

A. I. N° - 232151.0067/17-7
AUTUADO - WEBFONE COMÉRCIO DE APARELHOS TELEFÔNICOS CELULARES EIRELI – ME
AUTUANTE - RUBEM FRANCELINO SE SOUZA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/05/2019

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0053-04/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTRADA DE MERCADORIA ORIUNDA DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. ICMS NÃO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA QUANTO À CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO. Inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada. Em sede de instrução, na forma de diligência fiscal, por manifestação dos membros do Colegiado de primeira instância, foi solicitado, por duas vezes, do agente Fiscal, acostar aos autos, demonstrativos consubstanciados nos Relatórios que fazem parte integrante do CD/Mídia, que fundamenta a autuação, em que se pudesse identificar “*a nota fiscal*”, “*a data de entrada*”, “*o produto*”, “*o valor do produto*”, “*a base de cálculo imposto*”, “*a alíquota interestadual*”, “*o imposto destacado concessivo do crédito*”, “*a margem de valor agregado (MVA)*”, “*o imposto total devido na operação*” e “*o imposto devido por substituição não retido a recolher*”, inclusive, totalizando “*mês a mês*”, como lançado no demonstrativo de débito da autuação, o que não foi atendido. Sabe-se que a Diligência Fiscal é desenvolvida para dirimir dúvidas ou apresentação de documentações, no sentido de se confirmar ou não a autuação imputada ao sujeito passivo. É nulo o procedimento que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração arguida. Portanto, com base no art. 18, inciso IV do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, declaro nulo o Auto de Infração, por inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada, bem assim, por entender que é inviável seu saneamento, haja vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada, na juntada de documentos para a comprovação dos fatos, acarretando incerteza na autuação, cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal. Com fundamento no art. 156, c/c art. 21 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, represento à autoridade competente, para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas, no sentido de exigir o crédito tributário a favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia, caso reste comprovado que, efetivamente, nas operações de entradas, objeto da presente autuação, são devidos o ICMS Substituição Tributária, e não foram recolhidos pelo defendant, como assim está previsto na legislação pertinente,

observando o aspecto decadencial de constituição do crédito fiscal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 07/12/2017, exige ICMS no valor de R\$658.293,37, conforme demonstrativo de fls. 5/7, relatório de fls. 11/28 e CD/Mídia de fl.30, integrantes do presente PAF, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 – 07.21.03: Deixou de proceder o recolhimento do ICMS, devido em razão de responsabilidade solidária, referente às aquisições de outra unidade da Federação de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, não tendo sido feita a retenção, nos anos de 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 e 2017, conforme demonstrativo de fls. 5/7, relatório de fls. 11/28 e CD/Mídia de fl.30. Lançado ICMS no valor de R\$658.293,37, com enquadramento no artigo 6º, inciso XV da 7.014/96, mais multa de 60% tipificada no artigo 42, inc. I, alínea “e”, do mesmo diploma legal.

O contribuinte apresenta defesa, às fls. 1119/132 dos autos, na qual, após descrever os fatos geradores e seus enquadramentos, traz suas razões de impugnação, que a seguir passo a discorrer:

Inicialmente destaca que a defesa tem a intenção, única e exclusiva, de demonstrar os equívocos procedimentais existentes no trabalho fiscal levado a efeito pelo autuante, ao qual, não obstante sua reconhecida capacidade técnica, e seu empenho profissional, na execução da fiscalização, diz que se equivocou ao exigir o imposto apontado no Auto de Infração em epígrafe.

Observa que é uma empresa tem como atividade preponderante o comércio varejista de aparelhos telefônicos celulares, cartões inteligentes Smart Card e Sim Card, pilhas e baterias de pilhas, elétricas, mercadorias estas que estão enquadradas no rol da Substituição Tributária.

Destaca que praticamente todas as mercadorias comercializadas estão enquadradas no regime de substituição tributária, de modo que as operações de saídas se encontram com a fase de tributação encerrada, ou seja, as operações de saídas não sofrem incidência de nenhuma tributação de ICMS.

Em decorrência do previsto na legislação fiscal, diz que a maioria dos produtos comercializados não sofre tributação quando da sua saída em virtude de ter a sua fase de tributação encerrada por motivo do ICMS ter sido pago pelo regime de substituição tributária ou pelo regime de antecipação tributária tais como: aparelhos de telefonia celular e aparelhos de modem, enquadrados no NCM 85.17.12.13, 85.17.12.19, 85.17.12.31, cartões inteligentes (Smart Cards e Sim Card enquadrados no NCM 85.23.52.00 e baterias enquadradas nos códigos NCM 85.06. 50.10. e 85.06.10.10.

Destaca, também, que negocia com compra e venda de aparelhos de telefonia celular usados, produtos que tem base de cálculo reduzida nas suas operações, conforme prevê o convênio ICM 15/81 clausula primeira que diz: *“Fica reduzida de 80% a base de cálculo do ICM, nas saídas de maquinas, aparelhos e veículos usados”*.

Diz, ainda, que **também negocia com compra e venda de aparelhos de telefonia celular usados, adquiridos em empresas telefônicas, (VIVO, TIM, CLARO)**, onde declaram nas notas fiscais de sua emissão que se trata de venda de bem do ativo imobilizado, produtos que tem base de cálculo reduzida nas suas operações, conforme prevê o convênio ICM 15/81 clausula primeira que diz: *“Fica reduzida de 80% a base de cálculo do ICM, nas saídas de maquinas, aparelhos e veículos usados”*.

Aduz que também negocia com compra e venda de SIM CARD, destinados à utilização exclusiva em aparelhos celulares de tecnologia GSM, produtos que tem **base de cálculo reduzida em 29,41% nas suas operações, conforme prevê o artigo 266, XVIII do RICMS que descreve**.

Observa a autuada que também negocia com compra e venda de aparelhos e equipamentos de processamento de dados, seus periféricos e suprimentos como partes e acessórios das máquinas da posição 84.71 do NCM, câmeras conectáveis a microcomputadores (“web cams”) NCM 85.25.80.29 e inúmeras outras mercadorias elencadas no inciso XIII do artigo 266 do RICMS que descreve.

Momento seguinte, diz que a Secretaria da Fazenda, com o passar dos anos, vem alterando a legislação, e incluindo cada dia mais, produtos para ser cobrado o ICMS, pelo regime de substituição e/ou antecipação tributária.

Por fim, sem apresentar qualquer conclusão do argumento de defesa até aqui relatado, diz que, mais recentemente instituiu o pagamento de antecipação parcial do ICMS, sobre todas as compras que as empresas realizem fora do Estado.

Seguindo com seus argumentos de defesa passa, então destacar aspectos do procedimento fiscal efetuado pelo agente Fiscal. Diz que o autuante deixou de fornecer em formato de papel, os demonstrativos analíticos da forma como apurou o ICMS devido, como determina o art. 8º, § 3º do RPAF que destaca.

Diz que, no que tange a infração de nº 1, o autuante não apresentou em formato de papel, as cópias das notas fiscais que deram origem aos demonstrativos da apuração do ICMS devido por Substituição Total, prejudicando o direito de defesa.

Observa que o autuante também não apresentou os demonstrativos de apuração do ICMS devido por Substituição Total em formato de papel prejudicando o direito de defesa. Destaca, também, que o autuante deixou de apresentar planilha em formato de papel (tipo Excel) contendo a relação das notas fiscais de compras, mês a mês, com detalhamento das compras de mercadorias tributadas sujeitas ao pagamento do ICMS Substituição Total, para que autuada pudesse verificar como o mesmo achou os valores devidos, com o cálculo das reduções previstos na legislação tributária em vigor, prejudicando o direito de defesa.

Destaca que os dados contidos no CDR estão confusos, em que os DANFES estão com datas misturadas, contendo inúmeras infrações que não guardam nenhuma relação ao que está contido no Auto de Infração lavrado pelo autuante. Diz que consta a infração 08.40.03 quando esta infração não está no presente Auto de Infração.

Diz que o autuante cometeu inúmeros enganos e em decorrência destes enganos, os cálculos aplicados estão incorretos. A título de exemplo, verifica que a Nota Fiscal de nº 24928, datada de 09/01/2012 aonde consta a aquisição de telefone celular NCM 85.17.12.31 no valor de R\$2.160,55 que está sujeita ao pagamento do ICMS por Substituição Tributária o autuante constituiu o crédito tributário como ICMS Antecipação Parcial. Idem, procedimento do autuante, ocorreu com as Notas Fiscais nºs 6474, 6775, 13475, 35023, 13879, 13917, e 8391 todas do mês de janeiro de 2012.

Diz que a grande maioria das compras efetuadas referem-se a aquisições de aparelhos de telefone celulares usados ou seminovos. Tais produtos aduz terem redução de 80% na base de cálculo conforme convênio 15/81, conforme citado anteriormente. Destaca que está anexando cópias de notas fiscais de diversos fornecedores, referente compra de aparelhos celulares, aonde diz constar claramente “na coluna informações complementares” que os produtos são usados ou seminovos.

Aduz que algumas das notas fiscais anexas aos autos, em sede de defesa, consta inclusive que a operação de compra foi efetuada através de leilões de aparelhos usados que as grandes empresas do ramo no Brasil realizam com as mercadorias que as mesmas anteriormente ofereceram no mercado como operação de comodato. Diz que é comum as mesmas receberem os aparelhos usados por meio de troca ou entrada em compra de aparelho novo. Posteriormente as mesmas realizam a venda dos aparelhos usados recebidos por meio de leilão.

Assegura que foi constituído crédito de ICMS Substituição Tributária, sobre mercadorias cujas entradas a nota fiscal tem como Natureza da Operação Remessa de Mercadoria ou Bem para

Reparo como consta na Nota Fiscal de nº 143 de 24/03/2017 emitida por Diego Cardoso da Silva e cujas mercadorias não estão sujeitas ao Regime de Pagamento por Substituição Tributária (modelador de cabelo, secador de cabelo, ferro seco, liquidificador, relógios, termômetros, etc.).

Diz, também, que o autuante constituiu crédito de ICMS Substituição Tributária, sobre mercadorias cujas entradas constam na Nota Fiscal de nº 027 de 17/02/2016, emitida por Diego Cardoso da Silva e as mercadorias não estão sujeitas ao Regime de Pagamento por Substituição Tributária (prancha de cabelo, cafeteira, bebedouro, ventilador de coluna, sanduicheira, fritadeira, etc.).

Desta forma, diz que o resultado apurado pela fiscalização, simplesmente, não retrata a realidade dos fatos, pelo que não é capaz de sustentar o lançamento do crédito tributário da impugnada. Observa que, durante o período que se refere à fiscalização, operou em média com 95 % dos seus atos de vendas com mercadorias usadas ou seminovas.

No caso desta infração, requer que seja solicitado ao agente Fiscal para efetuar demonstrativo analítico das entradas de mercadorias efetuadas pela autuada, constando o valor das compras de mercadorias tributadas e que estejam sujeitas ao pagamento de ICMS Substituição Total em formato (tipo Excel) e em formato de papel, (excluídas as notas fiscais referentes a aquisições de mercadorias para consumo, ativo permanente, devoluções e entradas de mercadorias para conserto), com as devidas correções e para que a autuada tenha conhecimento de como foi apurado o ICMS devido e possa exercer o legitimo direito de defesa.

Salienta que a Fiscalização, também, deve abater do valor apurado todos os valores de recolhimento de ICMS Substituição Total que a autuada fez de forma espontânea e daqueles já constituídos pela Secretaria da Fazenda referente as notificações lavradas durante todo o período fiscalizado.

Neste contexto apresenta seu pedido. Diante de todo o exposto, diz que fica comprovado que, quanto a **Infração 01**, o autuante cometeu erros, enganos e equívocos, como caracterizar a infração de forma imprecisa e que houve o agravante de constituir crédito tributário de ICMS Substituição Tributária, sobre mercadorias isentas ou já tributadas por antecipação e/ou substituição e deixar também de lançar nos seus cálculos as devidas reduções de base de cálculo previstas na legislação vigente, além de deixar de fornecer os dados dos levantamentos e cópias de notas fiscais (DANFES) em formato de papel, cerceando o direito de defesa, por isso requerer que esta JJF julgue NULA a Infração.

Não sendo acatado pela Junta de Julgamento Fiscal o pedido de nulidade total da infração, requer que seja solicitado ao autuante para efetuar demonstrativo analítico das entradas de mercadorias efetuadas pela autuada através das notas fiscais de compras, com totais mês a mês, constando o valor das compras de mercadorias (Data da Nota Fiscal, Valor da Nota Fiscal, Base de Cálculo, Base de Cálculo Reduzida, Valor do Crédito Fiscal, Alíquota do Crédito, Alíquota de Débito, Carga Tributária, Valor de Glosa de Crédito, Valor do ICMS já pago pela autuada, ICMS reclamado pelo autuante e demais dados esclarecedores), que estão sujeitas ao pagamento do ICMS pelo regime de Substituição Tributária em planilha isolada de quaisquer outras infrações em **formato de papel e tipo “Excel”**.

Requer ainda, que seja solicitada ao autuante a devida correção quanto à infração realmente cometida pela autuada e o refazimento da planilha apresentada com as devidas correções e que seja reaberto o prazo de defesa por 60(trinta) dias.

O autuante em sua informação fiscal, às fls. 162/167 dos autos, após sintetizar os argumentos de defesa, assim manifesta:

Diz que a legislação tributária (Convenio) que trata de maneira abrangente e exaustiva sobre a tributação de Telefone para redes celulares portáteis é o Convênio 135/06 e nesta legislação não encontra redução de base de cálculo. Destaca que a argumentação da defesa trazida a balia refere-se máquinas aparelhos e veículos usados. Complementa dizendo que a argumentação da defesa é capciosa posto que o aparelho Motorola PT-550, que ficou conhecido como ‘tijolão’, foi o primeiro

celular vendido no Brasil e comercializado na década de 90, seu lançamento aconteceu inicialmente no Rio de Janeiro e depois em São Paulo. Diz que a legislação não trata em 1981 de um aparelho que nem ao menos existia. Não obstante, aduz que se deve manter o princípio da prevalência da Legislação específica sobre a Legislação geral.

Por outro lado, diz que a redução de base de cálculo invocada pela defesa refere-se a um benefício fiscal condicional, conforme descreve o artigo 266 Inciso XVII e o próprio defendant menciona. A condição estabelecida na legislação “*autorizado pelo diretor de administração tributária da região do domicílio do contribuinte*” não foi satisfeita, portanto diz que não é cabido a aplicação do benefício.

Aduz que a redução de base de cálculo invocada pela defesa refere-se a um benefício fiscal condicional, conforme descreve o Artigo 266 Inciso XVIII. Neste contexto observa que o autuado não possui autorização dada pelo diretor de administração tributária da região do domicilio e consequentemente também não faz jus ao benefício.

Destaca que o benefício da redução da base de cálculo descrito no Artigo 266 Inciso XIII combinado com Anexo 5-A, considerado em suas respectivas datas e por parte da defesa, diz que faltou objetividade em indicar em qual caso o benefício haveria de ser considerado.

Continuando, diz que, a argumentação de que após o pagamento da antecipação (parcial ou total) fica desonerado de tributação posterior seria razoável se houvesse pagamento. Nessa perspectiva diz que se tem nos autos justamente a infração de falta de recolhimento das referidas importâncias, então diz que se faz inepta esta argumentação.

Aduz que a formalidade prevista na legislação (Decreto nº 7.629/99-RPAF) foi plenamente atendida (artigo 15 e seus incisos e parágrafos do RPAF). Em sendo assim, diz que não seria ele, nem muito menos o autuado, quem deve estabelecer a maneira ou critérios de se elaborar demonstrativos a serem juntados aos autos.

Quanto à planilha de “Excel” a ser anexada, diz acreditar que a defesa está se referindo ao produto da Microsoft (produto de Marca específica) que deve orientar e instruir um documento público. Tem-se que esta argumentação é descabida e não pode ser considerada.

Sobre as considerações de defesa em relação as mercadorias das NF-e nºs 24928, 13475, 35023, 13879, 13917 e 8391, diz que, quando possuíam recolhimento estes foram realizados a menor. Em seguida, destaca que, obviamente, do demonstrativo de cálculo traz o valor do crédito (valor integral) e o valor do pagamento foi deduzido do montante.

Neste contexto, diz que se tem que a defesa não soube interpretar o histórico da legislação tributária uma vez que em 20/01/2012 o item da NF-e nºs 2948 NCM 8517.6254 não fazia jus ao benefício da redução da base de cálculo de carga tributária de 7%, esse benefício para este item foi incrementado a legislação em 30/05/2014.

Diz que, nos termos do § 6º do Artigo 266 “*Os benefícios fiscais constantes neste artigo não deverão ser aplicados em operação interestadual sujeita à alíquota do ICMS de 4% (quatro por cento) por força do disposto na Resolução do Senado Federal nº 13/12*”, trata-se de “*cartuchos de imprimir*” importado, portanto não se aplica a redução da base de cálculo solicitada.

O autuante traz, na Informação Fiscal, outras contrarrazões que diz relacionar aos argumentos de defesa, para em seguida dizer que, de tudo exposto, requer que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Compulsando mais detidamente os autos, mais especificamente os elementos que fundamentam ou instruem a ação fiscal, têm-se que não se observa qualquer demonstrativo elaborado pelo agente Fiscal que demonstre a ocorrência da imputação posta, que diz respeito à falta de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial, decorrentes de aquisições de mercadorias provenientes de outro Estado para fins de comercialização, pelo sujeito passivo.

Neste de tipo de imputação, para demonstração do fato arguido, torna-se necessário, o que não é regra imposta pela a legislação, a elaboração pelo fiscal autuante de um “*papel de trabalho*”, acostado aos autos, em meio impresso ou em “CD/Mídia”, que se possa identificar a nota fiscal, a data de entrada, o produto, o valor do produto, a base de cálculo, a alíquota, o imposto destacado e o imposto devido por antecipação a recolher, inclusive totalizando mês a mês, como lançado no demonstrativo de débito da autuação.

Neste contexto, em respeito ao princípio da verdade material e da ampla defesa que norteiam o Processo Administrativo Fiscal e que devem ser observados, entre outros, a fim de que o curso das ações processuais siga sem intercorrências ou anormalidades, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal, na sessão de julgamento do dia 19/06/2018, decidiu converter o presente processo à unidade Fazendária de Origem para que sejam adotadas as seguintes providências:

a) **1ª Providência:** encaminhar o presente PAF ao Fiscal Autuante, para:

- elaborar um “*papel de trabalho*”, consubstanciado nos Relatórios que fazem parte integrante do CD/Mídia de fl. 30, que fundamenta autuação, em que se possa identificar “*a nota fiscal*”, “*a data de entrada*”, “*o produto*”, “*o valor do produto*”, “*a base de cálculo imposto*”, “*a alíquota interestadual*”, “*o imposto destacado concessivo do crédito*”, “*a margem de valor agregado (MVA)*”, “*o imposto total devido na operação*” e “*o imposto devido por substituição não retido a recolher*”, inclusive, totalizando “mês a mês”, como lançado no demonstrativo de débito da autuação.
- desenvolver nova informação fiscal, relativo a manifestação do defendant de fls. 120/134 dos autos, que deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa, destacados no corpo desse pedido de diligência, em especial o destaque do sujeito passivo em relação ao aspecto das mercadorias serem produtos “*usados*” ou “*seminovos*”, adquiridos em leilões, o que a luz do seu entendimento estariam acobertados pela redução de 80% na base de cálculo na forma do Convênio ICMS nº 15/81, com fundamentação, como assim dispõe o § 6º, do art. 127, do RPAF/BA.

b) **2ª Providência:** encaminhar o demonstrativo e a nova informação fiscal desenvolvida, como estabelecido no item “a” acima, ao órgão competente da INFRAZ, que deve cientificar o autuado, mediante intimação, do resultado da nova informação fiscal, com entrega dos documentos acostados aos autos, conforme depreende os termos do § 7º do art. 127 do RPAF/BA, com a indicação de 60 (sessenta) dias para se manifestar, querendo.

c) **3ª Providência:** depois de atendida o encaminhamento da Informação Fiscal ao autuado na forma do item “b”, após os 60 (sessenta) dias de prazo:

- a. havendo manifestação do autuado, o órgão competente da INFRAZ, deve cientificar o agente Fiscal Autuante, para prestar nova informação fiscal com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da nova defesa, na forma do § 6º, art. 127, do RPAF/BA, sem tampouco dar ciência dessa nova informação fiscal ao sujeito passivo, devolvendo o PAF ao CONSEF para instrução, visando o devido julgamento.
- b. não havendo manifestação do autuado, o órgão competente da INFRAZ, sem tampouco dar ciência ao agente Fiscal Autuante, deverá providenciar a devolução do PAF ao CONSEF para instrução, visando o devido julgamento.

Às fls. 180/181 dos autos o agente Fiscal, em atendimento ao pedido de Diligência expedido pela a 4ª Junta de Julgamento Fiscal, na sessão de julgamento do dia 19/06/2018, acosta às fls. 182/683 o relatório “06 - Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF” composto de 504 páginas, às fls. 685/736 o relatório “18 - Relatório Mercadorias com Crédito Máximo Admitido Restringido pela Legislação” composto de 54 páginas e às fls. 737/754 o relatório “05 - Resumo para Constituição de Crédito Tributário – Sintético” composto de 18 páginas, todos extraídos dos sistemas gerenciais da SEFAZ, sem tampouco desenvolver qualquer demonstrativo, como “papel de trabalho” intrínseco da ação fiscal em análise ou mesmo extraídos dos sistema corporativos da

SEFAZ, que possa efetivamente indicar a falta de recolhimento do ICMS devido pelo sujeito passivo por responsabilidade solidária, referente aquisições oriundas de outras unidades da Federação enquadradas no regime de substituição tributária requerida em sede de diligência como assim dispõe o § 6º, do art. 127, do RPAF/BA.

Assim, na sessão suplementar do dia 31/01/2018, verificando que o autuante não cumpriu os Termos da Diligência do dia 19/06/2018 às fls. 174/176 dos autos, **aliás, insurgindo quanto ao solicitado pelos membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal**, na forma do que está posto na manifestação de fls. 180/181, indo de encontro ao que orienta o art. 126, RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, mais especificamente o §§ 6º e 7º, c/c inc. I, do § 4º do art. 28 do mesmo diploma legal; a 5ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela conversão do presente PAF em Diligência à Inspetoria Fazendária de origem, na pessoa do Srº Inspetor Fazendário, **para determinar** o d. Fiscal Autuante, ou outro Fiscal estranho ao feito, **o atendimento das providências** solicitadas às fls. 175/176 dos autos.

Às fls. 770/771, o Fiscal Autuante, volta a insurgir quanto ao pedido de Diligência, destacando que, a controvérsia estabelecida no presente PAF não será resolvida através de diligencia e sim através de Perícia Fiscal, e neste, contexto sugere que seja solicitado a Assessoria Técnica (ASTEC), e, ainda, acrescenta que, se houver dúvida quanto aos relatórios que acostou aos autos para fundamentar autuação, pede que este Conselho de Fazenda solicite explicações ao gestor do aplicativo utilizado para a confecção do seu trabalho, no caso em análise, afirma ser o COE.

VOTO

Verso o Auto de Infração, lavrado em 07/12/2017, para exigir imposto do sujeito passivo, no valor de R\$658.293,37, por ter deixado de proceder ao recolhimento do ICMS, devido em razão de responsabilidade solidária, referente às aquisições de outra Unidade da Federação, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, não tendo sido feita a retenção, nos anos de 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 e 2017, conforme demonstrativo de fls. 5/7, relatório de fls. 11/28 e CD/Mídia de fl.30, com enquadramento no artigo 6º, inciso XV da Lei nº 7.014/96, mais multa de 60%, tipificada no artigo 42, inc. I alínea “e”, do mesmo diploma legal.

Assim dispõe o art.6º da Lei nº 7.014/96:

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário. (O inciso XV foi acrescentado ao caput do art. 6º pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10).

Sobre tal exigência fiscal, tacitamente o sujeito passivo não se insurge, a discordância, todavia, decorre do “modus operandi” do procedimento da ação fiscal, na constituição da prova material da imputação cometida, isto é, documentos, demonstrativos, relatórios e outros elementos necessários à instrução do processo administrativo, objeto em análise, como assim está disposto no art. 28 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/1999 e suas alterações.

Compulsando mais detidamente os autos, mais especificamente os elementos que fundamentam ou instruem a ação fiscal, têm-se que não se observa qualquer demonstrativo elaborado pelo agente Fiscal que demonstre a ocorrência da imputação posta, que diz respeito a falta de recolhimento do ICMS devido em razão de responsabilidade solidária, decorrentes de aquisições de mercadorias provenientes de outro Estado enquadradas no regime de substituição tributária, pelo sujeito passivo.

Neste de tipo de imputação, para demonstração do fato arguido, torna-se necessário à elaboração pelo fiscal autuante de um “papel de trabalho”, em que deve ser acostado aos autos, em meio

impresso ou em “CD/Mídia”, onde se possa identificar a “*nota fiscal*”, a “*data de entrada*”, o “*produto*”, o “*valor do produto*”, a “*base de cálculo do imposto*”, a “*alíquota interestadual*”, o “*imposto destacado*”, a “*margem de valor agregado (MVA)*”, o “*imposto total devido na operação*” e o “*imposto devido por substituição não retido*”, inclusive totalizando mês a mês, como lançado no demonstrativo de débito da autuação.

Na realidade, o que se observa de elementos constitutivos do crédito tributário arguido, objeto em análise, acostados aos autos pelo agente Fiscal, são apenas relatórios, constantes do CD/Mídia de fl. 30 dos autos, extraídos dos sistemas da SEFAZ que traz, apenas, um indicativo do cometimento da infração imputada. São eles “06 - Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF”; 08 - Relação Pagamentos Parciais - no Demonstrativo Cálculo”; “13 - Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal”; “18 - Relatório Mercadorias com Crédito Máximo Admitido Restringido pela Legislação”; “05 - Resumo para Constituição de Crédito Tributário”; e 05 - Resumo para Constituição de Crédito Tributário – Sintético”, sem tampouco apresentar qualquer demonstrativo que apresente a irregularidade apontada nos autos. Aliás, vê-se, ainda, no CD/Mídia o arquivo de notas fiscais de entradas (DANFE’s), que deixa a interpretar que seriam a notas fiscais que o deficiente deixou de recolher o ICMS por Substituição Tributária, objeto da autuação.

Daí entender, que resta razão ao pedido da defesa a esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, de solicitar do agente Fiscal Autuante demonstrativo analítico das entradas de mercadorias efetuadas pela autuada através das notas fiscais de compras, com totais mês a mês, constando o valor das compras de mercadorias, indicando “*Data da Nota Fiscal, Valor da Nota Fiscal, Base de Cálculo, Base de Cálculo Reduzida, Valor do Crédito Fiscal, Alíquota do Crédito, Alíquota de Débito*” entre outras informações, que deram causa a presente autuação.

Neste contexto, em respeito ao princípio da verdade material e da ampla defesa que norteiam o Processo Administrativo Fiscal e que devem ser observados, entre outros, a fim de que o curso das ações processuais siga sem intercorrências ou anormalidades, a 4ª Junta Julgamento Fiscal, na sessão de julgamento do dia 19/06/2018, decidiu converter o presente processo à unidade Fazendária de Origem, para que fossem adotadas as seguintes providências:

a) **1ª Providência:** encaminhar o presente PAF ao Fiscal Autuante, para:

- elaborar um “*papel de trabalho*”, consubstanciado nos Relatórios que fazem parte integrante do CD/Mídia de fl. 30, que fundamenta autuação, em que se possa identificar “*a nota fiscal*”, “*a data de entrada*”, “*o produto*”, “*o valor do produto*”, “*a base de cálculo imposto*”, “*a alíquota interestadual*”, “*o imposto destacado concessivo do crédito*”, “*a margem de valor agregado (MVA)*”, “*o imposto total devido na operação*” e “*o imposto devido por substituição não retido a recolher*”, inclusive, totalizando “*mês a mês*”, como lançado no demonstrativo de débito da autuação.
- desenvolver nova informação fiscal, relativo a manifestação do deficiente de fls. 120/134 dos autos, que deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa, destacados no corpo desse pedido de diligência, em especial o destaque do sujeito passivo em relação ao aspecto das mercadorias serem produtos “*usados*” ou “*seminovos*”, adquiridos em leilões, o que a luz do seu entendimento estariam acobertados pela redução de 80% na base de cálculo na forma do Convênio ICMS nº 15/81, com fundamentação, como assim dispõe o § 6º, do art. 127 do RPAF/BA.

b) **2ª Providência:** encaminhar o demonstrativo e a nova informação fiscal desenvolvida, como estabelecido no item “a” acima, ao órgão competente da INFRAZ, que deve cientificar o autuado, mediante intimação, do resultado da nova informação fiscal, com entrega dos documentos acostados aos autos, conforme depreende os termos do § 7º, do art. 127 do RPAF/BA, com a indicação de 60 (sessenta) dias para se manifestar, querendo.

- c) 3^a **Providência:** depois de atendida o encaminhamento da Informação Fiscal ao autuado na forma do item “b”, após os 60 (sessenta) dias de prazo:
- c. havendo manifestação do autuado, o órgão competente da INFAS, deve cientificar o agente Fiscal Autuante, para prestar nova informação fiscal com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da nova defesa, na forma do § 6º, art. 127 do RPAF/BA, sem tampouco dar ciência dessa nova informação fiscal ao sujeito passivo, devolvendo o PAF ao CONSEF para instrução, visando o devido julgamento.
- d. não havendo manifestação do autuado, o órgão competente da INFAS, sem tampouco dar ciência ao agente Fiscal Autuante, deverá providenciar a devolução do PAF ao CONSEF para instrução, visando o devido julgamento.

Às fls. 180/181 dos autos, o agente Fiscal, em atendimento ao pedido de Diligência expedido pela a 4^a JJF, na sessão de julgamento do dia 19/06/2018, acosta às fls. 182/683 o relatório “06 - Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF” composto de 504 páginas, às fls. 685/736 o relatório “18 - Relatório Mercadorias com Crédito Máximo Admitido Restringido pela Legislação” composto de 54 páginas e às fls. 737/754 o relatório “05 - Resumo para Constituição de Crédito Tributário – Sintético” composto de 18 páginas, todos extraídos dos sistemas gerenciais da SEFAZ, sem tampouco desenvolver qualquer demonstrativo, como “papel de trabalho” intrínseco da ação fiscal em análise ou mesmo extraídos dos sistema corporativos da SEFAZ, que possa efetivamente indicar a falta de recolhimento do ICMS devido pelo sujeito passivo por responsabilidade solidária, referente aquisições oriundas de outras unidade da Federação enquadradas no regime de substituição tributária requerida em sede de diligência como assim dispõe o § 6º, do art. 127 do RPAF/BA.

Este Relator Julgador, ainda em sede de instrução do presente PAF, juntamente com os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal, na sessão suplementar do dia 31/01/2018, à fl. 766, verificando que o Fiscal Autuante não cumpriu os termos da Diligência da 4^a Junta de Julgamento Fiscal expedida no dia 19/06/2018 às fls. 174/176 dos autos, insurgindo quanto ao solicitado pelos membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal, na forma do que está posto na manifestação de fls. 180/181, indo de encontro ao que orienta o art. 126 RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, mais especificamente o §§ 6º e 7º, c/c inc. I, do § 4º do art. 28 do mesmo diploma legal; decidiu pela conversão do presente PAF em nova Diligência Fiscal à Inspetoria Fazendária de origem, na pessoa do Srº Inspetor Fazendário, para determinar o d. Fiscal Autuante, ou outro Fiscal estranho ao feito, o atendimento das providencias solicitadas às fls. 175/176 dos autos.

Em nova manifestação, às fls. 770/771, o agente Fiscal volta a insurgir-se quanto ao pedido de Diligência, destacando que, a controvérsia estabelecida no presente PAF não será resolvida através de diligencia e sim através de Pericia Fiscal, e neste, contexto sugere que seja solicitado a Assessoria Técnica (ASTEC), e, ainda, acrescenta que, se houver dúvida quanto aos relatórios que acostou aos autos para fundamentar autuação, pede deste Conselho de Fazenda que solicite explicações ao gestor do aplicativo utilizado para a confecção do seu trabalho, no caso em análise, afirma ser o COE, eximindo, assim, de sua obrigação quanto a constituição do crédito tributário, como assim dispõe o inc. IV, do art. 39 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Neste sentido, solicitar nova Diligência Fiscal ao Autuante para acostar aos autos os demonstrativos indicados nos dois pedidos de Diligências acima destacados; ou mesmo solicitar do Inspetor da unidade Fazendária de circunscrição da defendant, para designar um outro Fiscal estranho ao feito, como assim foi posto no pedido da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do dia 31/01/2018, à fl. 766, observo que me apresenta impraticável pelo volume de operações de entradas envolvidas na autuação, além de se destinar a verificação de documento/demonstrativo que estaria de posse do agente Fiscal, cuja sua cópia poderia ter sido por ele juntado aos autos, em sede de Informação Fiscal, o que não o fez, impossibilitando compreender como se chegou as bases de cálculo das ocorrências levantadas, e por conseguinte o imposto apurado.

Sabe-se que a Diligência Fiscal é desenvolvida para dirimir dúvidas ou apresentação de documentações, no sentido de se confirmar a autuação imputada ao sujeito passivo. É nulo o procedimento que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração arguida. Portanto, com base no art. 18, inciso IV, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, declaro nulo o Auto de Infração por inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada, bem assim, por entender que é inviável seu saneamento, haja vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada na juntada de documentos/demonstrativos para a comprovação dos fatos, acarretando incerteza na autuação, cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal.

Com fundamento no art. 156, c/c art. 21 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, represento à autoridade competente, para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo de falha acima apontada, no sentido de exigir o crédito tributário a favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia, caso reste comprovado que, efetivamente, as operações de entradas, objeto da presente autuação, são devidos o ICMS Substituição Tributária e não foram recolhidos pelo defendant, como assim está previsto na legislação pertinente, observando o aspecto decadencial de constituição do crédito fiscal.

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 232151.0067/17-7, lavrado contra WEBFONE – COMÉRCIO DE APARELHOS TELEFÔNICOS CELulares EIRELI – ME. Recomenda-se à autoridade fazendária, verificar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo dos equívocos apontados, observando o aspecto decadencial de constituição do crédito fiscal.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de maio de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA