

PROCESSO	- A. I. Nº 206958.0010/19-6
RECORRENTE	- DALNORDE COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0055-05/21-VD
ORIGEM	- DAT SUL / INFAC COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 05/01/2022

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0337-11/21-VD

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TOTAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. PAGAMENTO A MENOS. A empresa alega que os itens “vinho”, “vermute” e “uísque” não estavam na Substituição Tributária. Ocorre que os produtos se mantiveram na ST até 01/10/2016. Diligência denegada. Irregularidade procedente em parte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, contra a decisão de piso que julgou procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 21/06/2019, no valor histórico de R\$ 255.374,97, com fatos geradores em janeiro a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015, janeiro a setembro e dezembro de 2016, janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2016, relativos ao cometimento da seguinte infração:

*Infração 01 – 07.01.02 – Pagamento a menor de ICMS devido por antecipação total, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias oriundas de outros Estados.*

Após a devida instrução processual, assim decidiu a 5ª Junta de Julgamento Fiscal:

#### VOTO

*Mister apreciar, inicialmente, as questões antecedentes de mérito do processo.*

*Duas preliminares são levantadas pelo sujeito passivo: uma pela ausência da lavratura de “termos”, outra pela inadequação dos demonstrativos elaborados pela fiscalização.*

*Vamos apreciá-las separadamente.*

*Na primeira questão antecedente, alega-se que não houve o recebimento do termo de início de fiscalização, tampouco intimação para apresentar livros e documentos, na forma do art. 26 do RPAF-BA.*

*Solicita-se a nulidade do lançamento de ofício.*

*Verifica-se à fl. 07, termo de apresentação de livros e documentos fiscais, recebido pelo Sr. Kleber Santos, preposto da empresa, e, apesar de fora da sequência temporal, o ato anterior de intimação do fisco para apresentação dos citados elementos, assinado pelo Sr. Joadison S. dos Santos, igualmente preposto do contribuinte. (fl. 014).*

*Dúvidas não há, de que tinha a autuada plena ciência de estar sob ação fiscal. De tanto o preposto fiscal frisar este detalhe, não se vê mais esta alegação a partir do pronunciamento defensivo de fls. 143 a 146.*

#### *Preliminar recusada.*

*A segunda questão antecedente de mérito, defende o cerceamento de defesa pelo fato dos trabalhos de quantificação feitos pelo fisco não estarem em arquivo pdf editável, circunstância que estaria a inviabilizar o exame das operações, ao redor das quais se fez a presente exigência.*

*Logo, estão os trabalhos referidos em dissintonia com o art. 8º, § 3º do RPAF-BA.*

*Em manifestação complementar, a empresa traz um despacho de solicitação de diligência desta 5ª JJF, atinente ao PAF 281.231.0004/19-0, em cujo conteúdo se vê que este Colegiado pede para a auditoria anexar arquivo em mídia digital editável.*

*Também por este veio, solicita-se a nulidade do lançamento de ofício.*

*Em rebatimento, o preposto fiscal contrapõe que, por segurança e fidedignidade aos dados-suporte da autuação, os arquivos devem constar no processo em formato não editável. Mas que existe aplicativos*

*disponíveis na rede mundial de computadores, alguns deles de download grátis, pelo que arquivos não editáveis podem ser convertidos em arquivos editáveis, na mesma ou em outra ferramenta.*

*De fato, é possível que a partir da cópia da mídia eletrônica recebida pelo sujeito passivo, os arquivos não editáveis sejam transformados em arquivos editáveis. Mas não é este o principal fundamento a ser considerado. Pelas múltiplas argumentações expendidas pela impugnante, em seus diversos manifestos no processo, nota-se que teve ela plenas condições de analisar os dados que serviram de referencial para a autuação. Chegou-se até ao detalhe de conferir as MVAs e respectivos cálculos elaborados pelo fisco, opondo-se diversos equívocos ligados aos percentuais de margem, por produto, NCM e período de incidência.*

***Por seu turno, o paradigma da diligência apontado à fl. 148 não se amolda ao caso ora em tela. Naquele processo, não era possível examinar se a empresa conseguiu acessar os elementos fático-probatórios que deram suporte ao auto de infração. Aqui acontece exatamente o contrário: reforce-se que a defendente conseguiu examinar amiúde todos os dados que compuseram a infração, descendo-se aos detalhes da irregularidade; em diversos momentos, vários produtos com MVA equivocada foram detectados e recalculados, na maioria das vezes contando com a aceitação da auditoria fiscal.***

***Perdendo sentido o objeto da preliminar, é de se afastá-la de plano.***

*Dito isto, é seguro afirmar que o Auto de Infração cumpre formalmente os requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua lavratura, designadamente os dados do contribuinte, os dados da lavratura, a existência da descrição dos fatos supostamente infracionais, o demonstrativo do débito, a existência de enquadramento legal, e a previsão normativa da multa proposta e a assinatura do autuante, entre outros requisitos já padronizados pelo sistema denominado SLCT.*

*Defesa ofertada sem questionamentos do órgão de preparo, acerca de ter havido anormalidades temporais ou defeitos de representação legal para o signatário da peça impugnatória funcionar no processo. Assim aconteceu com os demais pronunciamentos empresariais.*

*Prestigiados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem ofensa também a quaisquer princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.*

*Indefere-se o pedido de diligência formulado à fl. 40, considerando que os elementos fático-probatórios já se encontram presentes no PAF, suficientes para se deslindar a presente celeuma.*

*Como prejudicial parcial de mérito, pretende-se o reconhecimento da decadência do direito do fisco exigir tributo no período que se inicia em janeiro de 2014 a julho de 2014, com fulcro no art. 150, § 4º do CTN, visto que tomou ciência da lavratura do lançamento em 09.7.2019. Isto porque, dentro do citado período cumpriu com as suas obrigações principais e acessórias, à vista dos extratos de recolhimentos e Livro de Apuração de ICMS, além de ter transmitido mensalmente as DMA's. Tais iniciativas – entrega das citadas declarações ao fisco - configurariam medida preparatória indispensável ao lançamento, a partir dali contando-se o prazo para contagem da decadência.*

*A fiscalização, por sua vez, preferiu dizer que há entendimentos diversos sobre este assunto, cabendo a este Conselho firmar um posicionamento.*

*Na sua essência, é esta a infração sob análise: recolhimento a menor de ICMS devido por antecipação total, incidente na entrada de mercadorias originadas de outras unidades federativas.*

*Segundo o entendimento da d. PGE, exarado no Incidente de Uniformização 2014147695-0, quando se deixa de declarar fatos tributáveis, o critério para a contagem da decadência é aquele previsto no art. 173, § 1º do CTN.*

*Veja-se o trecho correspondente naquela peça:*

*“(i) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e não pago ou simplesmente ausência de declaração e pagamento (**omissão de operação ou prestações de serviços tributáveis**), deve ser aplicada a regra do art. 173, inciso I, do CTN...”*

*Aqui o caso é outro. A cobrança alude a pagamento a menor de imposto, não à sua ausência total de pagamento. Significa dizer, que desde a transmissão das guias de informações econômico-fiscais – as conhecidas DMA's – sabia a Fazenda Pública da Bahia, que o contribuinte lidava com operações sujeitas às situações descritas no Anexo I do RICMS-BA.*

*Inclusive recolhimentos pelo código de receita 1145, ingressaram no erário baiano. Controles fazendários já estavam alertas que valores pagos a título de tributação antecipada foram feitos pela impugnante. E nesta toada, seria a parir dali ou, mais precisamente, a partir da ocorrência do fato gerador que se deveria iniciar a contagem do prazo decadencial de cinco anos do direito de efetuar o lançamento de ofício.*

*Apesar disto, não merece provimento a ideia de que a transmissão eletrônica configuraria medida preparatória de lançamento, ponto inicial de contagem decadencial. Na verdade, medida preparatória de lançamento seria de iniciativa do fisco, tais como a efetivação de um termo de início de ação fiscal ou uma intimação para apresentação de elementos documentais, ambas no intuito de apurar possíveis focos de evasão.*

*O presente auto de infração afetou fatos geradores acontecidos a partir de janeiro de 2014. A sua formalização se deu em junho de 2019. Já a ciência do contribuinte, se deu em julho do mesmo ano.*

*Com base nestes marcos, pelo critério previsto no art. 150, § 4º do Codex Tributário, os meses de janeiro a junho de 2014 estariam “soterrados” pela decadência.*

*Esta relatoria, defende o entendimento de que o termo final da decadência não seria a ciência do contribuinte, pois o sujeito ativo sairia da sua inércia, no instante em que formaliza o crédito tributário. Neste sentido, façase remissão ao quanto nos posicionamos no voto em separado proferido no PAF N° - 207090.0006/13-9, em face da empresa T&D BRASIL LTDA. Não obstante este ponto de vista, rendemo-nos ao entendimento uniforme deste Conselho, consubstanciado na Súmula 12.*

**Assim, acolhemos o pleito de reconhecimento parcial da decadência, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, de modo que devem ser afastados de qualquer condenação os fatos geradores ocorridos de janeiro a junho de 2014.**

*No mérito propriamente dito, foram três as alegações defensivas principais, a pretexto de cometimento de erros materiais: (i) aquisições sob o CFOP 2403 e pagamento através de GNREs; (ii) pagamentos não considerados pela receita 1145; (iii) e erro na adoção das MVAs.*

*Em relação ao primeiro, o autuante garantiu que os valores retidos estavam insuficientes. Sobre este aspecto, não indicou a autuada argumentação capaz de desmontar o que foi dito pelo fisco. À época da elaboração das demonstrações do débito, tais abatimentos já tinham sido efetuados, colhidos das guias nacionais de recolhimento estadual.*

*Em relação ao segundo, sucedeu algo bem parecido com o citado anteriormente. Os pagamentos efetivados sob a rubrica 1145, já haviam sido considerados quando da elaboração das memórias de débito. Noutras palavras, o que tinha de DAE recolhido sob este código de receita já fora computado pelo autuante. Também neste particular, deixou a impugnante de ser específica, não apontando em quais circunstâncias esta compensação deixou de ser atendida. Cumpre frisar, que nos demonstrativos fiscais consta uma coluna em que foram lançados os valores de imposto já pagos espontaneamente.*

*Em relação ao terceiro, houve acatamento quase que total das alegações e números apresentados pelo impugnante. Exceções feitas para esponjas (fl. 117) com MVA de 113,11% (e não 67,31%, como quer a empresa), conforme subitem 24.62 do Anexo 1, lâmpadas elétricas, NCM 8539, anos de 2014 e 2016, fraldas descartáveis, NCMs 4018 e 4818, período todo fiscalizado, e vinho oriundo do Espírito Santo, valor de imposto apenas pago parcialmente, situações mantidas nos levantamentos fiscais e com as quais concordamos.*

*Por outro lado, não pode prevalecer a última manifestação defensiva de fls. 208 a 217, peça em que se colhem novas questões agitadas, agora ligadas a “batata palha” e “biscoito de maisena”. Decorridos doze meses entre a ciência da autuação e aquele pronunciamento, após várias oportunidades para oferecer toda a sua linha argumentativa, preferiu o contribuinte apresentá-la parceladamente, exigindo sempre pronunciamento por parte da fiscalização. Nesta situação de ponto e contraponto por tempo indeterminado, ficaria o caso concreto numa espécie de looping processual, sem encontrar uma definição no campo administrativo, sem apreciação por parte dos órgãos julgadores deste Conselho.*

*Relembre-se que o instituto da preclusão é admissível no processo administrativo tributário, apesar da busca pela verdade material ser também um princípio relevante. Ambos os mecanismos precisam ser analisados à luz da celeridade e da economia processuais, fazendo-os prevalecer de acordo com o que se verifica em cada situação de per si.*

*Na situação que ora se descortina, há de se dar espaço para a aplicação preclusiva prevista no art. 123, § 1º do RPAF-BA, merecedor de transcrição neste voto:*

*Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.*

*(...)*

*§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.*

*Para todos estes argumentos defensivos, cabe registrar, que por inúmeras vezes, fisco e contribuinte tiveram a oportunidade de debater os valores originalmente lançados. Ajustes foram efetivados de lado a lado, aquiescências recíprocas também. Admitiu a fiscalização que alguns produtos, MVAs e períodos, estavam registrados e calculados incorretamente, salvo as ressalvas já consignadas neste voto.*

***Tanto assim é que a cobrança original de R\$255.734,97, caiu para R\$218.505,86.***

*Logo, o último demonstrativo analítico de débito, trazido no CD de fl. 201, verso, combinado com a aplicação parcial da decadência, faz apontar os seguintes valores remanescentes:*

<b>Mês</b>	<b>Competência</b>	<b>ICMS devido</b>
	<b>Julho 2014</b>	<b>3.759,66</b>

Agosto 2014	<b>3.321,20</b>
Setembro 2014	<b>2.886,93</b>
Outubro 2014	<b>10.938,54</b>
Novembro 2014	<b>21.119,23</b>
Dezembro 2014	<b>2.696,85</b>
Janeiro 2015	<b>2.421,01</b>
Fevereiro 2015	<b>5.664,38</b>
Março 2015	<b>2.104,24</b>
Abril 2015	<b>2.605,40</b>
Maio 2015	<b>5.620,32</b>
Junho 2015	<b>6.979,72</b>
Julho 2015	<b>2.764,83</b>
Agosto 2015	<b>4.307,08</b>
Setembro 2015	<b>136,73</b>
Outubro 2015	<b>21.669,56</b>
Novembro 2015	<b>2.843,58</b>
Dezembro 2015	<b>2.453,60</b>
Janeiro 2016	<b>6.072,99</b>
Fevereiro 2016	<b>1.511,86</b>
Março 2016	<b>4.312,53</b>
Abril 2016	<b>3.275,96</b>
Maio 2016	<b>7.573,07</b>
Junho 2016	<b>637,30</b>
Julho 2016	<b>1.161,33</b>
Agosto 2016	<b>2.416,46</b>
Setembro 2016	<b>352,02</b>
Dezembro 2016	<b>2.153,04</b>
Janeiro 2017	<b>2.032,99</b>
Fevereiro 2017	<b>1.240,68</b>
Março 2017	<b>2.226,61</b>
Abril 2017	<b>452,29</b>
Maio 2017	<b>5.616,47</b>
Junho 2	<b>938,64</b>
Julho 2017	<b>7.669,39</b>
Agosto 2017	<b>4.327,75</b>
Setembro 2017	<b>4.969,83</b>
Novembro 2017	<b>5.417,63</b>
Dezembro 2017	<b>4.363,33</b>
<b>Total</b>	<b>173.015,03</b>

Por fim, resta analisar o pedido subsidiário de cancelamento ou diminuição da multa de 60%, por ser ela desproporcional, irrazoável e confiscatória.

Em realidade, falece competência a este Colegiado examinar se o dispositivo de lei estadual está de acordo ou não com a Constituição Federal em vigor, ao fixar percentual que acabe por traduzir confisco, ou se mostre desproporcional ou fora da razoabilidade, mesmo havendo tese acolhida no âmbito do STF. Há vedação expressa no art. 167, I do RPAF-BA.

Sanções mantidas nos percentuais de 60% proposto, conforme prescreve o art. 42, II, “d” da Lei 7014/96.

Isto posto, deve o auto de infração ser considerado PROCEDENTE EM PARTE, no montante de R\$173.015,03, na forma do demonstrativo mensal aposto anteriormente.

Irresignado com o valor remanescente, o sujeito passivo interpôs o presente recurso, objetivando o que segue:

Aduz que o demonstrativo contém alguns itens, mesmo após refazimento através das Diligências realizadas, que permanecem na cobrança em data posterior à saída do produto da Substituição Tributária:

- a) VINHO – retirada da ST em 31/05/16, conforme tela a seguir, do Anexo I do RICMS/BA, versão 2016
- b) UÍSQUE e VERMUTE – retirados da ST em 31/05/16, conforme tela a seguir, do Anexo I do RICMS/BA, versão 2016

Assevera que os vinhos com NCM 2404 e outras bebidas similares com NCM 2205 foram retirados

da ST em 31/05/2016 e os demonstrativos remanescentes da Fiscalização manté-los em data posterior, bem como os Uísques e Vermutes, apresentando, exemplificadamente, com destaque para as linhas em amarelo tais itens.

Informa que este fato é novo e não foi abordado anteriormente, requerendo a realização de diligência para a exclusão dos itens.

Por fim, reitera os pedidos formulados em sede de Impugnação e requer seja reconhecida a NULIDADE do lançamento, ou que no mínimo, seja determinada nova diligência fiscal, para que, nesta oportunidade, sejam efetivamente analisados todos os documentos acostados pela Peticionária, com a consequente declaração de IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## VOTO

O presente Auto de Infração, imputa ao sujeito passivo o cometimento de pagamento a menor de ICMS devido por antecipação total, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias oriundas de outros Estados.

As reduções realizadas na Primeira Instância não são objeto de análise nesta oportunidade, tendo em vista que não há Recurso de Ofício a ser apreciado.

Inicialmente, denego o pedido de diligência formulado, por entender que o processo se encontra apto para julgamento, sendo possível a apreciação das questões aventadas pela recorrente.

A recorrente insurge-se tão somente quanto à manutenção dos produtos “vinho”, “uísque” e “vermute”, entendendo que foram retirados da substituição tributária em 31/05/2015. Todavia, equivoca-se o sujeito passivo em sua afirmativa.

Em 31/05/2015 houve uma alteração na redação do item 5, através do Decreto nº 16.434, de 26/11/15, DOE de 27/11/15, efeitos a partir de 01/12/15, relativo a “Bebidas alcoólicas, exceto cerveja e chopp”, sendo que os produtos acima citados se mantiveram na ST.

Os itens relativos a bebidas alcoólicas se mantiveram na ST até 30/09/2016, cuja revogação se deu pelo Decreto nº 16.987, de 24/08/16, DOE de 26/08/16, efeitos a partir de 01/10/16.

Assim, a manutenção pela autuação de tais itens no período apontado pela recorrente (07/06/2016, 19/07/2016 e 02/08/2016), encontra-se em consonância com a legislação vigente à época dos fatos.

Deste modo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo integralmente a decisão de piso.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206958.0010/19-6**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$173.015,03**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42 II “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS