

A. I. Nº - 203459.0005/20-6
AUTUADO - KIPLING BAGS COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - RICARDO FRANÇA PESSOA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 17/11/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0163-03/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. OMISSÃO DE SAÍDA.VENDA EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO DECLARADA EM VALOR INFERIOR AO VALOR FORNECIDO POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. Se trata de presunção *juris tantum*, de que houve realização de operações tributadas, prevista no inciso VI do §4º do art. 4º da Lei 7.014/96. A defesa não se desincumbiu de sua prerrogativa de relativizar a acusação fiscal. Falece competência a esta esfera de julgamento, emitir juízo de valor acerca de multa prevista em lei. Infração subsistente. Afastada arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, objeto deste relatório, foi lavrado em 19/06/2020, e se refere à cobrança de ICMS no valor de **R\$ 581.627,37**, bem como aplicação de multa no percentual de 100%, tendo sido efetuada a ciência do feito ao contribuinte no dia 13/07/2020, conforme doc. à fl. 20, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 05.08.01 – Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Referente ao período de janeiro de 2015 a dezembro de 2016.

Constata-se que tempestivamente a Autuada apresentou impugnação ao lançamento através dos documentos constantes às fls. 26 a 38, quando apresentou o arrazoadado de defesa relatado a seguir.

A defesa inicia a sua peça discorrendo sobre os fatos, a tempestividade e em seguida passou a tratar do tópico “*ii.c. DA DECADÊNCIA PARCIAL DO DÉBITO AUTUADO*”, citou a legislação, evocou doutrinas e afirmou que no presente caso, considerando que Impugnante foi intimada, no dia 13/07/2020, somente poderá cobrar os débitos tributários das 60 (sessenta) competências anteriores a ele, ou seja, dos meses de 07/2020 até 07/2015, restando decaído qualquer débito eventualmente apurado pela Fazenda do mês 06/2015, e pregressos, conforme interpretação conjunta dos artigos art. 150, § 4º e 156, VII do CTN.

Neste aspecto, asseverou que a importância de R\$96.100,35 em que houve a homologação tácita por parte da Fazenda Estadual Baiana, ante a consecução do prazo decadencial, referente aos meses de 01/2015 a 06/2015, foi injustamente cobrada neste Auto de Infração.

Dessa forma, requer seja declarado extinto o crédito tributário das competências de 01/2015 a 06/2015, no valor de R\$96.100,35, haja vista que considerou ter decaído, nos termos do disposto no art. 150, § 4º conforme predispõe o art. 156, VII, ambos do CTN.

Passando ao tópico do “*iii. DO MÉRITO*” afirmou que o Auto de Infração contém informações distorcidas, e por isso apurou um débito inexistente, uma vez que não considerou as atuais escriturações fiscais da Impetrante para realizar a cobrança.

Afirmou que o fisco também deixou de considerar na apuração as mercadorias do regime de substituição tributária, em que o recolhimento foi efetuado na origem da cadeia de produção-consumo.

Disse ainda que o campo de lançamento das operações com cartão de crédito e débito não servem como base de cálculo para o ICMS, pois representam meramente para diferenciar a parcela da base de cálculo composta por valores eletrônicos, assim, esta omissão sequer poderia reduzir sistemicamente o valor do ICMS a ser pago no mês.

Esclareceu que, em um primeiro momento nos anos de 2015 e 2016 a empresa apresentou contabilmente os valores das vendas com cartão de crédito e débito de seus produtos, no entanto, em 2017, retificou sua EFD-ICMS (SPED Fiscal) adicionando novas informações quanto às suas saídas.

Afirmou que tais retificações não foram consideradas pela Fazenda ao lavrar o Auto de Infração, o que a levou a comparar os valores originalmente indicados pela contribuinte com os apresentados pelas operadoras de cartões, verificando uma discrepância entre eles. E que por tal motivo, a Receita Estadual entendeu e afirmou que a contribuinte estaria ocultando suas operações de saída, o que não merece prosperar.

Demonstrou as bases de cálculo de incidência do ICMS apuradas pelo Fisco no Auto de Infração, que disse terem considerado as diferenças entre os valores das EFDs - ICMS (SPEDs-Fiscais) originais (não retificados), em confronto com os valores indicados pelas operadoras de cartão.

Salientou que após as retificações realizadas em 2017, os novos valores demonstrados pela empresa ficaram compatíveis com os trazidos pelas operadoras de cartão de crédito e débito, como disse ser possível observar na tabela que elaborou.

Disse que segundo o Auto de Infração, a suposta diferença encontrada nas bases de cálculo seria de R\$1.551.950,84 em 2015, e R\$1.935.773,69 em 2016, totalizando uma discrepância nas bases de R\$3.487.724,53, e que, na verdade, se tivessem considerado as EFDs-ICMS (SPEDs- Fiscais) retificadores transmitidas pela Impugnante, as bases teriam sido reduzidas para apenas R\$33.012,90, como disse demonstrar no quadro que elaborou.

Salientou que sobre tal importância, usando a metodologia de cálculo realizada pela Fisco, chegar-se-ia a um débito de ICMS no valor preliminar de R\$5.612,19, o qual ainda seria reduzido, considerando que o Fisco ignorou as vendas que envolvem saídas não tributadas atinentes ao regime da substituição tributária, assim como o período já decaído (01/2015 a 06/2015).

Pontuou que a retificação suscitada pode ser comprovada pelos diversos Recibos de Entrega da Escrituração Fiscal Digital anexos a este processo, relativos a todas as competências de 2015 e 2016, ora autuadas

Assim, a título de exemplo, apontou a competência de 01/2016, que afirmou demonstrar a inexistência do débito cobrado.

Desta feita, no que tange à competência 01/2016, originalmente a EFD-ICMS (SPED Fiscal) indicava vendas com cartão declaradas pela Impugnante no valor de R\$8.418,24, conforme informa o próprio Fisco, mas, o valor que as operadoras informaram que receberam seria superior cuja importância perfaz o montante de R\$379.062,48, como demonstrou com tabela.

Afirmou que esta informação foi retificada em 21/03/2017, como se observa da data de entrega da EFD-ICMS que demonstrou, uma vez que a própria empresa imbuída de boa-fé, corrigiu as informações que posteriormente identificou como erradas quando da realização de auditoria interna. Disse que a sua alegação pode ser observada dos Recibos de Entrega de Escrituração Fiscal Digital, relativa à competência exemplificativa de 01/2016, a qual plotou imagem.

Acrescentou que da mesma retificadora se pode demonstrar que desde 2017 já constam declarados através de mudança no Registro 1600 da EFD-ICMS (SPED-Fiscal) Fiscal, os valores relativos às operações com cartão de crédito e débito da empresa, que totalizaram e foram informados pela

contribuinte naquela competência no valor de R\$ 381.104,99, e não R\$8.418,24, conforme informa o Fisco, sendo, inclusive, superior ao valor de R\$379.062,48.

Ponderou que desta forma restou demonstrada a boa-fé da contribuinte, pois retificou antes mesmo de qualquer manifestação da Fazenda Pública, suas obrigações acessórias, de modo que afirmou que seus demonstrativos fiscais estavam perfeitamente condizentes com as operações que de fato eram perpetradas pela empresa em seu dia a dia comercial.

Esclareceu ainda a inexistência de débitos de ICMS, ainda que tenha havido a retificação do Registro 1600, com a majoração dos valores das operações efetuadas por meio de cartões de crédito e débito, o que, para um leigo, pressuporia o aumento de uma base de cálculo que incidirá a tributação, o que, de fato, disse não ter ocorrido.

Ressaltou que em 2017, em que pese a retificação efetuada pela empresa, não houve modificação no valor do tributo devido, uma vez que o Registro 1600 não atua como base de cálculo para a apuração do ICMS.

Explicou que o referido campo não é utilizado como base de cálculo do ICMS, sendo que apenas os registros de Notas Fiscais são pertinentes para a apuração do valor do imposto devido no período.

Salientou que como as Notas Fiscais não apresentavam qualquer divergência, os valores do tributo foram recolhidos devidamente desde antes das retificações terem sido feitas, e o montante do imposto foi apurado com base nas Notas Fiscais e não com base nas informações do Registro 1600.

Lecionou que o registro serve apenas para identificar a parcela da receita da contribuinte que teve sua circulação através de operações com dinheiro eletrônico, mas os valores destas operações não são em momento algum somados aos valores da demais operações para formação da base de cálculo do ICMS, mas somente indicam sistemicamente o percentual da base de cálculo, apurada pelos demais registros, que corresponde às vendas com cartões.

Deste modo, insistiu que ainda que tenha faltado a informação das saídas com cartão de crédito e débito no Registro 1600 antes da retificação em 2017, não há possibilidade sistêmica de redução do tributo pago, uma vez que este é apurado somente através das Notas Fiscais, que determinam a base de cálculo do tributo.

Entende que o sistema de apuração do tributo considera para a formação da base de cálculo do ICMS apenas os valores das Notas Fiscais de entrada - que geraram um crédito - e de saída - que geram um débito. E que tais valores não precisaram ser modificados, sendo que a contribuinte, desde a EFD-ICMS (SPED-Fiscal) original, já havia lançado contabilmente todas as Notas Fiscais da forma correta, apurando um total de débito de ICMS que permaneceu inalterado.

Neste sentido, como se vê de escrituração, ainda na competência exemplificativa de 01/2016, a partir das saídas a contribuinte apurou um débito de R\$19.063,99, e das entradas cumulou créditos a diversos títulos, que foram o suficiente para quitar o débito daquela competência, e ainda manter um saldo credor disponível a ser repassado para o próximo mês, conforme demonstrativo que plotou no texto.

Esclareceu que o devido lastro de todo o crédito e débito pode ser verificado através dos lançamentos na EFD-ICMS da contribuinte, que em uma análise minuciosa não demonstrará nenhuma discrepância entre o que foi declarado e as operações reais efetuadas pela contribuinte, tendo sido tudo perfeitamente demonstrado conforme os ditames legais.

Quanto aos débitos, os mesmos também não apresentam discrepância em relação ao acima demonstrado. Apesar disso, disse ser necessário explanar pontos importantes e não considerados pelo Fisco no Auto de Infração, o que levou à cobrança indevida dos valores acima da realidade e em discordância com a legislação.

Explicou que para a mensuração do débito do contribuinte a Fazenda não pode simplesmente incidir a alíquota de ICMS sobre a diferença das bases de cálculo da vendas declaradas pelo contribuinte na EFD original e as informadas pelas operadoras de cartões, pois, advertiu que

diversas mercadorias vendidas pela Impugnante não estão sujeitas ao destaque do ICMS por estarem enquadradas ao regime da substituição tributária, e pontuou que o cálculo perpetrado pelo Fisco deixou de considerar estas operações e cobrou um valor acima do legalmente previsto.

Asseverou que a venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído é demarcada pelo CFOP 5405, para ser diferenciado do CFOP 5102, que trata da venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, ou seja, operações comuns que gerarão a obrigação de recolhimento do ICMS.

Disse que da EFD-ICMS (SPED Fiscal) se pode verificar que o ICMS incide apenas na saída das operações de CFOP 5102, e não na totalidade do crédito. De modo que, ainda que fossem verossímeis as alegações do Fisco de que a contribuinte omitiu suas saídas, o valor de débito por ele instigado não merece proceder, tendo em vista que ele cobra a incidência de um tributo já antecipado, devidamente recolhido pelo substituto tributário. Reiterou, ainda, que ao efetuar os cálculos e lançar o crédito tributário, o Autuante deixou de considerar as EFDs-Retificadoras transmitidas pela empresa.

Por fim, rematou que o débito do Auto de Infração foi apurado de *forma* incorreta, incidindo o ICMS sobre saídas não tributadas de forma ilegal. E que não há qualquer valor de débito a ser pago, já que a suposta supressão de valores no Registro 1600, que foi posteriormente retificada, e que, de todo modo não modifica os valores de ICMS já recolhidos pela Impugnante, pois não influem na sistêmica da composição da base de cálculo do tributo.

Concluiu pela plena comprovação de que o Auto de *infração* não merece prosperar, sendo por sua natureza nulo, passível de cancelamento assim como o débito de ICMS nele contido, o qual é indevido, nos termos acima aduzidos.

Passando a tratar do tópico “iii.a.i. *CANCELAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO: ERRO NÃO PASSÍVEL DE CORREÇÃO*” disse ser sabido que para que se construa o crédito tributário é necessário o cumprimento dos cinco elementos de constituição do crédito estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, que afirmou ser: “*identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade.*”, pontuando que o cumprimento destes requisitos tem exclusivamente a finalidade de assegurar ao contribuinte ou responsável o direito constitucional da ampla defesa.

Salientou que no presente caso, a autoridade fazendária efetuou os cálculos tributários de forma incorreta, deixando de considerar as EFDs-ICMS (SPEDs-Fiscais) retificadoras transmitidas pela contribuinte, frutos de uma reavaliação interna que incluiu posteriormente as saídas de cartão de crédito que não estavam presentes no documento original, sendo que nesta ocasião, ainda, não precisou recolher a diferença dos tributos uma vez que a retificação não modificou a base de cálculo de incidência, concluindo que o ICMS restou adimplido mesmo antes das retificações, de tal modo que o débito cobrado deverá ser extinto nos termos do art. 156, I do CTN, vez que a Fazenda não considerou os pagamentos efetuados, implicando em erro material, o que afirmou implicar na hipótese prevista no **art. 47 do RPAF/BA**, que entende incumbir à Fazenda Pública, na pessoa do Inspetor Fazendário, de cancelar o auto de infração.

Art. 47. Na lavratura do Auto de Infração, ocorrendo erro não passível de correção, deverá o Auto ser cancelado pelo Inspetor Fazendário, por proposta do autuante, até antes do seu registro no sistema de processamento, com o objetivo de renovar o procedimento fiscal sem falhas ou incorreções, se for o caso.

Pontuou que em se considerando que não houve infração à legislação tributária, nem de obrigação acessória e nem de principal, além de não haver débito remanescente, nem multas e demais encargos, ainda que compreenda a entidade fiscalizatória pela existência de algum valor pendente, este será ínfimo, e por isso nos termos do **art. 38 do RPAF/BA**, **não se permitiria a lavratura de auto de infração de valor inferior a R\$39.720.00:**

Art. 38. *O Auto de Infração será lavrado para exigência de crédito tributário de valor igual ou superior a R\$ 39.720,00 (trinta e nove mil setecentos e vinte reais), sempre que for constatada infração à legislação tributária, quer se trate de descumprimento de obrigação principal, quer de obrigação acessória.*

Pelo que expôs, concluiu ser totalmente improcedente o lançamento tributário, uma vez que não subsiste débito, e as obrigações acessórias foram retificadas, basta que a autoridade fiscalizatória efetue a revisão dos documentos que lhe foram disponibilizados.

Subsidiariamente, afirma caber ainda a decretação da nulidade do Auto de infração, conforme art. 20 do RPAF/BA, diante das diversas inconsistências nele trazidas:

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

Portanto, concluiu ser imperioso que seja decretado o cancelamento, ou declarada a nulidade do Auto de Infração, nos ditames interpretativos concernentes aos artigos 142, 149 e 156, I do CTN, além dos artigos 20, 38 e 47 do RPAF/BA.

Adentrando ao tópico “*iii.b. DA MULTA - CARÁTER CONFISCATÓRIO*” questionou a aplicação da multa de 100% sobre o valor do tributo que acredita ser devido. Afirmando que o ente Fazendário simplesmente dobrou o valor cobrado do contribuinte, onerando-o de forma excessiva e desproporcional, embasado em artigo da legislação estadual (Art. 42, III da Lei 7.014/1996) em pleno desacordo com o ordenamento jurídico vigente. O que entende fazer-se notório o caráter confiscatório e não punitivo da multa, que afirmou ser contrário ao entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal – STF, tendo reproduzido excerto do RE 657372 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, j. 28/05/2013, DJe-07-06- 2013. Continuou citando outros julgados e doutrinas.

Ressaltou, portanto, ter apresentado outra causa de nulidade trazida pelo Auto de Infração, de modo que novamente vislumbrou a obrigatoriedade em decretar sua nulidade. Subsidiariamente, requereu seja a multa reduzida a no máximo 20%, conforme entendimento jurisprudencial aplicado no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, órgão judicial eventualmente competente para julgar o presente caso, ao final do processo administrativo.

No tópico final “*iv. DOS REQUERIMENTOS*” discriminou:

“a) O Recebimento e processamento da presente Impugnação, posto que apresentada dentro dos ditames legais e devidamente tempestiva;

b) O Acolhimento das retificações das obrigações acessórias da empresa, tendo em vista que refletem as reais operações perpetradas pela Impugnante;

c) A juntada de toda a documentação pertinente;

d) Seja declarada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, enquanto estiver em discussão administrativa o presente Auto de Infração, conforme dispõe o artigo 151, III, do CTN, bem como a multa aplicada;

e) Seja declarado extinto o crédito tributário das competências de 01/2015 a 06/2015, no valor de R\$96.100,35 (noventa e seis mil e cem reais e trinta e cinco centavos), devido à decadência que gerou a homologação tácita dos lançamentos nos termos do disposto no art. 150, §4º conforme predispõe o art. 156, VII, ambos do CTN.

f) Seja decretado o cancelamento, ou declarada a nulidade do Auto de Infração, nos ditames interpretativos concernentes aos artigos 142, 149 e 156, I do CTN, além dos artigos 20, 38 e 47 do RPAF/BA, considerando todas as inconsistências contidas no Auto de Infração:

a. Não houve omissão de saídas pois a declaração original foi retificada;

b. O campo da EFD-ICMS (SPED-Fiscal) Fiscal que fora retificado não serve de base de cálculo do ICMS, portanto as modificações não aumentaram o tributo a ser pago, restando plenamente adimplido pela Impugnante;

c. O valor do débito apresentado, ainda que subsista às fundamentações perpetradas, merece reparos pois não considera as saídas não tributadas ante o prévio recolhimento através do regime de substituição tributária;

g) Não sendo este o entendimento, o que não se espera, requer desde já seja a multa reduzida a no máximo 20%;

h) Caso não seja reconhecido o cancelamento do Auto de Infração, pleiteia desde já, considerando as diversas inconsistências, a revisão de eventuais valores que a Autoridade Administrativa entenda como devidos, para que constituam novo lançamento com novo prazo para apresentação de defesa.

i) Requer-se, por fim, que toda e qualquer intimação ou publicação referente aos presentes autos seja efetuada nos nomes de GUSTAVO REZENDE MITNE - OAB/PR 52.997. DIOGO LOPES VILELA BERBEL - OAB/PR 41.766 e LUCAS CIAPPINA DE CAMARGO - OAB/PR 75.522. Sob pena de nulidade.”

A informação fiscal veio aos autos pela fl. 61.

Disse que da peça de defesa, pode-se extrair o reconhecimento do contribuinte das omissões de receitas, quando a defesa diz ter produzido retificadora, sem, no entanto, oferecer as diferenças que apurou à tributação, e concluiu que tal fato foi reparado com o presente Auto de Infração.

Por este motivo, afirma não restar dúvida ante o trabalho realizado pelo Fisco, reforçado pelo reconhecimento do contribuinte, que houve sim omissão de saídas de mercadorias, conforme apurado, e lançado, sendo o imposto devido.

Quanto à decadência, disse que houve o cumprimento da Ordem de Serviço para ação fiscal dos exercícios de 2015 e 2016, ainda no exercício de 2020, estando, portanto, dentro do quinquênio previsto na legislação como possível para lançamento tributário válido.

No que tange a não consideração de saídas de mercadorias tributadas por ST, disse ter acrescentado tais valores no demonstrativo de débito, verificando uma redução nos valores lançados, que disse retificar para: em 2015 R\$140.144,65; e em 2016 R\$176.280,58 conforme novos demonstrativos que apresentou.

À fl. 67 consta diligência deferida em sede de pauta suplementar com o seguinte teor:

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

REMESSA DOS AUTOS À REPARTIÇÃO FISCAL DE ORIGEM

Tendo sido o presente PAF levado ao crivo da 6ªJJF, em sede de pauta suplementar, resultou na seguinte deliberação:

Considerando que fora verificado que às fls. 36v no item “i” do tópico “iv. DOS REQUERIMENTOS” da peça defensiva, os patronos pediram que ‘(...) toda e qualquer intimação ou publicação referente aos presentes autos seja efetuada nos nomes de GUSTAVO REZENDE MITNE – OAB/PR 52.997, DIOGO LOPES VILELA BERBEL – OAB/PR 41.766 e LUCAS CIAPPINA DE CAMARGO – OAB/PR 75.522 (...)”;

Considerando que apesar da legislação estadual não prever a necessidade da notificação e ciência dos feitos processuais nos moldes requeridos acima, está este CONSEF ciente de que hodiernamente o judiciário tem decidido naquele sentido.

Decidiu este colegiado pelo envio dos autos à Infaz de origem para fins de que seja promovida a ciência da informação fiscal constante das fls. 61 a 63, nos termos solicitados pelos Patronos da Impugnante, às fls. 36v no item “i” do tópico “iv, lhes entregando as devidas cópias da informação fiscal.

Havendo pronunciamento da defesa, deve o Autuantes oferecer nova informação fiscal.

Cumprida a diligência, devem os autos retornarem ao CONSEF para julgamento.

Não consta pronunciamento da defesa.

Na sessão de Julgamento, foi realizada sustentação oral por videoconferência, pelo advogado, Dr. Fábio Eduardo Biazon Abrantes OAB/PR nº 34.846, patrono da empresa.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de impugnação ao lançamento de crédito tributário, perpetrado a partir da lavratura do Auto de Infração n.º 203459.0005/20-6, em desfavor da empresa KIPLING BAGS COMERCIAL LTDA, com espeque na presunção da ocorrência de omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, oferecida à tributação do ICMS em valor inferior ao efetivo valor das respectivas operações de vendas da contribuinte, informadas pela instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Inicialmente, nos cabe apreciar as arguições de nulidade que tiveram por espeque dois pontos:

i) Por não ter a autoridade fazendária efetuado os cálculos tributários de forma correta, deixando de considerar as EFDs-ICMS (SPEDs-Fiscais) retificadoras transmitidas pela contribuinte, que não resultou no recolhimento de diferença dos tributos uma vez que a retificação não modificou a base de cálculo de incidência, alegando que o ICMS restou adimplido mesmo antes das retificações, de tal modo que o débito cobrado deverá ser extinto nos termos do art. 156, I do CTN, vez que a Fazenda não considerou os pagamentos efetuados, implicando em erro material, o que afirmou implicar na hipótese prevista no art. 47 do RPAF/BA, que entende incumbir à Fazenda Pública, na pessoa do Inspetor Fazendário, de cancelar o auto de infração:

Art. 47. Na lavratura do Auto de Infração, ocorrendo erro não passível de correção, deverá o Auto ser cancelado pelo Inspetor Fazendário, por proposta do autuante, até antes do seu registro no sistema de processamento, com o objetivo de renovar o procedimento fiscal sem falhas ou incorreções, se for o caso.

ii) Por considerar que em não havendo infração à legislação tributária, nem de obrigação acessória e nem de principal, além de não haver débito remanescente, nem multas e demais encargos, ainda que compreenda a entidade fiscalizatória pela existência de algum valor pendente, este será ínfimo, nos termos do art. 38 do RPAF/BA, não se permitiria a lavratura de auto de infração de valor inferior a R\$39.720.00:

Art. 38. O Auto de Infração será lavrado para exigência de crédito tributário de valor igual ou superior a R\$ 39.720,00 (trinta e nove mil setecentos e vinte reais), sempre que for constatada infração à legislação tributária, quer se trate de descumprimento de obrigação principal, quer de obrigação acessória.

Deste modo, cumprindo o desiderato de enfrentar as arguições de nulidade acima, afasto a ambas, por considerar quanto ao primeiro ponto, que o juízo com relação à regularidade e pertinência da acusação fiscal se trata de exercício de exame de mérito, devendo, portanto, ser apreciado em momento próprio e oportuno. Quanto ao segundo ponto, entendo ser evidente a *prima facie*, sobretudo por se tratar de desdobramento do primeiro ponto, haja vista utilizá-lo como pressuposto, segue a mesma inteligência devendo ser objeto também de apreciação de mérito. De maneira que restam ambas as arguições afastadas da cognição acerca do fundamento de nulidade do feito, por suas evidentes impertinências.

Preliminarmente, portanto, verifico que o presente lançamento de crédito tributário está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido a infração, a multa e suas respectivas bases legais, evidenciadas de acordo com a infração imputada e demonstrativos detalhados do débito, com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo.

Adentrando ao mérito, verifico que a arguição de decadência reclama atenção preliminar, haja vista que se confirmada afastaria o direito do Estado quanto à parcela atingida. Deste modo, passando ao referido exame, devo registrar haver colhido dos autos que a ciência do feito ao contribuinte ocorreu no dia 13/07/2020, conforme doc. à fl. 20, de maneira que em se adotando o pleito da defesa de que seja aplicado a matéria a inteligência extraídas dos dispositivos legais art. 150, §4º e 156, VII do CTN, que determinaria a contagem do prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador haveria, de fato, de ser afastada a exigência tributária em relação ao período autuado relativos aos

meses de 01/2015 até 06/2015.

Contudo, hodiernamente, seguindo decisões jurisprudências atuais (Súmula Vinculante nº 08 pelo STF), este CONSEF vem adotando para fins de interpretação quanto à aplicação do instituto da decadência do direito de lançamento do crédito tributário, a orientação deliberada pela Douta Procuradoria Geral do Estado – PGE, no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, que assim leciona:

“Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0

*Entendimento firmado: **Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.***

Ressalva: O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão, não dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B, § 5º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz.

*Nota 1: **Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no 173, inc. I, do CTN, quando:** a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.*

Nota 2: As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, § 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, inc. I, do mesmo Código. Nessa esteira, ainda quando tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, há casos específicos em que o prazo decadencial deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorrido o fato gerador. Assim o será, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação. De igual forma, quando se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir à hipótese de dolo, fraude ou simulação. Revela-se, portanto, a importância da análise do caso concreto, para fins de adequada definição do critério de contagem do prazo decadencial. Ademais, para identificação do marco temporal concernente à data em que “o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 173, I, CTN) -, é mister seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação” (Destaquei).

De maneira que da leitura da orientação acima, considerando haver restado comprovado nos autos que de fato houve a ocultação de parte dos valores de vendas realizadas através de cartões de crédito e débito, que resultou em recolhimento a menos do ICMS mensal devido, se torna inexorável a aplicação da inteligência extraída do art. 173, inc. I do CTN, que impõe a contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia útil do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido lançado, que no caso, seria a partir de 01/01/2016, repercutindo que todos os fatos geradores que compõem o auto de infração poderiam ser exigidos até 31/12/2020, de modo a afastar peremptoriamente a arguição de decadência, pois a ciência do lançamento de crédito tributário em tela, repito, se deu em 13/07/2020m conforme doc. à fl. 20. Afasto, portanto, a arguição de decadência.

Continuando ao exame de mérito, constato não prosperar a alegação de que o Auto de Infração contém informações distorcidas, por não considerar as atuais escriturações fiscais da Impetrante para realizar a cobrança, pois não há possibilidade do Autuante utilizar para fins de realização da auditoria, escrituração da EFD não atualizada, haja vista que realizada a retificação como alegou

ter feito a autuada, imediatamente a versão anterior, é descartada.

Ademais, o que está em voga não é uma simples obrigação acessória, e sim uma presunção legal *juris tantum* (inciso VI do § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96), de que a Impugnante realizou operações tributadas sem que às oferecesse à tributação do ICMS, cuja condutas esperadas com o condão de afastar a exigência, seriam a prova de que ofereceu à tributação, demonstrando a efetiva emissão das respectivas notas fiscais de venda, ou que as referidas operações não fossem alcançadas pela tributação do ICMS.

De maneira, que das opções acima, se extrai dos autos que a defesa logrou apenas comprovar que parte das operações, objeto da presunção de omissões de saídas não eram tributadas por ocasião das suas saídas, por se tratarem de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Em relação às arguições contrárias à multa aplicada, ou pela sua redução, considero que a legislação hodierna não permite a essa esfera do tribunal administrativo, emitir juízo de valor acerca de exação devidamente positivada, sobretudo quando perfeitamente subsumida dos fatos imponíveis.

Portanto, acompanho o Autuante, quando refez o levantamento fiscal adotando para fins do cálculo da exigência tributária em tela, apenas a proporção relativa às saídas tributadas normais, que demonstrou às fls. 62 e 63, e voto pela procedência parcial do presente Auto de Infração, repercutindo na redução do valor exigido de R\$581.627,37, para R\$316.425,23.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **203459.0005/20-6**, lavrado contra a empresa **KIPLING BAGS COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$316.425,23**, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, inciso III da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2021

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR