

A. I. Nº - 206958.0013/19-5
AUTUADO - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - LUCAS XAVIER PESSOA
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02/12/2021

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0177-01/21-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS. A antecipação parcial é prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, incidindo sobre as aquisições de mercadorias para comercialização, independentemente do regime de apuração. Restou evidenciado o recolhimento a menos do imposto, não ficando comprovada a tributação nas saídas. Entretanto, o autuado elide parte do montante exigido no levantamento fiscal original. Acatada a preliminar de decadência para parte do montante exigido. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 21/06/2019, e lançado crédito tributário no valor histórico de R\$5.271.284,39, mais multa de 60%, em decorrência da seguinte infração à legislação do supracitado imposto:

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”.

Período: janeiro/2014 a dezembro/2015; fevereiro/2016 a dezembro/2016; março, maio a setembro, novembro e dezembro/2017.

Enquadramento Legal: art. 12-A, da Lei nº 7.014/96. Multa: art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 09/07/19, e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 09/09/19, peça processual que se encontra anexada às fls. 16/37. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por sua advogada, a qual possui os devidos poderes, conforme instrumento de procuração, constante nos Autos à fl. 53.

Em sua peça defensiva, a Impugnante inicia fazendo comentários sobre a tempestividade da impugnação. Na sequência, argui como primeira preliminar de nulidade que houve cerceamento ao seu direito de defesa, alegando não haver elementos para se determinar com segurança a infração.

Transcreve o art. 18, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, bem como ensinamentos de Plácido e Silva, e de Hely Lopes Meirelles, visando embasar sua argumentação.

Acrescenta que o autuante suprimiu direitos fundamentais do contribuinte para o completo exercício do seu direito de defesa, reclamando que a empresa não tomou ciência, sequer, que estava sendo fiscalizada.

Afirma que não recebeu em sua via do Auto de Infração cópia do Termo de Início de Fiscalização e que não sabe se há este Termo na via do Fisco. Relata que também não foi intimada a apresentar livros ou documentos, e traz a colação o art. 26 do RPAF/BA, além de lições de Alberto Xavier (in

“Do Lançamento, Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário”, Ed. Forense, 2 ed., pág. 124).

Como segunda preliminar de nulidade, alega que há conflito entre os Termos e o Auto de Infração, dizendo que na INTIMAÇÃO DA LAVRATURA consta como Inscrição Estadual nº 74.843.025, enquanto a filial da empresa autuada possui Inscrição Estadual de número 13.608.561. Considera que tal fato dificulta o salutar exercício da defesa, acrescentando que não há informação a qual Inscrição Estadual se referem os relatórios, pois não consta o CNPJ nos demonstrativos.

Chama atenção, ainda, que na INTIMAÇÃO DE LAVRATURA, na parte que faz referência a apensação de mídia de armazenamento digital com os relatórios da autuação, que se refere a outro Auto de Infração (2069850004196).

Em terceira preliminar, reclama do formato inadequado dos demonstrativos. Expõe que os demonstrativos em meio magnético apresentados em CD estão apenas em formato.PDF (Adoce Reader), o que impossibilita que a empresa possa importar os dados em bancos de dados, com o intuito de que possa, de forma automatizada, fazer suas conferências e cruzamentos de informações, para poder se defender de forma adequada, dentro do prazo.

Ressalta que o próprio RPAF, aprovado pelo Decreto 7629/99, estabelece em seu § 3º do art. 8º, que os demonstrativos devem ser apresentados pelo menos em formato TEXTO ou TABELA, exatamente porque nestes formatos há a possibilidade de a defendente importar os dados de forma integral e analisa-los de forma automatizada e rápida.

Aduz que os demonstrativos anexados ao Auto de Infração possuem milhares de páginas, sendo humanamente impossível analisar de forma correta de modo manual. Entende que tal fato configura-se em cerceamento ao seu direito de defesa.

Em preliminar de mérito, salientando que a ciência da autuação foi concretizada em 09/07/2019, suscita a Decadência do período compreendido entre 01/01/2014 a 09/07/2014, alegando já ter extrapolado 5(cinco) anos da ocorrência do Fato Gerador, situação que diz já consolidada pelo Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, que colaciona na sua peça de defesa, bem como em julgados recentes no âmbito desse CONSEF, e em outros tribunais.

Assevera que a doutrina, a jurisprudência pátria e a própria administração pública estadual, através de sua Procuradoria Fiscal, preconizam, quando houver o pagamento do imposto, mesmo a menor, ainda assim, prevalecerá o prazo estabelecido no art. 150 § 4, ou seja, cinco anos a contar da data da ocorrência do fato gerador da obrigação principal.

Ressalta que nos períodos autuados, a impugnante apurou, declarou e recolheu o ICMS, atendendo para com suas obrigações principais e acessórias, conforme extratos de recolhimentos e Livro de Apuração de ICMS, bem como pelas DMA's entregues mensalmente a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Em relação ao mérito, pontua que a Legislação Tributária baiana, através do §1º, do art. 42, da Lei 7014/96, estabelece que não é devido o ICMS Antecipação Parcial quando o contribuinte do Regime Normal de Apuração, embora não tenha recolhido ou recolhido a menor o ICMS Antecipação Parcial der saídas tributadas, afirmando que tal fato ocorreu.

Grifa que nessas circunstâncias, somente poderia a Fiscalização cobrar multa de 60% do imposto que supostamente não foi recolhido.

Alega, ainda, conforme imagem à fl. 33, que foram listadas, pelo autuante, notas fiscais com o CFOP 2555, que é específico de Entrada de bem do ativo imobilizado de terceiro, remetido para uso no estabelecimento, portanto fora do campo de incidência do ICMS Antecipação Parcial, que se refere tão somente às mercadorias adquiridas para Comercialização.

Assevera que da mesma forma há notas fiscais já com o imposto retido por Substituição

tributária pelo remetente, com CFOP 2403 – fl. 34 (Compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária), e referente a mercadoria carne suína (fl. 36), que também estão fora do campo de incidência da Antecipação Parcial, que foram objeto de cobrança.

Apresenta imagem às fls. 35, mencionando que o produto PEIXE, até 31/05/2016 era isento, conforme art. 265 do RICMS/BA, mas que também é visto no demonstrativo elaborado na autuação de forma indevida, pois em data anterior a revogação da Isenção.

Acrescenta que também se verifica a existência de notas fiscais de CFOP 2910 – “Entrada de bonificação, doação ou brinde”, que segundo o impugnante, também deve ficar de fora do cálculo da Antecipação Parcial por não serem destinadas à comercialização.

Diante das alegações acima apontadas solicita a realização de diligências e perícias visando comprovação.

Ao final, requer o julgamento pela nulidade e/ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, às fls. 58/60, seguindo a mesma ordem das alegações defensivas, nos seguintes termos:

1. Tempestividade – Sem discussão.
2. Falta de Elementos, Clareza e Segurança – Cremos não existir qualquer problema em entender que a empresa gerou e transmitiu os arquivos EFD à Sefaz Ba, durante todo período fiscalizado, ora utilizados no trabalho fiscal. A infração reveste-se de extrema clareza por tratar-se de fato gerador muito ocorrente e antigo, fundamentado na incidência do ICMS sobre compras interestaduais destinadas à comercialização. Uma vez identificadas, calcula-se apenas a diferença entre as alíquotas interna e interestadual aplicáveis aos respectivos produtos, desde que correta e originalmente presente no documento de origem.
3. Fiscalização Desconhecida – Vide documento à fl. 07 do PAF.
4. Termo de Início de Fiscalização – Vide item anterior.
5. Arquivos em PDF - Entendemos que os documentos de suporte de tão relevantes acusações fiscais devam estar em modelos digitalizados incapazes de qualquer alteração, dada a possibilidade de subirem à uma lide judicial, com implicações típicas das regras do processo civil. Por isso a Sefaz adota a entrega de arquivos em PDF. Porém, todos eles são conversíveis em planilhas, através de aplicativos específicos disponíveis na internet, inclusive gratuitamente.
6. Nulidade e/ou Improcedência – Se for o caso, decorrerá necessariamente do julgamento, se assim for entendido e decidido pelo Consef.
7. Decadência Parcial – Há entendimentos diversos sobre o início da decadência. Certamente o Consef também julgará essa questão.
8. Dupla Menção de Inscrições – Lapso simples, relativo ao “copiar/colar” dos nossos dias. A intimação – fl. 11-B do PAF - dirigiu-se ao estabelecimento autuado, produzindo todos os efeitos legais corretamente. Este mero equívoco do número 74843025 deve ter sido notado bem depois, acreditamos. Não o fosse, nem teria sido assinada pelo preposto. Como se vê, não criou óbice algum ao perfeito andamento do processo.
9. Numeração de Autos de Infração no Recibo da Mídia – Este documento – fl. 14 do PAF – contém a lista de todos os arquivos de suporte das infrações de 09 (nove) autos de infração lavrados contra o estabelecimento, gravados para a empresa em 03 (três) cds distintos, que constituem uma só via. Enquanto cada um dos nove PAFs recebeu uma mídia cd contendo apenas a gravação dos arquivos pertinentes, a empresa recebeu três mídias cd contendo uma via gravada de todos os demonstrativos dos nove autos. Curioso é notar que somente esta Defesa, dentre tantas já examinadas entre as nove, traz essa “alegação” como se fosse uma

desconformidade processual. Não o é. O recibo em questão, presente na fl. 07 vale para este AI específico no tocante ao arquivo do demonstrativo de suporte nele gravado pertinente à sua específica infração. Afinal, para evitar confusão, cada um dos arquivos contém o número do auto a que pertence e o código da infração respectiva.

10. CFOPs Estranhos ao Levantamento –

a) 2403 – Como a empresa não citou produtos específicos, fizemos nova verificação no levantamento e constatamos: o argumento procede em alguns itens de limpeza, que foram retirados, porque eram ST em 2014, até 31.01.2015. Nos demais, não se aplica, porque estão citados pela empresa para produto não mais sujeito à antecipação total; vide o novo demonstrativo da infração.

b) 2555 – Produtos Forno Elétrico e Transformador a Óleo. Acatados. Retirados do demonstrativo.

c) 2910 – Não entendemos o “estranhamento” de este CFOP estar no levantamento. Afinal, deve saber a Defendente que boa parte dos produtos normais de comercialização da empresa vem como “bonificação” desde o fornecedor por uma questão comercial que em nada afeta a situação tributária consequente, se forem revendidos naturalmente. Se vierem sob forma de “doação”, que é o segundo sentido deste código, também não afetará em nada se logo depois forem revendidos. Apenas se vierem como “brinde”, terceiro sentido deste código, é que pode haver uma não tributação nas saídas. É só apresentar os documentos de saídas posteriores como “brindes” também. E é claro que exigir-se-á pertinência com o tipo de produto, o caráter do destinatário, as porções doadas, etc.

11. Peixe – Produto isento até 31.05.2016. Acatado. Retirado do demonstrativo os tipos próprios, vez que bacalhau, salmão e os peixes salgados continuaram tributados normalmente.

12. Perícias e Diligências – Novamente a prática aberta do “esmo”, do “jogar ao vento”, para que o processo ganhe ares de eternidade. Alude-se “etereamente” hoje para depois de amanhã fazer uma menção objetiva...se é que o dado duvidoso existe. Entendo que se não houver menções específicas do quê periciar ou do quê diligenciar, com fundamentos na contestação e dúvidas pertinentes na legislação, não há objeto para perícia ou diligência, s.m.j.

13. Nulidade ou Improcedência – Descabe qualquer avaliação destes temas, haja vista a total ausência de aplicabilidade dos argumentos postos, todos aqui duramente combatidos.

Por todo o exposto nesta INFORMAÇÃO FISCAL, e considerando que todos os argumentos da empresa foram aqui combatidos e/ou acatados, conforme cada caso, nosso pedido é o de que o Auto de Infração seja julgado PROCEDENTE EM PARTE, para exigir da autuada o ICMS no valor de R\$5.242.487,91, por ser de inteira justiça.

Cientificado da informação fiscal prestada, o autuado apresentou nova impugnação às fls. 68 a 73, ratificando os argumentos apresentados em sua primeira peça defensiva.

Acrescenta, em relação ao produtos com CFOP 2403, que o autuante apenas acatou a retirada dos produtos de limpeza. Todavia, alega que por se tratarem de mercadorias que faziam parte da ST, deveria o autuante fazer a exclusão de todas.

Apresenta à fl. 72, da Nota Fiscal 86826, constando o produto “vaselina líquida King 1L”, visando exemplificar operação com imposto retido antecipadamente que não foi considerado pelo autuante.

Ao final, requer que seja reconhecida a nulidade do lançamento, ou que seja determinada a realização de diligência, para a consequente declaração de improcedência da autuação.

O autuante, em informação fiscal às fls. 93/94, ratifica seu último pronunciamento, acrescentado que o autuado não comprova que o imposto devido por antecipação parcial tenha sido recolhido nas saídas subsequentes. Diz que verificou exatamente o contrário, asseverando

que o contribuinte buscou, de todas as formas, fugir das suas responsabilidades legais ao tentar de várias formas eximir-se do imposto devido, destacando as diversas autuações lavradas contra o mesmo.

Quanto aos produtos com CFOP 2403, aduz que os demais itens não foram retirados da autuação porque, apesar de constarem como CFOP 2403, já haviam saído do Anexo I, nas datas dos lançamentos.

Pontua que a previsão do RICMS/BA é a de que, quando uma Nfe de compra destaca ICMS ST, retido sobre itens que não mais se encontram no seu Anexo I, a empresa deve lançar a crédito o valor correspondente a estes itens, corrigindo o lapso.

Sinaliza que o quadro mostrado à fl. 72 não tem cabeçalho. Dessa forma, crer ser um print estatístico da tela do sistema de gestão, mais precisamente a tabela de tributação, sem apresentação de data, razões pelo que não acata o mesmo.

Ao final, mantém a exigência nos moldes da informação anterior.

O presente Auto de Infração foi julgado procedente em parte por esta JJF, tendo a mesma recorrido 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 para a segunda instância de julgamento suscitando 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, alegando que mesmo constando esta informação no relatório da Decisão recorrida, esta questão não foi considerada no voto nem no julgamento como um todo.

Informou ter apresentado 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.

A 2ª CJF, através do Acórdão nº 0038-12/21-VD, julgou nula a decisão de 1º grau, aduzindo que 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.

Dessa forma, asseverando que 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, e considerando descumprido o preceito contido no Art. 18, III do RPAF/99, a 2ª CJF julgou NULA a Decisão de piso, determinando que o processo retornasse à 1ª instância para novo julgamento, a salvo da falha apontada.

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

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.

Acrescento ainda, que o pedido do autuado para exclusão do imposto relativo à Antecipação Parcial, alegando que as saídas subsequentes foram tributadas, e objeto da decisão da 2ª CJF (Acórdão nº 0038-12/21-VD), que julgou nula a decisão de 1º grau pela falta dessa apreciação, será analisado no final desse voto.

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 coligar 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 trata de lançamento fiscal, imputando ao autuado o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, referente 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 – Extiguem 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 se excluído da cobrança.

Registro ainda, que o autuado reclamou que está sendo exigido o imposto, e não só a multa, conforme previsto no § 1º, do Art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Informou ter apresentado 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.

Por outro lado, o autuante afirmou que o autuado não comprova que o imposto devido por antecipação parcial tenha sido recolhido nas saídas subsequentes. Diz que verificou exatamente o contrário, asseverando que o contribuinte buscou, de todas as formas, fugir das suas responsabilidades legais ao tentar de várias formas eximir-se do imposto devido, destacando as diversas autuações lavradas contra o mesmo.

Da análise dos elementos constantes dos autos, verifico que até o julgamento de 1ª instância, não foram anexados ao processo os elementos que o autuado afirma demonstrarem que o imposto questionado foi tributado nas saídas.

Pelo que dispõe o art. 142 do RPAF/BA, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Destarte, considerando ainda a constatação do autuante de que o autuado não tributou na saída, ou seja, que o imposto devido por antecipação parcial tenha sido recolhido nas saídas subsequentes, não há como ser aplicada a disposição contida no § 1º, do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, que exige tal comprovação por parte do contribuinte, senão vejamos:

Art. 42....

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”; (grifo não original).

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 Vencdo	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
30/11/2016	09/12/2016	1.500.179,35	17,00	60,00	255.030,49
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

VOTO DIVERGENTE

Divirjo em parte da decisão proferida pelo relator, por não concordar com a exigência de imposto e multa do autuado em razão da falta de pagamento da antecipação parcial. O autuado apresenta recolhimento mensal do imposto relativo a operações próprias, que por óbvio, são decorrentes de operações com mercadorias não incluídas no regime de substituição tributária, e que, portanto, são as mesmas que constam no demonstrativo de débito deste auto de infração como sujeitas a antecipação parcial.

Por outro lado, se o próprio autuante afirmou na informação fiscal que “verificou exatamente o contrário”, ou seja, que o autuado não tributou na saída, por óbvio, também, que a atividade vinculante do agente fiscal resultou na exigência do imposto na operação subsequente que deixou de ser tributada, o que implica dizer, que nestas circunstâncias, a exigência do imposto por antecipação tributária parcial também se mostra indevida, pois o imposto da saída seria objeto de outro lançamento tributário.

Nas duas situações apresentadas, a exigência do ICMS por antecipação parcial do autuado, que apura o imposto pelo regime de conta corrente, se mostra indevida, nos termos do § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, cabendo apenas, a exigência da multa sobre o valor que deixou de ser recolhido pelo autuado a título de antecipação parcial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206958.0013/19-5**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.766.100,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “d” da Lei nº 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” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2021.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR/VOTO DIVERGENTE