antecipação Parcial. Afirma que as operações que se encaixaram na hipótese de incidência do referido imposto sofreram sua incidência e seu recolhimento, não podendo falar em ausência de recolhimento, a maioria, ainda, recolhidos por diferencial de alíquota, visto que são materiais para uso e consumo.

Destaca um erro que ele próprio cometeu que acabou fazendo com que o Autuante se equivocasse ao elaborar sua planilha. Observa que alguns dos produtos adquiridos possuem agentes corrosivos por isso, precisam ser transportados por via terrestre, o que faz perder tempo para apresentação da nota fiscal para a contabilidade. Registra que esse erro de logística acabou fazendo com que algumas operações só fossem registradas nos demonstrativos no mês seguinte à sua ocorrência, atrasando, inclusive, o recolhimento do imposto. Pondera que esse erro cometido deve ter suas consequências, como a incidência de juros, que foi destacada todas as vezes que houve essa ocorrência.

Menciona que apesar desses fatos apresentados serem razão para incidência de juros, o Autuante não poderia ter apresentado como ausência de recolhimento, visto que o recolhimento existiu, mas foi apresentado em momento posterior ao devido.

Destaca que as Notas Fiscais de nºs 15.938 e 15.939, apontadas como ausência e recolhimento de ICMS Antecipação Parcial, em verdade refere-se ao ICMS Substituição Tributária, devendo seu recolhimento ser por GNRE, o que foi feito, conforme notas fiscais em anexo.

Ressalta que não há de prosperar a acusação fiscal desse item da autuação, considerando que nas operações referentes à incidência de Antecipação Parcial, houve o seu devido recolhimento,

mesmo quando fora do prazo, como nos casos dos agentes corrosivos.

Afirma ainda que onde não houve recolhimento do ICMS Antecipação Parcial, inexistiu pela não ocorrência do fato gerador, sendo realizado o fato imponível de outro tipo tributário do ICMS que teve seu recolhimento efetuado, como por exemplo, Substituição Tributária e Diferencial de Alíquota.

Nestes termos, assevera ter-se a improcedência da Infração 03, contribuindo ainda mais para a nulidade do lançamento e consequente improcedência do Auto de Infração.

Infração 04 - Sustenta não merecer êxito, visto que não traduz a verdade da situação do estabelecimento autuado.

Destaca que esse item da autuação apresentou supostas ocorrências de recolhimento a menor do ICMS Antecipação Parcial com vencimento nos meses de maio, outubro e novembro de 2011 e fevereiro de 2013, totalizando um valor histórico de R\$17.090,84, conforme Demonstrativos em anexo (doc. 09).

Assinala que a maioria das operações realizadas e utilizadas pelo Fiscal para compor essa Infração não são operações atingidas pela Antecipação Parcial, razão pela qual o recolhimento foi realizado de maneira devida, através de Diferencial de Alíquota. Observa que essa alegação pode ser demonstrada através do livro Registro de Entradas de cada mês fiscalizado (doc. 10).

Observa que através do livro Registro de Entradas é possível verificar que devidamente houve recolhimento do ICMS Antecipação Parcial, podendo-se reforçar a estrita correição desses recolhimentos, quando observado o livro Registro de Apuração de ICMS anexados (doc. 11), bem como as Notas Fiscais arroladas pelo Autuante (doc. 12).

Diz que com a análise de toda a documentação apresentada é possível identificar que o Autuante considerou as operações que foram atingidas pelo Diferencial de Alíquota e pela Substituição Tributária, como operações que deveriam ser atingidas pela Antecipação Parcial. Indaga como poderia recolher o ICMS Antecipação Parcial sem sequer ocorrer a subsunção do fato à norma para essa antecipação.

Exemplifica o que ocorreu no Auto de Infração, no mês de janeiro de 2013, em que a base de cálculo da Antecipação Parcial foi R\$70.067,33, tendo sido recolhido o valor de R\$8.366,00, a título de ICMS Antecipação Parcial. Observa que o Autuante entendeu que a base de cálculo do referido imposto foi de R\$164.242,05, alcançando o imposto de R\$27.921,16, tendo como diferença R\$6.995,71. Assevera que para alcançar essa base de cálculo, o Autuante considerou operações que não têm a incidência do ICMS Antecipação Parcial.

Ressalta que por simples análise de todas as Notas Fiscais apresentadas nesta defesa, é possível identificar que recolheu o imposto quando devido e pagou, tanto o ICMS Substituição Tributária, como o Diferencial de Alíquota quando devidos, não havendo razão para o requerimento de complemento do imposto por parte do Fisco.

Observa que considerando todos os elementos de impugnação desse item da autuação, bem como os demais elementos apresentados ao longo da defesa, resta evidente que o Autuante utilizou-se de parâmetros inexatos, engordando a base de cálculo e consequentemente o imposto a ser recolhido.

Arremata pugnando pela total improcedência do aludido Auto de Infração, uma vez que eivado de vício insanável, razão pela qual deve sofrer com a nulidade.

Ao tratar do princípio da primazia da realidade (verdade material), revela que a atividade de fiscalização tem um papel importante na arrecadação dos entes federados, permitindo que a ausência de recolhimento dos tributos seja identificada em sua estrita legalidade. Lembra que a ação de fiscalização tem o fim maior no interesse público, onde a engrenagem da Máquina Pública move-se buscando manter a União, os Estados e os municípios em movimento, trabalhando para a execução dos serviços públicos indispensáveis para o bem-estar dos administrados.

Assinala que, não raro, o Fisco acaba agindo desprovido de qualquer parâmetro legalmente instituído, ignorando todas as garantias constitucionalmente estabelecidas. Observa que os parâmetros legais estabelecidos visam impedir a violação de garantias constitucionais e os direitos dos contribuintes, permitindo a manutenção da garantia à intimidade e à vida privada, sigilo de dados, ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Sobre o tema reproduz ensinamentos do professor Roque Carraza e o posicionamento do jurista pátrio, Antônio de Aurélio Pitanga Seixas Filho.

Pondera que, considerando a primazia da realidade dos fatos em detrimento das presunções estabelecidas pelo Autuante, resta evidente que houve desrespeito aos princípios aplicáveis ao procedimento administrativo, princípios estes expressos no art. 2º, do RPAF-BA/99.

Declara que o Autuante, sempre no afã de recolher ainda mais recursos, resolveu limitar o seu procedimento fiscalizatório em planilha alimentada por informações constantes no sistema, mas, de alguma forma, acabou filtrando os valores de maneira equivocada, estabelecendo as Infrações 01, 02, 03 e 04 com “tipos” de ICMS que não correspondem à operação efetivamente realizada, como, por exemplo, a Infração 01, onde apresentou a descrição de ausência de recolhimento de ICMS Substituição Tributária em operação relativa à mercadoria de uso e consumo e imobilizado, de CFOP 6101 e 6102, ou seja, de incidência de ICMS normal e não ICMS ST.

Afirma que o Autuante Fiscal não identificou o pagamento de algumas Notas Fiscais que foram pagas em meses distintos do mês de vencimento do imposto. Observa que esses fatos ocorreram principalmente por problemas em sua logística, que deixou para contabilizar algumas notas após sua chegada, que acompanharam as mercadorias através de transporte terrestre por serem materiais corrosivos, o que acabou atrasando sua chegada e, consequentemente, sua contabilização e recolhimento. Reafirma que o recolhimento foi realizado, conforme já comprovado através dos relatórios e notas juntados ao longo da Impugnação.

Diz restar indubioso que, ante à irrefutável comprovação da verdade material e diante da possibilidade de inocorrência do fato imponível da obrigação tributária principal atrelada ao ICMS, afigura-se em cheque a tentativa de presumir a subsunção do fato à hipótese de incidência do fato gerador.

Ao se referir às multas aplicadas, observa que o Autuante exige o pagamento da multa de 60% estabelecida pelo art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96.

Pondera que acaso todas as alegações impugnatórias não sejam suficientes para o convencimento dos Julgadores, a despeito do equívoco que cometeu, o Fisco não pode exigir as referidas multas sem considerar todas as situações que levaram ao cometimento das infrações. Sustenta que ao aplicar a multa, o Fisco deve buscar o objetivo da sua imposição, atrelando ainda com o valor do tributo e com a culpabilidade do contribuinte.

Ressalta que a multa deve funcionar como ferramenta desestimulante e punitiva do ilícito e não como mecanismo para que o agente lance mão do patrimônio alcançado com a atividade empresarial.

Destaca que o princípio da razoabilidade regula o limite da aplicação de multas pelo Fisco, vedando o excesso das sanções na medida em que elas extrapolam sua finalidade, buscando a aplicação correta deste mecanismo, repudiando o efeito confiscatório das multas.

Declara que durante a autuação, o Fisco utilizou-se de multas evidentemente abusivas, que acabaram comprometendo sua empresa. Diz restar incontestável que a aplicação desta multa no presente caso, que sequer agiu mediante dolo, fraude e simulação, tem efeito confiscatório condenado inclusive pelo art. 150, inciso IV da CF/88.

Indaga se o tributo não pode ser utilizado com o efeito de confisco, por que a multa poderia ser utilizada para este propósito. Aduz que seria um contra-senso a Constituição coibir a utilização dos tributos com efeito confiscatório e o Fisco se aproveitar de multas draconianas para confiscar o patrimônio do contribuinte. Destaca não ser diferente o entendimento dos Tribunais, senão

vejamos o que fora preceituado pelo Supremo Tribunal Federal, citando a ADI nº 2.551 MC-QO / MG. Tribunal Pleno, Min. Rel. Celso de Mello. DJ de 20/04/2006.

Observa que diante de todos os argumentos supracitados, comprovando o descabimento das penalidades impostas, impõe-se a redução da imposição das multas desproporcionais. Diz ser aplicável aqui também a suscitação da nulidade do Auto de Infração, haja vista que se aponta vício que contamina o Auto de Infração de nulidade, pois o vício apontado contamina por reflexo e repercussão todos os demais valores apontados, o que deve culminar com o julgamento pela sua improcedência.

Arremata frisando que caso assim não seja entendido, que se dignem ao menos de reconhecer ser improcedente essa parcela da autuação

Requer ainda a juntada posterior de documentos, notadamente aqueles que identificam ou posam identificar elementos imprescindíveis para o alcance da justiça fiscal, em defesa do interesse público, tudo a assegurar a escorreita aplicação da norma constitucional contida no §7º, do art. 150 da CF/88, além da prevalência da verdade material, bem como a realização de diligências fiscais para constatação dos fatos aqui alegados e análise dos documentos colacionados, caso assim entenda necessário essa Junta de Julgamento.

Conclui pugnando pelo acolhimento de sua impugnação e a improcedência do Auto de Infração.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 340 a 343. Depois de reproduzir o teor do art. 150 e do art. 173, ambos do CTN, e o art. 965 do RICMS-BA/97, destaca não haver que se falar em decadência do Crédito Tributário, à luz do que dispõe a Legislação Tributária.

Quanto à “falta de clareza”, diz lhe parecer uma alegação de cunho meramente procrastinatório, haja vista que nada remete ao art. 18 do RPAF-BA/99.

Quanto ao mérito, rebate para cada uma das infrações os argumentos da defesa na forma a seguir resumidos.

Infração 01 - Destaca que desconsiderando a miscelânea de argumentos quanto à formatação da planilha, que em nada altera os valores apurados, tanto é assim que não foram apresentados na defesa, valores diferentes dos apurados pela fiscalização. Revela sua estranheza pelo fato do Defendente entender que o instituto da Substituição Tributária se dá a partir dos CFOPs das operações e não dos NCMs. Remata registrando que o Impugnante declara não ser devedor do imposto apurado nesta infração, em virtude de que, quando das aquisições, o vendedor/remetente utilizou como CFOP 6.101 e 6.102.

Diz haver uma confusão de argumentos no item 30, fls. 46, haja vista que o Defendente alega que recolheu o imposto exigido sob o Código de Receita 2175, e na sequência declara que essas aquisições têm a finalidade de uso e consumo, bem como para compor o ativo imobilizado, fazendo referência ao “doc. 04”, fls. 46 a 47. Frisa que não localizou tal documento “04” dentre a documentação anexada à peça defensiva.

Finaliza asseverando que a acusação não foi elidida, uma vez que não foi comprovado o recolhimento do imposto exigido nesse item da autuação.

Infração 02 - Frisa que o Defendente apenas nega o fato reportando-se inicialmente ao fato de que as mercadorias não estão enquadradas no regime de Substituição Tributária e depois, que algumas aquisições tiveram o recolhimento através de GNRE.

Observa que examinando a documentação acostada, onde é difícil relacionar os documentos anexados às razões defensivas, não detectou GNRE algum referente às Notas Fiscais relacionadas no demonstrativo.

Ressalta que considerou os efetivos recolhimentos conforme demonstrativos às fls. 13 e 14.

Infração 03 - Sobre a alegação de não ter sido considerado o crédito destacado no documento fiscal na apuração do valor do imposto exigido, sustenta que tal fato não se verifica. Registra que

o Defendente não informou quais valores e respectivas Notas Fiscais não tiveram o imposto destacado, considerado no demonstrativo.

Quanto ao interstício de tempo que chama para si como “erro cometido”, explica que não influiu nos valores exigidos, uma vez que foram apurados no competente mês e o Defendente não recolheu no mês em que deveria.

Infração 04 - Observa que o principal argumento é quanto à base de cálculo do imposto apurado, sob a alegação de que foram consideradas mercadorias enquadradas no Regime de Substituição Tributária.

Assinala que o Defendente não informa quais seriam essas mercadorias e que ao verificar o demonstrativo que embasa a acusação não detectou qualquer dessas mercadorias, ou seja, as mercadorias ali relacionadas estão alcançadas pela Antecipação Parcial.

Em pauta suplementar, essa 3ª JJF, fl. 347, converteu os autos em diligência para que o Impugnante, mediante intimação, apresentasse demonstrativo identificando de forma sistemática suas alegações defensivas com as correspondentes comprovações nos mesmos moldes e sequência dos respectivos demonstrativos apresentados pelo Autuante para cada uma das infrações.

Verifica-se às fls. 353 a 364 que o Defendente foi intimado por duas vezes via postal, solicitou dilação do prazo para atendimento da diligência, o que fora lhe concedido e informado, fl. 367, e mesmo assim, não se manifestou nos autos.

Ao tomar ciência da informação fiscal, o Autuado volta a se manifestar fl. 178. Anexa cópia de sua impugnação inicial que consta à fl.120.

Em nova informação fiscal fl. 373, o Autuante afirma que o Impugnante fora devidamente intimado e não se manifestou no prazo regulamentar.

VOTO

De início, cabe enfrentar a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo sob a alegação de cerceamento de defesa por falta de clareza e precisão na descrição dos fatos, bem como por serem insuficientes as planilhas e os demonstrativos constantes do CD para identificar a autuação.

Depois de compulsar os elementos que integram os autos, constato que não assiste razão ao Impugnante, uma vez que, a descrição das infrações apuradas constantes dos autos elucida de forma clara e direta as irregularidades cometidas, indicam a capitulação legal e a multa apurada. Do mesmo modo, as planilhas e demonstrativos gravados na mídia CD, cuja cópia foi entregue ao Defendente, explicitam de forma pormenorizada a origem de cada um dos valores apurados para cada nota fiscal arrolada no levantamento fiscal, elaborados em total consonância com a previsão expressamente estatuída na legislação de regência.

Portanto, não há como prosperar a alegação da defesa de que ocorreu cerceamento de defesa em virtude de ausência de clareza na descrição das infrações e de insuficiente demonstração da acusação fiscal.

Ademais, verifico também que o Auto de Infração atende a todas as formalidades para a sua validade, conforme requisitos constantes no art. 39, do RPAF-BA/99, não existindo a falta de clareza, bem como, não se afiguram presentes nos autos quaisquer dos elementos elencados no art. 18, do mesmo Regulamento, que o inquira de nulidade.

O sujeito passivo suscita também preliminar de mérito, sob a alegação de que, com base no §4º, do art. 150 do CTN, operou-se a decadência em relação aos lançamentos realizados no período de janeiro a julho de 2011.

Inicialmente, verifico que em relação às Infrações 01 e 03, que tratam de falta de recolhimento do ICMS, respectivamente, por antecipação e por antecipação parcial, não deve prosperar a

pretensão da defesa, uma vez que constatada a falta de pagamento do imposto pelo sujeito passivo, inexiste imposto a ser homologado, logo, aplica-se a previsão estatuída no inciso I, do art. 173, do CTN, ou seja, o marco inicial para a contagem do quinquênio se inicia no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, como no presente caso, o Autuado tomou ciência do Auto de Infração em 26 de julho de 2016, portanto, dentro do prazo de 05 anos, contados a partir de 01/01/12, que só seriam alcançados em 31/12/2017, não há que se falar em decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme arguido pelo Impugnante em relação às Infrações 01 e 03. Por essa razão, não acolho a arguição de extinção do crédito tributário por ocorrência de decadência do lançamento, em relação a esses dois itens da autuação.

No tocante à Infração 04, que trata do recolhimento a menos do imposto devido, constato que assiste razão ao Defendente, uma vez que nestes casos, este CONSEF, em reiteradas decisões prolatadas em julgamentos da 2ª Instância, a exemplo dos Acórdãos CJF de N° 004-11/18, N° 14-11/18 e N° 23-11/18, tem firmado o entendimento de que cabe a aplicação do §4º, do art. 150 do CTN, que coaduna com os Incidentes de Uniformização produzidos pela Procuradoria do Estado - PGE/PROFIS, sugerindo a adoção de entendimento que já vinha sendo observado de forma incipiente neste Conselho e pacífica nos tribunais judiciais pátrios, no sentido de que o prazo para homologação, via de regra, em especial quando ocorre alguma espécie de pagamento, acompanhada de medida tendente a informar ao Fisco a apuração do respectivo gravame, deve ser contado nos termos do supra aludido dispositivo do CTN.

Isto significa dizer que no caso desse item da autuação, o marco temporal inicial para a contagem do prazo quinquenal para que seja operada a decadência, é a partir da ocorrência do fato gerador.

Assim, o débito apurado de R\$138,62, relativo à ocorrência de abril de 2011 afigura-se tragado pela decadência e deve ser expurgado da Infração 04, que passa a remanescer o débito de R\$16.952,62.

Nesses termos, fica, em relação à Infração 04, parcialmente afastada a preliminar de mérito argüida pelo Autuado excluída que fica a exigência atinente à abril de 2011, e mantida a exigência no tocante às Infrações 01, 02 e 03, tendo em vista não ter sido operada a decadência nos meses suscitados pelo Defendente.

Indefiro o pedido para realização de diligência, conforme requerido em sua defesa, uma vez que os elementos constantes nos autos já são suficientes para a formação de juízo de valor e convencimento dos Julgadores. Portanto, com base no inciso I, alínea “a” e no inciso II, alínea “b”, do art. 147 do RPAF-BA/99, não acolho tal pedido.

No mérito, o Auto de Infração em epígrafe é composto por quatro infrações à legislação tributária estadual, arroladas pela fiscalização, conforme relatadas na inicial.

No mérito, as infrações 01 e 02, tratam respectivamente, de falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, conforme demonstrativos sintéticos, fls. 09 a 12, Infração 01, fl. 13 e 14, Infração 02 e demonstrativos analíticos no CD acostado à fl. 21.

Em sua Impugnação, o Autuado refutou o cometimento dessas infrações, alegando que o Autuante cometeu o equívoco de não acionar o filtro nas planilhas de Excel que contêm os demonstrativos, bem como arrolou no levantamento fiscal operações de comercialização normal, ou seja, não sujeitas ao regime de substituição. Sustentou também o Impugnante que foram desconsiderados alguns recolhimentos realizados por GNRE.

Em sede de informação fiscal, o Autuante esclareceu que o contribuinte não apresentou valores diferentes dos apurados nessa infração. Sustentou que não deve prosperar a alegação defensiva de não ser devedora, pelo fato de as operações arroladas no levantamento fiscal terem sido realizadas com o CFOPs 6.101 e 6.102, afirmando que a prevalência deve ser a NCM. Apontou

também a confusão articulada pela defesa ao afirmar que recolheu o imposto devido sob o código de receita 2175 e sem aparente nexo declarar que essas aquisições se destinaram ao uso e consumo e a compor seu ativo imobilizado. E por tudo isso, concluiu que acusação fiscal não foi elidida pelo Autuado.

Analizando os elementos que compõem estas infrações, verifica-se que encontram-se devidamente explicitados nos autos, uma vez que os demonstrativos, sintético e analítico, cujas cópias foram entregues ao Autuado, fl. 33, lastreiam a exigência fiscal identificando pormenorizadamente as operações objeto da autuação.

Resta também patente nos autos, que mesmo com a realização de Diligência o Impugnante não carreou aos autos qualquer comprovação inequívoca de suas alegações defensivas.

Assim, saliento as disposições dos artigos 142 e 143 do RPAF-BA/99, no sentido de que a *recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária*, assim como, a *simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*.

Nesses termos, não há qualquer reparo a ser feito no levantamento fiscal, considerando que foi elaborado em consonância com a legislação pertinente.

Concluo pela subsistência das Infrações 01 e 02.

Quanto às Infrações 03 e 04 que cuidam do recolhimento a menos, respectivamente, do ICMS antecipação e do ICMS antecipação parcial.

Do mesmo modo que ocorrera em relação às Infrações 01 e 02, no que diz respeito às Infrações 03 e 04, o Defendente alegou que algumas operações arroladas no levantamento fiscal se amoldam à hipótese de incidência do ICMS normal.

Assim, ante a não apresentação pela defesa de qualquer comprovação inequívoca de suas alegações, a Infração 03 resta subsistente integralmente.

Já a Infração 04 que teve a exigência de R\$138,22, exigida no mês de abril de 2011, tragicada pela decadência, consoante explicitado por ocasião de enfrentamento da liminar de decadência, mantidas integralmente as exigências dos demais períodos. O que resulta no débito remanescente de R\$16.972,62.

No que diz respeito ao pedido de redução ou cancelamento da multa de 60% aplicada às quatro infrações, saliento que está prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 42 da Lei 7.014/96. A arguição de confiscação de direito e os pedidos de aplicação dos princípios da capacidade contributiva, proporcionalidade e razoabilidade, não podem ser acolhidos, visto que a imposição fiscal decorre de expressa previsão.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o auto de infração nº 207093.0028/16-5, lavrado contra **EXPANJET GLOBAL SOLUTIONS EIRELLI - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$561.568,71**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO - RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR