

A. I. N° - 217368.3019/16-6
AUTUADO - DISCOVERY IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE MATERIAL DE
CONSTRUÇÃO LTDA. - ME
AUTUANTE - CLÁUDIA MOURA FERREIRA OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/04/2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0014-05/20

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Restou demonstrado, nos autos, que a maior parte das operações objeto do lançamento tem origem em remessas interestaduais, precedidas de importação realizada através de TRADING estabelecida em outro Estado. Nesse contexto, tratando-se de operações com mercadorias enquadradas no regime da ST por disposição da legislação baiana, o ICMS antecipação tributária deve ser recolhido, considerando a MVA aplicável as operações interestaduais. Revisão dos cálculos efetuada pela própria autuante na fase de informação fiscal. **2. IMPORTAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO.** Infração não elidida pela defesa. Não acolhidas a preliminares de nulidade do lançamento. Não acolhida a alegação de decadência de parte dos créditos tributários lançados. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/09/2016 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$79.940,48. O contribuinte teria incorrido no cometimento de duas infrações a seguir descritas:

***Infração 01** – Deixou de efetuar recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior. Mercadorias procedentes do exterior, enquadradas no regime da ST. Fatos geradores ocorridos nos meses de dezembro de 2011; abril e dezembro de 2013, outubro de 2014 e julho e agosto de 2015. Valor exigido: R\$73.647,02.*

***Infração 02** – Recolheu a menor o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial. Fato gerador verificado no mês de agosto de 2014. Valor exigido: R\$6.292,46.*

O contribuinte foi notificado do lançamento de ofício, pela via postal, através de AR (aviso de recebimento), em 11/11/2016, e ingressou com defesa no prazo legal, protocolada em 10/01/2017, cuja peça se encontra anexada às fls. 603 a 629 deste PAF, subscrita em 09 de janeiro de 2017.

Sustenta a impugnante, em razões preliminares, a nulidade da autuação, por cerceamento do direito de defesa, em razão das planilhas em que se fundamentaram as cobranças terem sido elaboradas de forma ilegível, com letras espremidas, compactadas, com ocultação de escritos e áreas sombreadas, dificultando a leitura dos dados. Afirmou ainda que inexistente assinatura nos

referidos demonstrativos e que a autuada é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da relação tributária, pois as operações estavam submetidas ao regime de substituição tributária, a cargo dos alienantes das mercadorias.

Mais à frente a defesa relata que neste processo se verificou a litispendência. Argumenta que parte dos valores lançados em relação ao ICMS devido por substituição tributária na importação foi objeto de cobrança em outro A.I., nº 2173683020/16-4, para as competências dos meses 02, 03, 07, 10, e 11/2011; 02, 03, 06, 08, 09 e 11/2012; 03, 07, 10 e 11/2013; 04, 06 09/2014; e, 01, 04, 06 10 e 11/2015 (fl. 604).

No mérito, apontou a inoccorrência do fato gerador do ICMS-ST por ocasião da entrada das mercadorias nas importações realizadas através de TRADING localizada no Estado de Sergipe, ou seja, por empresa contratada pela autuada, devendo, neste caso, o pagamento do imposto ser deslocado para o momento da alienação das mercadorias, ou seja, nas saídas subsequentes, considerando o que dispõe o Anexo I do RICMS e a disposição contida no inc. II, do art. 353 da norma regulamentar retro citada. Afirmou que nessa modalidade de importação, por conta e ordem, a NF é emitida pelo importador (art. 435, §§ 3º e 4º do RICMS) e o ICMS importação é recolhido em nome e no CNPJ da TRADING. Declarou em seguida que o Demonstrativo de Débito apresentado na autuação não reflete corretamente o trabalho desenvolvido na ação fiscal. Disse que a autuante reclama o crédito no valor de R\$79.940,48, mas as planilhas elaboradas apresentam a quantia de R\$297.672,47. Declarou que há também exigência de tributo em mês em que não ocorreu a importação ou a entrada da mercadoria importada.

Apontou as seguintes inconsistências nos meses em que houve a exigência de tributo, conforme resumido na tabela abaixo reproduzida (fls. 613/614):

DECLARAÇÃO DEMONSTRATIVA DA IMPORTAÇÃO:

| MÊS/ANO | DECLARAÇÃO: |
|---------------|---|
| DEZEMBRO/2011 | Os DANFES nº 32, 34, 36 e 113, não são dessa competência. Requer a exclusão. Valor residual da planilha R\$0,00 |
| ABRIL/2013 | Reclamou tributo. Impugna o lançamento. |
| DEZEMBRO/2013 | Não ocorreu entrada de mercadoria decorrente de importação. O DANFE nº 278, não é dessa competência. Requer a exclusão. Valor residual da planilha R\$0,00 |
| OUTUBRO/2014 | Reclamou indevidamente tributo R\$6.627,89 da NF 369 e 371, que já foram pagos no valor de R\$8.864,21, através da GNRE de nº 1416576373, anexa, folha 29 apropriado indevidamente em outra competência. A informação consta no campo informações complementares do DANFE. Valor residual da planilha R\$0,00 |
| AGOSTO/2014 | Não ocorreu essa entrada de mercadoria decorrente de importação. Os DANFE's nº 361, 378 e 399, não são dessa competência. Requer a exclusão. Valor residual da planilha R\$0,00 |
| JULHO/2015 | Reclamou tributo. Impugna o lançamento. |
| AGOSTO/2015 | Reclamou tributo. Impugna o lançamento. |

RESUMO DEMONSTRATIVO DA IMPORTAÇÃO, IMPUGNAÇÃO DOS LANÇAMENTOS E REQUERIMENTO DA PROVA DA IMPORTAÇÃO:

| MÊS ANO | INCONSISTÊNCIA DA AUTUAÇÃO |
|---------------|---|
| DEZEMBRO/2011 | O DANFE 113 tem data de 21/11/2011, os DANFES 32, 34 e 36 tem data de 07/06/2011, não se referem a 12/2011. Os DANFES nº 32, 34, 36 e 113, não são dessa competência. Requer a exclusão. Não ocorreu entrada de mercadoria decorrente de importação. Valor residual R\$0,00 |
| ABRIL/2013 | 245 |
| DEZEMBRO/2013 | Não ocorreu entrada de mercadoria decorrente de importação. O DANFE 278 tem data de outubro de 2013. Valor residual R\$0,00 |
| AGOSTO/2014 | Não ocorreu entrada de mercadoria decorrente de importação. O DANFE 361 tem data de Setembro de 2014. O DANFE 378 tem data de janeiro de 2015; o DANFE 399 tem data de julho de 2015. Não se referem a agosto de 2014. Valor residual R\$0,00 |
| OUTUBRO/2014 | Os impostos já foram pagos no valor de R\$8.864,21, através da GNRE de nº 1416576373, anexa, folha 29. A informação consta no campo informações complementares do DANFE. Valor residual da planilha R\$0,00 |
| JULHO/2015 | DANFE'S 404 Impostos pagos GNRE Nº documento de origem 1501667345, recolhido R\$6.848,29, citada nas informações complementares da GNRE, doc. folha 28, anexo, 413. |

| | |
|-------------|--|
| | Impostos pagos GNRE Nº 420, valor R\$11.703,31, documento de origem 1506095480 citada nas informações complementares da GNRE, doc. folha 30, anexo. Apropriado indevidamente em outra competência. Total R\$6.848,29 +11.703,31 = 18.551,60. Valor residual R\$0,00 |
| AGOSTO/2015 | 420. Impostos pagos GNRE Nº documento de origem 1506095480, citada nas informações complementares da GNRE, doc. folha 30, anexo. Apropriado indevidamente em outra competência. Total R\$11.703,31. Reclamado R\$6.380,31. Pago R\$11.703,31 de modo que nada deve. Valor residual R\$0,00 |

Discorreu mais à frente que os impostos foram todos pagos quando a mercadoria chegou ao Brasil procedente da China através do Porto de Salvador, e pelo Porto de Vitória, Estado do Espírito Santo. Disse que a operação é considerada interna e o imposto foi recolhido integralmente para o Estado da Bahia, através de MVA de antecipação tributária em percentual aplicável à operação interna e não interestadual. Dessa forma a defesa entende que a aplicação da MVA utilizada no lançamento está incorreta.

Acrescentou que por ocasião do desembaraço aduaneiro das mercadorias ao preço originário constante dos documentos de importação foram acrescentadas as parcelas relativas ao imposto de importação, IPI, IOF, e demais despesas aduaneiras e debitadas ao importador, aplicando-se sobre esse montante a respectiva MVA, com incidência posterior da alíquota cheia (alíquota incidente nas operações internas).

Ressaltou em seguida que todos os impostos foram recolhidos pela TRADING, ou pela autuada na condição de contratante do serviço, de forma que a defendente já tinha recebido as mercadorias com o ICMS antecipado, conforme memória de cálculo detalhada às fls. 616/618 dos autos, cujo conteúdo é a seguir objeto de novo detalhamento:

3.3. Em Dezembro de 2011 reclamou R\$28.265,55. Atente ainda para o fato de haver incluído indevidamente as notas fiscais nºs 113, 36, 32 e 34, requer a exclusão delas, porquê todas estas notas fiscais estão datadas de 21 de novembro de 2011, e 07 de junho de 2011; não se referem ao mês dezembro de 2011. Os DANFES nºs 32, 34, 36 e 113, não são dessa competência. Requer a exclusão. Logo, não há tributo a recolher. Prova o alegado com a planilha da ilustre autuante as colunas da “N. Fiscal” e, “Data”, do “DEMONSTRATIVO 1 – ANTECIPAÇÃO TOTAL IMPORTAÇÃO – ENTRADAS”, fls. 2/11 e 3/11; Inclusão indevida de aplicação da MVA em nota cuja competência não confere com a ocorrência da autuação. Onde se pode ler a data. Logo, não há tributo a recolher. Erro na inclusão indevida de nota não correspondente ao mês; Após a exclusão das notas indevidas sobra R\$0,00;

3.4. Em Abril de 2013 reclamou R\$1.110,78, conforme “DEMONSTRATIVO DE DÉBITO” fls. 1 do paf; em que pese haver colocado na planilha de fls. 7/11 e 8/11; que não houve recolhimento de tributo esse fato não tem respaldo eis que a GNRE de nº 1304924183, anexa, no valor total de R\$27.578,35 contempla o ICMS recolhido no DANFE 245, conforme observação inserida na GNRE, Daí que descabe o reclamado. Logo, não há tributo a recolher.

3.5. Em Dezembro de 2013 foi incluída indevidamente a nota fiscal nº 278, requer a exclusão dela, porquê esta nota fiscal está datada de 22/10/2013 não se refere ao mês dezembro de 2013. Prova o alegado com a planilha da ilustre autuante as colunas da “N. Fiscal” e “Data” do “DEMONSTRATIVO 1 – ANTECIPAÇÃO TOTAL IMPORTAÇÃO – ENTRADAS”, fls. 9/11; Onde se pode ler a data. Logo, não há tributo a recolher. Erro na inclusão indevida de nota não correspondente ao mês;

3.6. Em Agosto de 2014 reclamou indevidamente como “Infração 02 – 12.01.01” R\$6.293,46. Não ocorreu entrada de mercadoria decorrente de importação. O imposto IPI já faz parte da base de cálculo do ICMS no desembaraço aduaneiro. Recolheu corretamente o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior quando ocorreu o desembaraço, aplicando os cálculos corretamente; não houve de erro na determinação da base de cálculo, pela inclusão das despesas aduaneiras ocorridas até o desembaraço e, pela utilização correta da taxa cambial. A planilha apresentada é vaga, omissa e cheia de lacunas. Não diz qual despesa nem qual alíquota foi aplicada incorretamente. O DANFE 361 tem data de Setembro de 2014. O DANFE 378 tem data de janeiro de 2015; o DANFE 399 tem data de julho de 2015. Nenhum se refere a agosto de 2014. A cobrança de novo configura bis in idem ou cobrar duas vezes o mesmo tributo. Atente ainda para o fato de haver incluído indevidamente nesta competência as notas fiscais nºs 361, 378 e 399, requer a exclusão delas, por que todas estas notas fiscais estão datadas de 01 de setembro de 2011, e 06 de julho de 2011; não se referem ao mês agosto de 2011, nem entrada no mês de agosto. Logo, não há tributo a recolher. Prova o alegado com a planilha da ilustre auditora autuante, nas colunas da “N. Fiscal” e, “Data”, do “DEMONSTRATIVO 2 – IMPORTAÇÃO”, fls. E fls. Onde se pode ler a data. Logo, não há

tributo a recolher. Erro na inclusão indevida de nota não correspondente ao mês; Após a exclusão das notas indevidas sobra R\$0,00 a recolher;

3.7. Em Outubro de 2014. Reclamou indevidamente tributo R\$6.627,89 da NF 369 e 371, que já foram pagos no valor de R\$8.864,21 através da GNRE de nº 1416576373, anexa. A informação consta no campo informações complementares do DANFE. Valor residual da planilha R\$0,00. Na importação aplica-se a **MVA interna** e não a MVA interestadual. A diferença encontrada deveu-se a aplicação da MVA incorreta;

3.8. Em Julho de 2015 DANFE'S 404 Impostos pagos GNRE Nº documento de origem 1501667345, recolhido R\$6.848,29, citada nas informações complementares da GNRE, doc., anexo., 413. Impostos pagos GNRE Nº 420 valor R\$11.703,31 documento de origem 1506095480 citada nas informações complementares da GNRE, doc., anexo. Total R\$6.848,29 + 11.703,31 = 18.551,60.

Reclamou R\$19.697,78 de tributo, conforme “DEMONSTRATIVO DE DÉBITO” fls. 1 do paf; em que pese haver colocado na planilha de fls. 10/11; Prova o alegado com a planilha da ilustre autuante as colunas da “N. Fiscal” e, “Data”, do “DEMONSTRATIVO 1 – ANTECIPAÇÃO TOTAL IMPORTAÇÃO – ENTRADAS”; Erro na aplicação da MVA. Na importação aplica-se a **MVA interna** e não a MVA interestadual. A diferença encontrada deveu-se a aplicação da MVA incorreta;

3.9. Em Agosto de 2015 reclamou R\$6.380,31, conforme “DEMONSTRATIVO DE DÉBITO” fls. 1 do paf; em que pese haver colocado na planilha de fls. 10/11 e 11/11; consta da totalização, embora não reclamado o que leva a crer na transposição de valores desconexos dos fatos apurados, pela diligente autuante, também que os valores apurados não estão de conformidade com a realidade dos fatos. Daí que ficam impugnados. Logo, não há tributo a recolher. Prova o alegado com a planilha da ilustre autuante as colunas da “N. Fiscal” e, “Data”, do “DEMONSTRATIVO 1 – ANTECIPAÇÃO TOTAL IMPORTAÇÃO – ENTRADAS”; Erro na aplicação da MVA. Na importação aplica-se a **MVA interna** e não a MVA interestadual. A diferença encontrada deveu-se a aplicação da MVA incorreta;

A defesa a concluir essa parte da peça de impugnação sustenta que na importação não incide ICMS ST/antecipação tributária, conforme art. 355 do RICMS/97 e art. 8º do RICMS/12. Que na importação aplica-se a MVA interna e não a interestadual. Que houve o cometimento de diversos equívocos incorridos pela autuada, pela Trading e pela autuante, relativamente à data das entradas das mercadorias, valores. MVAs, valores do tributo recolhidos, notas fiscais de um mês com registro em outros períodos. Afirmar ainda que não houve divergência de apuração do ICMS Importação para as NCM's 6907, 6908, 6910, 7016, 7091, 3918, 3922 e 3926. Reafirmou que as operações autuadas não representam saídas interestaduais e que o prazo de vencimento das obrigações, lançada no A.I., ocorrida no dia 09 do mês subsequente, não se aplica ao caso em exame, visto que a empresa autuada não se encontra na condição de substituto tributário no cadastro do ICMS da Bahia. Em decorrência, afirma a defesa, também houve erro na aplicação das MVAs. Apontou, à fl. 620, erro na quantificação das MVAs nos seguintes meses:

4.6. Nos meses de dezembro/2011 foi empregado MVA para o NCM 6907 e 6908, 47,37% quando é previsto no anexo 88 35,33%. Daqui em diante a MVA deixa de ser chamada de original e passa para MVA operações internas, anexo 1 ao RICMS/BA; A MVA ajustada não se aplica a mercadoria procedente do exterior;

4.7. Nos meses de abril e dezembro/2013, foi empregado para o NCM 6907 e 6908, MVA 62,22% quando o previsto é MVA 53,00%;

4.8. Nos meses de outubro/2014 foi empregado para o NCM 6907 e 6908 MVA 64,34% quando o previsto é MVA 53,00% (anexo 1 RICMS/BA). Desta feita, faz-se necessário o recálculo da infração, entendendo a autuada ser devido a correção das MVA's;

4.9. Nos meses de Julho e agosto/2015 foi empregado para o NCM 6907 e 6908 MVA 62,224% quando o previsto é MVA 53,00% (anexo 1 RICMS/BA). Desta feita, faz-se necessário o recálculo da infração, entendendo a autuada ser devido a correção das MVA's.

A defesa chamou a atenção para o fato de que o enquadramento legal da cobrança se deu no art. 8º inc. II, § 4º, inc. I, “a” e § 3º, do art. 23 da Lei nº 7.014/96 c/c o art. 289 do RICMS/12, cujos conteúdos transcreveu na peça impugnatória, para declarar que esses dispositivos, especialmente o do RICMS de 2012, de 1º/04/12, não pode retroagir para alcançar os fatos verificados entre os meses do exercício de 2011 e o mês março de 2012. Do mesmo modo o enquadramento da “multa”. Diz que o art. 13, § 3º da Lei nº 7.014/96, faz referência à base de cálculo para fins de substituição tributária

tomando por referência o preço fixado para consumidor final ou sugerido por importador ou fabricante. Disse que esse dispositivo não tem relação com mercadorias procedentes do exterior, mas com mercadorias originárias de fabricantes ou importadores estabelecidos em outros Estados. Fez referência em seguida à existência dos Protocolos ICMS 104/09 – BA e SP e 26/2010 – BA, ES, MG, que dizem respeito a mercadorias constantes do Anexo I do RICMS. Afirma que não há acordo interestadual firmado entre Bahia e Sergipe, estado de localização da TRADING e que as regras ali estatuídas não se aplicam a mercadorias procedentes do exterior.

A defesa ressaltou mais à frente que por ser empresa optante do Simples Nacional e que usufrui das garantias do regime diferenciado com base na LC 123/96 c/c o art. 289 “a” ... , que lhe dá direito à alíquota reduzida para as mercadorias não sujeitas ao regime da ST.

Sustenta, por fim, que a cobrança dos valores lançados na infração 01, nos meses de dez/11, abr/13, dez/13, out/14, jul/15 e ago/15 devem ser reduzidos a zero com a consequente declaração de IMPROCEDÊNCIA dessas cobranças.

No que se refere à base de cálculo do ICMS-Importação, relacionada à infração 02, a defesa também sustenta a improcedência da cobrança, declarando que o valor exigido em agosto/2014, no importe de R\$ 6.293,46, deve ser reduzido a “zero”, visto que a impugnante não efetuou pagamento a menor do imposto, tendo recolhido a gravame (ICMS próprio/substituição tributária/antecipação), em regime de tributação monofásica, com encerramento e pagamento na etapa de desembaraço aduaneiro dos produtos, nos termos da Lei nº 7.014/96 e regime diferenciado do Simples Nacional.

A defesa anexou na inicial, cópias de comprovantes de recolhimento (GNRE - fls. 630 a 633 e fl. 638); cópias das notas fiscais emitidas pela TRADING (fls. 639 a 641) e planilhas que compõem a autuação (fls. 643/657).

Reiterou ao final o pedido de acolhimento da presente Defesa com a consequente decretação de IMPROCEDÊNCIA de todo o Auto de Infração.

A autuante, por sua vez, prestou informação fiscal, peça processual que se encontra anexada às fls. 658 a 662, ocasião em que fez a juntada de planilhas retificadoras quanto à MVA aplicada para as operações internas, juntadas às fls. 643 a 656 dos autos. A Infração 01 foi reduzida de R\$73.647,02 para R\$68.770,49 (valor consolidado à fl. 657).

Após distribuição do PAF para esta 5ª Junta de Julgamento Fiscal, o PAF foi convertido em diligência, datada de 29/05/2018, dirigida à INFAZ de Origem (Inspetoria de Itabuna), para o autuado tomasse ciência do inteiro teor da informação fiscal e dos respectivos demonstrativos contendo as planilhas retificadoras dos cálculos das MVAs aplicadas para as operações internas (fls. 643 a 656).

O contribuinte foi notificado da revisão efetuada pelo autuante e apresentou Manifestação escrita, que foi anexada às fls. 669 a 689 dos autos. Nesta peça processual a defesa arguiu a decadência em relação aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 27 de junho de 2013. Apresentou, no mérito, diversas inconsistências do levantamento fiscal listadas nas planilhas de fls. 670 a 684, com as respectivas anotações. Ressaltou que todas essas anotações fizeram parte da peça de defesa e não foram refutadas pela auditora fiscal autuante naquela oportunidade.

O PAF foi novamente convertido em diligência, através do Termo de fls. 692/693, datado de 30/10/2018, com remessa dos autos desta vez para a ASTEC/CONSEF. A diligência foi encaminhada nos seguintes termos:

“Frente ao que foi acima exposto e considerando que o PAF é regido, entre outros mandamentos gerais, pelos princípios da imparcialidade e pelo busca da verdade material, deverá o revisor da ASTEC intimar o contribuinte a apresentar os elementos de prova que atestem as alegações de ordem fática contidas nas anotações constantes das planilhas de fls. 670 a 684 dos autos. Comprovado o acerto das alegações empresariais que modifiquem os valores lançados no Auto de Infração, inclusive no que se refere aos

percentuais de MVA nas entradas por importação (operações internas), proceder às correções dos valores lançados, com a elaboração de novo demonstrativo de débito, por período mensal.

Em seguida deverá ser concedido ao contribuinte e a autuante prazo de 10 (dez) para que possam apresentar manifestação escrita no processo.

Por fim o PAF deverá retornar ao CONSEF, para deliberação do colegiado da 5ª Junta de Julgamento Fiscal.”

O revisor da ASTEC através do Parecer nº 10, de 02 de abril de 2019 (fls. 696 a 698), discorreu que a empresa autuada foi intimada, conforme termo de fl. 720 (1ª intimação) e fl. 722 (2ª intimação) a apresentar os elementos de prova que atestassem as alegações de ordem fática constantes das anotações inseridas nas planilhas de fls. 690 a 709 dos autos.

Que em atendimento a essas intimações, protocolou em 13/02/2019, o expediente SIPRO nº 076180/2019-0, pedindo vistas dos autos, no recinto da repartição fazendária, para fins de tomar conhecimento do conteúdo das folhas com as anotações, além do inteiro teor da diligência solicitada por este órgão julgador.

No dia 13/02/2019, foi postado, via AR o conteúdo das peças citadas e do pedido de diligência.

Em 21/02/2019 o autuado protocolou, através do expediente SIPRO nº 085661/2019-4 nova Manifestação Defensiva (fls. 726/782), em atendimento às intimações do revisor da ASTEC. Disse o revisor fiscal que analisando os documentos apresentados pelo autuado, constatou que os mesmos são cópias das anotações inseridas às fls. 690 a 709, com as explicações que o contribuinte entendeu como devidas para o esclarecimento dos fatos. Que os argumentos se referem a notas fiscais que teriam sido lançadas em um determinado mês e que deveriam ser excluídas do levantamento fiscal, pois no referido mês não houve compras e/ou foram lançadas indevidamente pelo autuante.

Em seguida o contribuinte declarou ter deixado de apresentar o livro Registro de Entradas de Mercadorias (REM) ao revisor da ASTEC, pois o mesmo ainda não havia sido devolvido pela fiscalização.

Disse o diligente que o livro REM é parte necessária para a comprovação das alegações defensivas e que a não entrega do mesmo, sob a alegação de não devolução pela fiscalização que lavrou o presente Auto de Infração, impossibilita se fazer a comprovação das alegações empresariais que poderiam modificar os valores objeto do lançamento de ofício. Conclui, portanto, não ser possível se fazer qualquer comprovação dos fatos articuladas nas peças de defesa.

Prestada nova informação fiscal, apensada às fls. 759/760 dos autos, a autuante declarou que a Manifestação defensiva de fls. 785 a 786 não apresenta nenhum fato novo, consistindo em simples reprodução da impugnação anteriormente formulada, sem, contudo, colacionar provas dos fatos alegados. Que foi feita a juntada tão somente de cópias das planilhas da autuação, GNRES, termo de intimação para apresentação de livros e documentos lavrados à época da ação fiscal (meses dos exercícios de 2011, 2012, 2013 e 2014). Que se mostra visível à intenção da defesa em procrastinar o feito e que estão corretas as planilhas retificadoras das MVAs aplicadas para as operações internas, anexadas às fls. 666/678, resultando na redução da infração 01 de R\$224.025,49 para a cifra de R\$182.866,82 (fl. 678).

Com relação à devolução de livros e documentos fiscais, declarou já se encontrar anexada aos autos, à fl. 590, “Termo de Apresentação de Livros e/ou Documentos”, onde consta no campo “Devolução ao Contribuinte”, a data, a assinatura, RG nº 300960167 e cargo do responsável pela contabilidade da autuada, sr. Aderbal Cosme Farias, CRC 33091-RJ/T, contador do contribuinte até a presente datada conforme consta do banco de dados da SEFAZ no sistema INC – Informações do Contribuinte.

Declarou ao final da peça informativa que o contribuinte se ateve contestar no geral as exigências fiscais que compõem a autuação, não apresentando sequer uma planilha informativa ou indicativa

que desse sustentação às suas alegações. A autuante arremata, formulando pedido pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com a manutenção dos valores revisados nas fases anteriores e em conformidade com a legislação tributária aplicável.

Em razão das desconformidades acima relatadas o PAF foi novamente convertido em diligência, em 27/08/2019, desta vez para o órgão de preparo do CONSEF, visando à adoção das seguintes medidas saneadoras:

- 01 proceder à entrega de cópia do inteiro teor do Parecer da ASTEC nº 10/2019 (fls. 715/717) e da manifestação subsequente da autuante, via Informação Fiscal (fls. 785/786), visando dar ciência do dessas peças ao representante legal do contribuinte autuado, para que o mesmo possa exercer o contraditório;
- 02 Entregar a cópia reprográfica, ao representante legal do autuado, do “Termo de Devolução” de livros e documentos, inserido à fl. 560 dos autos, que atesta o recebimento daqueles documentos, após a conclusão da ação fiscal, pelo sr. Aderbal Cosme Farias, CRC 33091-RJ/T, contador do contribuinte até a presente datada, conforme consta do banco de dados da SEFAZ no sistema INC – Informações do Contribuinte.

Em seguida deverá ser concedido prazo de 10 (dez) dias para que o representante legal do sujeito passivo possa se manifestar nos autos.

O contribuinte, através da petição da petição Manifestação acostada às fls. 777 a 783 deste PAF. Pontuou o contribuinte que em nenhum lugar do Parecer nº 10, o revisor refutou as informações aduzidas nas anotações feita pela autuada nas planilhas apresentadas na manifestação SIPRO nº 085665/2019-0, em 50 laudas. Afirmou que “Como não foi apresentado o Livro de Registro de entradas de Mercadorias, ... não ficou comprovado as alegações empresariais que modifiquem os valores lançados no auto de infração”. Inobstante isso, disse que a defesa e V. Excia. sabem que o eminente Revisor se equivocou acabando por confundir a obrigação acessória com a obrigação principal.

Que não obstante essa questão também não houve a negativa de: a) inserção pela autuante de notas fiscais em meses fora de sua data de compra, b) de majoração de MVA acima do que foi originalmente apurado. Em suma que não houve refutação pelo revisor das alegações contidas nas anotações contidas na peça de defesa, ou seja, nenhuma das inconsistências apontada pela defesa foi negada.

Em seguida declarou que confirma a informação que a autuante não lhe devolveu os livros e documentos. Disse em seguida que a autuante confessou que devolveu a pessoa estranha ao quadro de Administradores da empresa. Que não foi conferido ao contador poderes para assinar em nome da empresa. Que o cadastro de contribuinte contém dados meramente informativos de quem registra os fatos contábeis e fiscais da empresa. Porém sustenta a defesa que os livros deveriam ser devolvidos no estabelecimento da empresa na pessoa que a administra ou apresenta procuração, em razão de quebra de sigilo fiscal.

Anexou páginas em papel, às fls. 831 a 902, do que denominou ser a o LRE (Livro Registro de Entradas), dos exercícios de 2011, 2012, 2013, 2014 e 2015, para fins de modificação do lançamento de ofício em exame, via diligência.

Do mesmo modo a defesa declara em sua manifestação que a informação fiscal prestada pela autuante não refuta os itens constantes da impugnação.

Reproduziu na manifestação as planilhas que sustenta elidir as infrações que lhe foram imputadas com a inserção indevida de notas fiscais.

Ratifica ao final os termos das manifestações defensivas anteriormente formuladas e apresenta uma última planilha contendo o rol de notas fiscais que foram inseridas indevidamente pelo autuante no levantamento fiscal.

Postula que o digno Relator, quando do seu voto, se manifeste expressamente acerca das datas dos DANFES em confronto com as datas dos DANFES na planilha da autuante.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 02 (duas) imputações fiscais, relacionadas à falta de recolhimento e recolhimento a menor do ICMS, a título de substituição tributária, nas entradas de mercadorias originárias do exterior, que ingressaram no estabelecimento autuado através de importações.

Em razões preliminares, o contribuinte suscitou a nulidade do lançamento fiscal por cerceamento do direito de defesa, desenvolvendo o argumento de que as planilhas que serviram de fundamento à acusação estarem ilegíveis, com letras espremidas, compactadas e com ocultação de informações. Não o procede argumento defensivo, pois o contribuinte, na peça impugnatória, após a entrega das planilhas em papel, efetuou contestação específica dos valores lançados através da inserção de anotações nos demonstrativos elaborados pela autuante, quanto à quantificação dos valores, no tocante a notas fiscais que compõem a exigência fiscal, margens de valor agregado e pagamentos efetuados (fls. 670/684). Portanto, o alegado vício processual é questão preclusa, pois contribuinte efetivamente conseguiu apresentar uma defesa de mérito, não restando caracterizado o prejuízo processual alegado na inicial defensiva.

Suscitou ainda a decadência dos créditos tributários lançados anteriores à data de 27/06/2013. Observo, entretanto, que o Auto de Infração foi lavrado em 29/09/16 e se reporta a fatos geradores ocorridos entre 31/12/2011 e 31/08/2015. A ciência ao contribuinte do lançamento foi formalizada via correios, em 11/11/2016 (doc. fl. 601). O marco inicial do prazo de decadência, considerando que o ICMS é imposto lançado por homologação, nos termos do art. 150 do CTN, seria 5 anos anteriores ao ato de cientificação do lançamento, portanto, 11/11/2011. Ocorre que o fato gerador mais remoto lançado no presente Auto de Infração se reporta ao dia 31/12/2011, de forma que a alegação defensiva de caducidade de parte dos créditos tributários não procede, visto que o ato de lançamento foi efetuado dentro prazo de 5 anos da ocorrência dos fatos geradores.

No mérito, observo que o lançamento em lide, em relação à infração 01, se restringe à cobrança de substituição tributária de mercadorias enquadradas nesta sistemática de tributação antecipada (revestimentos, pastilhas, porcelanatos – Anexo I, do RICMS/12, item 8.30 e Anexo 88 do RICMS/97, item 16), originárias de operações de importação do exterior, cujas entradas se deram através de TRADING, localizada no Estado de Sergipe, conforme atestam as notas fiscais anexas (fls. 784/830). O imposto que a defesa afirma já se encontrar recolhido diz respeito ao ICMS Importação, que ingressou nos cofres públicos através dos pagamentos realizados pelo estabelecimento da TRADING, via Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), após desembaraço das mercadorias devidamente acobertadas por notas fiscais e Declarações de Importação (doc. fls. 49/383). Por sua vez, as operações autuadas se referem às remessas interestaduais das mesmas mercadorias importadas, a partir do território do Estado de Sergipe, para o estabelecimento autuado, localizado no Estado da Bahia, também acobertadas por notas fiscais e registradas no livro de Entradas da destinatária (doc. fls. 384/589). As operações autuadas se reportam às etapas de circulação das mercadorias subsequentes à importação, sendo, portanto, operações interestaduais, e sujeitas à nova incidência do ICMS. Tratando-se de mercadorias enquadradas na legislação interna da Bahia, no regime de substituição tributária, o fato gerador dessa cobrança se concretiza por ocasião das entradas dos produtos no estabelecimento do destinatário, sendo exatamente esta a situação verificada nos presentes autos. Logo, improcede o argumento defensivo de que o ICMS exigido neste Auto de Infração, já se encontrava recolhido pela empresa que efetivou as importações, visto que esses recolhimentos não se referem às operações interestaduais destinadas ao estabelecimento autuado, situado no território baiano e sujeitas à tributação antecipada pelo regime de substituição tributária. Da mesma forma as discrepâncias de datas apontadas na defesa

não merecem ser acolhidas. O contribuinte toma como referência os meses em que as mercadorias ingressaram no território nacional, mas a autuação tomou por base os períodos mensais em que as mercadorias ingressaram no estabelecimento autuado.

Observo, entretanto, que a autuante, acolhendo parte dos reclamos da defesa quanto à quantificação do imposto exigido a título de substituição tributária, referente à aplicação dos percentuais de MVAs (margens de valor agregado), procedeu à revisão dos valores lançados na infração 01, reduzindo o débito de R\$73.647,02, para a cifra de R\$68.770,49, conforme detalhado às fls. 655/657.

Em relação aos valores remanescentes da autuação este Relator determinou a realização de diligências, através da ASTEC, visando o saneamento das cobranças, conforme consta dos termos lavrados às fls. 665 e 767/768. Nas duas oportunidades, após ter sido devidamente intimado, o contribuinte não apresentou os elementos da escrita ao diligente da ASTEC para a devida análise e revisão dos valores remanescentes da autuação. Alegou não ter recebido, após a conclusão da ação fiscal, o livro Registro de Entradas de mercadorias. Mas em contrariedade a essa afirmativa da defesa, consta nos autos Termo de Devolução (fl. 590), subscrito pelo contador da empresa, sr. Aderbal Cosme Farias, CRC 33091-RJ/T, que na condição de preposto e responsável pela contabilidade empresarial, firmou a declaração de devolução de todos os elementos da escrita fiscal e contábil arrecadados na ação fiscal, inclusive o livro de Entradas de Mercadorias do período de 2011 a 2015. Alegou a defesa, então, que o contador não era pessoa legitimada a receber em devolução os elementos da escrita arrecadados no curso da ação fiscal

De forma curiosa e surpreendente, na última Manifestação defensiva, o contribuinte juntou aos autos folhas avulsas, impressas, via sistema eletrônico, com a indicação de se tratar de livro de Entradas, apresentadas nesta etapa do *iter processual* para a devida análise. Essas folhas são subscritas exatamente pelo contador que o contribuinte afirmou anteriormente não possuir legitimidade sequer para receber os livros devolvidos pela fiscalização. Nesse contexto, é de se concluir que a prova documental apresentada não tem o condão de produzir qualquer efeito nesta lide, visto que: 1º) não há nenhuma concatenação dessa prova com fatos alegados na peça de defesa; 2º) se trata de folhas avulsas que não apresentam qualquer relação ou vínculo com a escrita fiscal digital – EFD, que o contribuinte é obrigado a manter e fornecer ao fisco.

No que se refere à Infração 02, é imputado ao contribuinte recolhimento a menor de ICMS devido nas operações de importação, em razão do contribuinte incidir em erro na determinação da base de cálculo do imposto. Verifico que a cobrança recaiu sobre o rol de notas fiscais listadas no Demonstrativo inserido às fls. 09 a 13 deste PAF. Por ocasião da defesa, o contribuinte não apresentou impugnação específica sobre essa cobrança. Item, portanto, mantido, considerando a inércia defensiva, visto que os fatos que lhe foram imputados não foram contestados, aplicando-se a este caso as disposições contidas nos arts. 140, 141, e 142 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, razão pela qual nossa conclusão é no sentido de manter essa exigência fiscal, sem qualquer alteração de valor.

Pelas razões acima expostas, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com a seguinte configuração:

Infração 01 – R\$68.770,49 (Demonstrativo fls. 655/657);

Infração 02 – R\$6.293,46 (Demonstrativo fls. 09/13).

INFRAÇÃO 01 – 07.01.01

| DATA OCORR | VLR HISTÓRICO | VLR. JULGADO | MULTA |
|------------|---------------|--------------|-------|
| 31/12/2011 | 28.265,55 | 25.967,72 | 60% |
| 30/04/2013 | 1.110,78 | 1.047,66 | 60% |
| 31/12/2013 | 11.564,71 | 10.907,91 | 60% |
| 31/10/2014 | 6.627,89 | 6.251,21 | 60% |
| 31/07/2015 | 19.697,78 | 18.578,28 | 60% |

| | | | |
|--------------|------------------|------------------|-----|
| 31/08/2015 | 6.380,31 | 6.017,71 | 60% |
| Total | 73.647,02 | 68.770,49 | |

INFRAÇÃO 02 – 12.01.01

| DATA OCORR | VLR HISTÓRICO | VLR. JULGADO | MULTA |
|-------------------|----------------------|---------------------|--------------|
| 31/08/2014 | 6.293,46 | 6.293,46 | 60% |
| Total | 6.293,46 | 6.293,46 | |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **217368.3019/16-6**, lavrado contra **DISCOVERY IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA. – ME**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$75.063,95**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR