

PROCESSO - A. I. Nº 206958.0013/19-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDOS - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0006-01/20
ORIGEM - INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/04/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0038-12/21-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE DA DECISÃO. RETORNO DOS AUTOS À 1ª INSTÂNCIA. Não foi apreciado no Acórdão recorrido o pedido para exclusão do imposto relativo à Antecipação Parcial, formulado pelo Autuado, em razão das saídas subsequentes terem sido tributadas. Nulidade da decisão de 1º grau. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos, contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/06/2019, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 07.15.02 - Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de janeiro a dezembro de 2014 e 2015, fevereiro a dezembro de 2016 e março, maio a setembro, novembro e dezembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$5.271.284,39, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

A 1ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, em decisão unânime, mediante o Acórdão nº 0006-01/20 (fls. 98 a 106), com base no voto a seguir transcrito:

“O presente lançamento, constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

O Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99.

Observe que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante dos fatos, se reportou aos demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitaram a instalação do contencioso.

Foram suscitadas questões preliminares a serem analisadas, o que passo a fazer neste momento, observando, inicialmente, quanto ao argumento de que os seus direitos haviam sido suprimidos pela autuação, impossibilitando o exercício de seu direito de defesa, a começar por não ter tomado ciência sequer que estava sendo fiscalizada, não recebeu em sua via do Auto de Infração cópia do Termo de Início de Fiscalização e não sabe se há este Termo na via do Fisco, e da mesma forma, também não foi intimada a apresentar livros ou documentos, nos termos previstos no artigo 26 do RPAF/99, reproduzido, não tendo observado no presente nenhum dos documentos acima elencados.

A este respeito, esclareço que na forma do documento encartado à fl. 07, contrariamente ao afirmado pela defesa, o contribuinte foi devidamente intimado para apresentação de livros e/ou documentos fiscais, onde apesar de constar o número de inscrição estadual de outra filial, o CNPJ e endereço estão grafados de forma correta, sendo assinado pelo preposto da empresa autuada.

Na forma do artigo 26, inciso III do RPAF/99, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exhibir elementos solicitados pela fiscalização.

Ou seja: o autuante comunicou o início dos trabalhos de auditoria na empresa, no período de 2014 a 2017, bem como informou e deu conhecimento do encerramento dos trabalhos com a lavratura do Auto de Infração.

Em relação à reclamação sobre a numeração do Auto de Infração na menção da Mídia no Termo de Intimação da Lavratura, também não é motivo de alegação de cerceamento, uma vez que no título do processo consta o número correto do A.I., e na própria mídia (fl. 10), constam os demonstrativos relativos ao processo em exame. Como foram feitas diversas autuações para o mesmo contribuinte, cada um dos arquivos constantes no CD, contém o número do auto a que pertence e o código da infração respectiva.

Quanto ao argumento de terem sido os arquivos contendo os demonstrativos entregues pelo autuante formatados em PDF, tal fato não trouxe qualquer prejuízo à defesa, sequer cerceou seu direito ao exercício do contraditório, diante inclusive, do fato da peça apresentada analisar detidamente vários produtos, o que denota pleno conhecimento de todo o teor da acusação, e o pleno exercício de seus direitos fundamentais, motivo pelo qual não acolho o mesmo.

Logo, diante do fato de terem sido observados os princípios do Processo Administrativo Fiscal, os respeitando, inexistente a alegada violação aos mesmos, sendo atendidos o da ampla defesa e o do contencioso, além do princípio da legalidade, bem como obedecidos os procedimentos regulamentares e normativos, tornando o feito isento de qualquer mácula que o contamine com nulidade, o que leva ao não acolhimento de tais argumentos.

Em relação ao pedido de diligência/perícia formulado na peça defensiva, nego o mesmo, como solicitado na peça mencionada, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos; e de perícia fiscal, quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos; for desnecessária em vista de outras provas produzidas; a verificação for impraticável.

Ressalte-se que a diligência e/ou perícia, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa dos julgadores, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligir ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Ademais, não observou a autuada o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que, em momento algum conseguiu figurar na defesa formulada.

Assim, não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, tampouco no decorrer da instrução processual que possam inquinar de nulidade o lançamento, nem a necessidade de realização de diligência/perícia, passo à análise do mérito, como segue.

O presente processo se trata de lançamento fiscal, imputando ao autuado o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização.

Em preliminar de mérito, o autuado arguiu a decadência do lançamento, do período compreendido entre 01/01/2014 a 09/07/2014, alegando já ter extrapolado 5(cinco) anos da ocorrência do Fato Gerador.

A respeito do tema, deve ser destacado que o entendimento que vem prevalecendo neste Conselho de Fazenda, é no sentido de que o lançamento por homologação seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º do CTN, ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte.

A partir dessa análise, pode-se apurar a existência de débito declarado e não pago e tributo não declarado e não recolhido (situação de total omissão, nada havendo a homologar), ou ainda, casos em que, mesmo havendo algum pagamento, o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação, situações que devem ser enquadradas na regra do art. 173, I do CTN.

Destarte, podemos chegar as seguintes conclusões:

- 1. Débito tributário declarado e pago: há homologação tácita do lançamento (pagamento), após o transcurso de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador, aplicando-se o § 4º, do art. 150 do CTN.*
- 2. Débito declarado com efetivação do pagamento, porém com posterior verificação de dolo, fraude ou simulação: a autoridade, mediante a coleta de provas idôneas apura a ocorrência de ilícito fiscal. Neste caso, o início do prazo de decadência, para o lançamento da diferença, é deslocado para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado, aplicando-se a regra do art. 173, I.*
- 3. Débito não declarado e não pago: aplicação também direta das disposições do art. 173, I do CTN. O prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado. Sem qualquer pagamento, não há o que ser homologado.*

Nesta linha de raciocínio, a infração que deu origem ao Lançamento de Ofício em lide, a qual está relacionada

com débito onde há algum pagamento a ser homologado, se submete ao regramento do art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), onde há a homologação tácita do lançamento (pagamento), após o transcurso de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador.

Considerando que o ato de lançamento formalizado através do presente Auto de Infração se tornou perfeito e acabado com a ciência do contribuinte, verificada em 09/07/2019 (fl. 11), os fatos geradores ocorridos de janeiro a junho de 2014, efetivamente, foram atingidos pela decadência, de forma que os créditos tributários reclamados nessas datas ficam extintos, incidindo a regra do art. 156, inc. V do CTN, que apresenta o seguinte teor:

Art. 156 – Extingue o crédito tributário:

(...)

V – a prescrição e a decadência.

Passo agora a enfrentar as demais questões de mérito.

O autuado entende que algumas exclusões no lançamento fiscal são necessárias, contestando a presença de operações de entrada sob os CFOPs 2403, 2555 e 2910. Também reclamou da presença do produto “peixe” no levantamento, em um período que o mesmo era isento.

O autuante, por sua vez, acatou a retirada de alguns itens de limpeza, porque efetivamente faziam parte da ST de 2014 até 31.01.2015. Em relação aos demais itens, manteve a exigência porque apesar de constarem como CFOP 2403, já haviam saído do Anexo I, nas datas dos lançamentos, com o que concordo.

O autuante também, de forma correta, retirou da autuação os produtos “Forno Elétrico” e “Transformador a Óleo”, com CFOP 2555 e a mercadoria “Peixe”, por ter sido isento até 31.05.2016.

Ressalto, ainda, que em relação à reclamação defensiva de cobrança sobre entradas com CFOP 2910, que é devida a antecipação parcial para doações e/ou bonificações, caso as mercadorias destinem-se à comercialização. No que diz respeito à alegação de que algumas mercadorias seriam brindes, se comprovado pelo autuado tal situação, realmente não caberia a antecipação parcial, porém, o contribuinte não apresentou os documentos posteriores que viesse a comprovar as saídas de tais brindes.

Destarte, concordo com a redução procedida pelo autuante, que elaborou novos demonstrativos às fls. 61/62, após os ajustes acima mencionados, salientando, contudo, que o montante ali retificado não levou ainda em consideração, o período em que se operou a decadência, que deve ser excluído da cobrança.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, em função da exclusão dos valores exigidos nos meses de janeiro a junho de 2014, por terem sido alcançados pela decadência, e das retificações supra citadas, restando a ser exigido no presente processo o montante de R\$4.766.100,33, de acordo com o demonstrativo abaixo:

Data Ocorr	Data Venc	Base de Cálculo (R\$)	Aliq %	Multa %	Valor Histórico (R\$)
31/07/2014	09/08/2014	420.147,29	17,00	60,00	71.425,04
31/08/2014	09/09/2014	474.920,71	17,00	60,00	80.736,52
30/09/2014	09/10/2014	501.009,76	17,00	60,00	85.171,66
31/10/2014	09/11/2014	588.269,59	17,00	60,00	100.005,83
30/11/2014	09/12/2014	451.836,88	17,00	60,00	76.812,27
31/12/2014	09/01/2015	265.607,53	17,00	60,00	45.153,28
31/01/2015	09/02/2015	336.380,65	17,00	60,00	57.184,71
28/02/2015	09/03/2015	610.115,71	17,00	60,00	103.719,67
31/03/2015	09/04/2015	734.093,94	17,00	60,00	124.795,97
30/04/2015	09/05/2015	551.721,76	17,00	60,00	93.792,70
31/05/2015	09/06/2015	618.706,12	17,00	60,00	105.180,04
30/06/2015	09/07/2015	480.313,47	17,00	60,00	81.653,29
31/07/2015	09/08/2015	468.070,41	17,00	60,00	79.571,97
31/08/2015	09/09/2015	485.754,88	17,00	60,00	82.578,33
30/09/2015	09/10/2015	848.636,41	17,00	60,00	144.268,19
31/10/2015	09/11/2015	553.301,59	17,00	60,00	94.061,27
30/11/2015	09/12/2015	104.784,06	17,00	60,00	17.813,29
31/12/2015	09/01/2016	868.518,88	17,00	60,00	147.648,21
29/02/2016	09/03/2016	564.288,71	17,00	60,00	95.929,08
31/03/2016	09/04/2016	1.153.199,41	17,00	60,00	196.043,90
30/04/2016	09/05/2016	352.214,12	17,00	60,00	59.876,40
31/05/2016	09/06/2016	707.368,71	17,00	60,00	120.252,68
30/06/2016	09/07/2016	1.057.235,12	17,00	60,00	179.729,97
31/07/2016	09/08/2016	1.416.044,59	17,00	60,00	240.727,58
31/08/2016	09/09/2016	1.246.883,88	17,00	60,00	211.970,26
30/09/2016	09/10/2016	1.182.034,06	17,00	60,00	200.945,79

31/10/2016	09/11/2016	1.362.297,29	17,00	60,00	231.590,54
31/12/2016	09/01/2017	1.847.134,00	17,00	60,00	314.012,78
31/03/2017	09/04/2017	1.496.085,35	17,00	60,00	254.334,51
31/05/2017	09/06/2017	633.700,59	17,00	60,00	107.729,10
30/06/2017	09/07/2017	164.796,35	17,00	60,00	28.015,38
31/07/2017	09/08/2017	641.454,94	17,00	60,00	109.047,34
31/08/2017	09/09/2017	508.870,12	17,00	60,00	86.507,92
30/09/2017	09/10/2017	935.380,76	17,00	60,00	159.014,73
30/11/2017	09/12/2017	962.423,88	17,00	60,00	163.612,06
31/12/2017	09/01/2018	942.103,41	17,00	60,00	160.157,58
TOTAL DA INFRAÇÃO					4.766.100,33

A 1ª JfF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

O Autuado apresentou Recurso Voluntário em 2 (duas) vias iguais (fls. 116 a 124 e 125 a 133), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual reiterou a necessidade de fornecimento dos demonstrativos em planilha, pois o formato “PDF” não permite arrumar os produtos em ordem alfabética nem agrupar por NCM, sendo humanamente impossível analisar o relatório em 605 (seiscentos e cinco) páginas apenas com o acompanhamento visual, o que de certa forma cerceou o pleno exercício do seu direito de defesa.

Disse não rechaçar o formato “PDF”, pois tem um bom design de apresentação, mas que vem pedindo, no mínimo, é que também fosse apresentado em paralelo em planilha no formato “excel”, onde poderia analisar a integralidade dos itens autuados, o que fez somente por amostragem, persistindo os seguintes produtos isentos e sujeitos à substituição tributária de forma indevida:

- Produtos sujeitos à Substituição Tributária:
 - CARNE SUÍNA PRIM KG (Pág. 68/605 – exercício de 2014)
 - CARNE SUÍNA CONG PRIM KG (Pág. 107/605 – exercício de 2014)
 - FILE PEITO FRANGO PIF PAF COZID DESF 500G (Pág. 76/605 – exercício de 2014)
- Produtos isentos:
 - PEIXE CORVINA SALGADA GDE KG (Pág. 68/605 – exercício de 2014)
 - BROCOLIS PIF PAF 300G (Pág. 76/605 – exercício de 2014)
 - COUVE FLOR PIF PAF 300G (Pág. 76/605 – exercício de 2014)

Suscitou a nulidade da Decisão recorrida ou da autuação em razão de ter sido exigido o imposto, e não só a multa, conforme previsto no §1º, do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, e mesmo constando esta informação no relatório da Decisão recorrida, esta questão não foi considerada no voto nem no julgamento como um todo.

Apresentou o seu recolhimento mensal, fruto da apuração do imposto, baseado nos débitos e créditos no período da autuação, declarada na EFD e na DMA, visando provar a tributação das mercadorias nas saídas.

Requeru a nulidade do julgamento de piso, bem como o reconhecimento das improcedências e nulidades citadas, e protestou pela posterior produção de todos os meios de prova admitidos em direito, especialmente documental.

Registra-se a presença na sessão virtual de julgamento, em videoconferência, da advogada do Autuado que efetuou a sustentação oral, Dra. Rebeca Brandão de Jesus - OAB/BA nº 58.327.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa mediante uma única infração, em razão do recolhimento a menor do ICMS relativo à antecipação parcial.

Ressalto que não foram juntadas novas provas após a apresentação do Recurso Voluntário.

O Autuado requereu a declaração de nulidade da Decisão ora recorrida, ou a nulidade da autuação, tendo em vista que foi exigido o imposto, descumprindo o previsto no §1º, do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, questionou tal exigência em sua Defesa, mas que a referida Decisão não se pronunciou sobre este ponto.

Entretanto, não consta no voto do Acórdão ora recorrido, nenhuma manifestação acerca do pedido para exclusão do imposto, embora tal questionamento faça parte da Defesa e do relatório, tendo sido descumprido o preceito contido no Art. 18, III do RPAF/99, motivo pelo qual, voto pelo Provimento do Recurso Voluntário, para julgar NULA a Decisão de piso, de modo que o processo retorne à 1ª instância para novo julgamento, a salvo da falha apontada.

Quanto ao suposto cerceamento de defesa, em razão do demonstrativo ter sido apresentado em formato “PDF”, ressalto, que consta na mídia que acompanha o Auto de Infração o demonstrativo em planilha em formato “EXCEL”, mas observo, que não consta o formato dos arquivos entregues ao Autuado no recibo anexado (fl. 14). Recomendo que o referido arquivo seja entregue ao Autuado mediante recibo, onde seja informado o seu formato, com a concessão de prazo de 60 (sessenta) dias para apresentar novas razões defensivas.

Em vista do PROVIMENTO do Recurso Voluntário, fica PREJUDICADA a análise do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício interposto, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar NULA a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **206958.0013/19-5**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo o processo retornar à 1ª instância, para que seja efetuado novo julgamento a salvo da falha apontada.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS