

A. I. Nº - 232151.0068/17-3
AUTUADO - WEBFONE COMÉRCIO DE APARELHOS TELEFÔNICOS CELULARES EIRELI - ME
AUTUANTE - RUBEM FRANCELINO SE SOUZA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 07/06/2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0058-04/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. CONTRIBUINTE ENQUADRADO NO REGIME DO SIMPLES NACIONAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA QUANTO À CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO. Inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada. Em sede de instrução, 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 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, em relação às operações de entradas, objeto da presente autuação, o sujeito passivo deixou e efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de optante do Simples Nacional, referente às

aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, como assim está previsto na legislação pertinente, observando os aspectos decadencial do crédito. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 07/12/2017, exige ICMS no valor de R\$541.505,95, conforme demonstrativo de fls. 5/8, relatório de fls. 12/29 e CD/Mídia de fl.30, integrantes do presente PAF, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 – 07.21.03: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos anos de 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 e 2017, conforme demonstrativo de fls. 5/8, relatório de fls. 12/29 e CD/Mídia de fl.30, dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$541.505,95, com enquadramento no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, c/c art. 321, inc. VII alínea “b” do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

O contribuinte apresenta defesa, às fls. 120/134 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 máquinas, 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)**, que 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 **máquinas, aparelhos e veículos usados***”.

Destaca 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 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.

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 Antecipação Parcial prejudicando o direito de defesa.

Observa que o autuante também não apresentou os demonstrativos de apuração do ICMS devido por Antecipação Parcial 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 Antecipação Parcial, 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.

Observa que os dados contidos no CDR estão confusos, contendo inúmeras infrações que não guardam nenhuma relação ao que está contido no Auto de Infração lavrado pelo autuante.

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.

Quanto a Nota Fiscal de nº 2948 de 20/01/2012 no valor de R\$624,00 referente a compra de Câmeras conectáveis - NCM 85.25.80.29, o autuante constituiu o crédito fiscal de Antecipação Parcial com base de cálculo cheia, quando a mercadoria tem carga tributária incidente correspondente a 7%, conforme prevê o artigo 266 com a redação vigente no mês de janeiro de 2012.

Igual procedimento diz que teve o autuante com a mesma nota fiscal citada anteriormente com a compra de Distribuidores de conexões para rede (hubs) que tem o nome mais comum de tablet - NCM - 85.17.62.54. Destaca que o autuante constituiu o crédito fiscal Antecipação Parcial com base de cálculo cheia, quando a mercadoria tem carga tributária incidente correspondente a 7%, conforme prevê o artigo 266 com a redação vigente no mês de janeiro de 2012.

Diz que ao verificar outras Notas Fiscais tais como as de nºs 14540, 18612, 36722, 15262, 7656, 9375, 7747, 19410, constatou que o autuante cometeu os mesmos equívocos, durante todo o período fiscalizado.

Conclui dizendo que se constata inúmeros enganos cometidos pelo autuante, como: “Lançar NCM inexistentes, não reduzir a base de cálculo quando dos cálculos da antecipação parcial de produtos elencados no art. 266 e etc”.

No caso da Nota Fiscal de nº 20591 de 09/02/2017, diz que se trata de aquisição de tintas utilizadas como refil para cartuchos de imprimir em impressoras jato de tinta com redução de base de cálculo prevista no art. 266, XIII letra “t” com carga tributária de 7% no período de 01/01/2012 a 31/01/2017 e carga tributária de 12% entre o período de 01/02/2017 até os dias atuais. Aduz que o autuante nos seus cálculos constituiu o crédito fiscal considerando a base de cálculo “cheia”, ou seja, não aplicou a redução prevista em Regulamento do RICMS.

Observa que todas as notas fiscais de aquisição de “modem” e “roteadores” estão lançadas com o código NCM 85.17. 62.62 quando o correto é 85.17.62.5 e 85.17.62.4 cujos produtos têm a base de cálculo reduzida prevista no art. 266, com carga tributária de 7% no período de 01/12/2012 a 31/01/2017 e carga tributária de 12% entre o período de 01/02/2017 até os dias atuais. O autuante, nos seus cálculos, constituiu o crédito fiscal considerando a base de cálculo “cheia”, ou seja, não aplicou a redução prevista em Regulamento.

A nota fiscal 15365 referente à compra de mercadorias NCM 85.25.80.29, foi lançada pelo autuante com um item com redução de base de cálculo e com carga tributária de 7%. No outro item, a mesma mercadoria e com o mesmo NCM está no demonstrativo sem a redução prevista no RICMS.

Diz que, quando o produto tem a carga tributária de 7%, a tributação é sobre a base de cálculo correspondente a 41,18%. Logo as entradas oriundas de estados com alíquota de 7% não tem antecipação parcial a recolher.

Portanto, também as mercadorias do NCM 84.71.41.90 constantes da Nota Fiscal nº 437883 de 29/08/2012 não tem antecipação parcial a recolher, ao contrário, do que acusa o autuante.

Diz que está caracterizado que os demonstrativos contidos no CDR, estão completamente incorretos, não servindo para qualquer comprovação de cometimento de infração.

Neste sentido, 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.

Destaca que a autuada durante o período que se refere à fiscalização operou em média com 95 % dos seus atos de vendas com mercadorias isentas ou que sofreram tributação pelo sistema de Substituição Tributária e/ou Antecipação Tributária Total.

No caso desta infração, requer que seja solicitado ao autuante 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 Antecipação Parcial 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 legítimo direito de defesa.

Salienta que o autuante também deve abater do valor apurado todos os valores de recolhimento de ICMS Antecipação Parcial que a autuada fez de forma espontânea e daqueles já constituídos pela Secretaria da Fazenda referente às Notificações Fiscais lavradas no período fiscalizado tais como as de nºs:

NOTIFICAÇÕES FISCAIS NºS	DATA OCORRÊNCIA	VALOR (R\$)
441453.0016/17-3	28/01/2017	6.176,90
232195.0036/17-2	31/01/2017	7.133,55
232195.0037/17-9	31/01/2017	1.507,42
232195.0037/17-9	21/02/2017	108,89
128867.0031/17-0	14/02/2017	2.114,70
128867.0069/17-7	13/03/2017	716,10

230420.0038/17-3	24/03/2017	8.276,43
232195.0008/17-9	30/11/2016	11.441,21
232195.0006/17-6	31/12/2016	19.052,13
128867.0010/17-2	17/01/2017	1.320,00
232195.0013/17-2	31/12/2016	7.108,39

Do 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 Antecipação Tributária Parcial 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, por isso requerer que esta Junta de Julgamento Fiscal 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 Antecipação Parcial 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 Fiscal Autuante em sua informação fiscal, às fls. 187/193 dos autos, após apresentar em apertada síntese os argumentos de defesa, assim manifesta:

Diz que a legislação tributária (Convênio) 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 ao um benefício fiscal condicional, conforme descreve o artigo 266 Inciso XVII e o próprio defendente menciona. A condição estabelecida na legislação “*autorizado pelo diretor de administração tributária da região do domicílio do contribuinte*” não foi satisfeita, portando não é cabido a aplicação do benefício.

Aduz que a redução de base de cálculo invocada pela defesa refere-se ao 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 domicílio 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 importância, 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 a 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 às 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 diapasão, 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 nº 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, portando não se aplica a redução da base de cálculo solicitada.

O Agente Fiscal 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 a 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 13/06/2018 às fls. 199/201 dos autos, decidiu converter o presente processo à unidade Fazendária de Origem para que sejam adotadas as seguintes providências:

a) **1ª Providencia:** 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*”, “*a alíquota*”, “*o imposto destacado concessivo do crédito*”, “*o imposto calculado pela alíquota interna*” e “*o imposto devido por antecipação a recolher*”,

inclusive, totalizando “*mês a mês*”, como lançado no demonstrativo de débito da autuação.

- desenvolver nova informação fiscal, relativo a manifestação do defendente 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 de que não foi abatido os valores de recolhimento de ICMS Antecipação efetuado de forma espontânea e por notificação da SEFAZ, com fundamentação, como assim dispõe o § 6º, do art. 127, do RPAF/BA.
- b) **2ª Providencia:** encaminhar o demonstrativo e a nova informação fiscal desenvolvida, como estabelecido no item “a” acima, ao órgão competente da INFAZ, 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 Providencia:** 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 INFAZ, 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 INFAZ, sem tampouco dar ciência ao agente Fiscal Autuante, deverá providenciar a devolução do PAF ao CONSEF para instrução, visando o devido julgamento.

Às fls. 205/206 dos autos o Agente Fiscal apresenta Informação Fiscal em atendimento ao pedido de Diligência expedido pela a 4ª Junta de Julgamento Fiscal, na sessão de julgamento do dia 13/06/2018, em que acosta às fls. 207/710 o relatório “06 - *Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF*” composto de 504 páginas, às fls. 711/762 o relatório “18 - *Relatório Mercadorias com Crédito Máximo Admitido Restringido pela Legislação*” composto de 54 páginas e às fls. 763/780 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 sistemas corporativos da SEFAZ, que possa efetivamente indicar a falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estrado requeridos 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 d Fiscal Autuante não cumpriu os Termos da Diligência do dia 19/06/2018 às fls. 199/201 dos autos, **aliás, insurgindo quanto ao solicitado pelos membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal**, na forma do que está posto na Informação Fiscal de fls. 205/206, 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 Julgamento Fiscal decidiu pela conversão do presente PAF em Diligência à Inspeção 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. 795/796, o i. Agente Fiscal 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 solicitada a Assessoria Técnica (ASTEC), e, ainda, acrescenta que, se houver dúvida quanto aos relatórios que acostou aos autos para

fundamentar a 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

Versa o Auto de Infração, lavrado em 07/12/2017, para exigir imposto do sujeito passivo, no valor de R\$541.505,95, por ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos anos de 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 e 2017, conforme demonstrativo de fls. 5/8, relatório de fls. 12/29 e CD/Mídia de fl. 30, dos autos, com enquadramento no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, c/c art. 352-A; art. 125, inc. II e parágrafos 7º e 8º do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, para as ocorrências até 31/03/2012; e demais ocorrências, art. 321, inc. VII, alínea “b” do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Assim dispõe o art.12-A da Lei nº 7.014/96:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição. (Redação acrescentado pela Lei nº 8.967, de 29/12/03, DOE de 30/12/03, efeitos a partir de 01/03/04.)

Sobre tal exigência fiscal, tacitamente o sujeito passivo não se insurge, a discordância 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 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 à 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”.

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 as notas fiscais que o defendente deixou de recolher o ICMS Antecipação objeto da autuação.

Neste cenário, resta razão o 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 de Julgamento Fiscal, na sessão de julgamento do dia 13/06/2018 às fls. 199/201 dos autos, 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*”, “*a alíquota*”, “*o imposto destacado concessivo do crédito*”, “*o imposto calculado pela alíquota interna*” e “*o imposto devido por antecipação a recolher*”, **inclusive**, totalizando “*mês a mês*”, como lançado no demonstrativo de débito da autuação.
- desenvolver nova informação fiscal, relativo a manifestação do defendente 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 de que não foi abatido os valores de recolhimento de ICMS Antecipação efetuado de forma espontânea e por notificação da SEFAZ, 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 INFAZ, 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 INFAZ, 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 INFAZ, sem tampouco dar ciência ao agente Fiscal Autuante, deverá providenciar a devolução do PAF ao CONSEF para instrução, visando o devido julgamento.

Às fls. 205/206 dos autos, o agente Fiscal apresenta Informação Fiscal em atendimento ao pedido de Diligência expedido pela a 4ª Junta de Julgamento Fiscal, na sessão de julgamento do dia 13/06/2018, em que acosta às fls. 207/710 o relatório “06 - *Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF*” composto de 504 páginas, às fls. 711/762 o relatório “18 - *Relatório Mercadorias com Crédito Máximo Admitido Restringido pela Le2gislação*” composto de 54 páginas e às fls. 763/780, 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 antecipação parcial, na condição de empresa optante do Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estrado requeridos 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 5ª Junta de Julgamento Fiscal, à fl. 791, 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. 199/201 dos autos, **insurgindo quanto ao solicitado pelos membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal**, na forma do que está posto na Informação Fiscal de fls. 205/206, indo de encontro ao que orienta o art. 126 do 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 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. 199/201 dos autos.

Em nova manifestação, às fls. 795/796, o Autuante, volta a se insurgir quanto ao pedido de Diligência, destacando que, a controvérsia estabelecida no presente PAF não será resolvida através de diligência e sim através de Perícia Fiscal, e neste, contexto sugere que seja solicitada a Assessoria Técnica (ASTEC), e, ainda, acrescenta que, se houver dúvida quanto aos relatórios que acostou aos autos para fundamentar a 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, eximindo-se, assim, de sua obrigação quanto ao lançamento 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 defendente, para designar um outro Fiscal estranho ao feito, como assim foi posto no pedido da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do dia 31/01/2018, à fl. 791, observo que me apresenta impraticável pelo volume de operações de entradas envolvidas na autuação, além de se destinar a verificação de documento 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 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, em relação às operações de entradas objeto da presente autuação o sujeito passivo deixou e efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de optante do Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, como assim está previsto na legislação pertinente, observando os aspectos decadencial do crédito.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232151.0068/17-3**, 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, 16 de maio de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADOR