

A. I. Nº - 278906.0014/19-6
AUTUADA - GERAIS ELETROMÓVEIS LTDA.
AUTUANTE - GILMAR SANTANA MENEZES
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ OESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08.03.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0023-05/22-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TOTAL. PAGAMENTO A MENOS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. Conforme entendimento pacificado neste Conselho, procede a alegação defensiva de decadência parcial do direito do Estado constituir os créditos tributários até novembro de 2014. No mérito propriamente dito, cuidou a instrução de fazer os ajustes necessários para o acerto quantitativo do lançamento, inclusive após pedido de diligência desta Junta julgadora, não só em função de abater da cobrança valores anteriormente pagos, como também excluir do montante exigido produtos não sujeitos à tributação antecipada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Vale salientar, de início, que o presente relatório atende aos parâmetros de elaboração desenhados no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais, inclusive adaptado para as sessões virtuais de julgamento.

Optou-se também em indicar neste relatório as folhas das principais peças existentes nos autos, como orientação e localização por parte dos demais integrantes deste Colegiado.

O presente Auto de Infração, lavrado no dia 06.12.2019, num total histórico de R\$ 738.442,73, possui resumidamente o seguinte descritivo:

Infração 01 – 07.01.02: Pagamento a menor de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades federativas. Tudo conforme planilhas de cálculo elaboradas pelo fisco.

Período dos fatos geradores coligido no corpo do lançamento de ofício, tendo como primeiro mês janeiro de 2014 e como último dezembro de 2018.

Enquadramento legal feito nos arts. 8º, II e § 3º, além do 23, ambos da Lei 7.014/96, c/c o art. 289 do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, mais multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei retro citada.

Para dar lastro à exigência, o auditor fiscal anexa documentos, inclusive mídia digital (fls. 06/31).

Sujeito passivo oferta defesa em 21.02.2020 (fls. 35/43), oportunidade em que, após sustentar tempestividade do apelo e fazer uma síntese da autuação:

Levanta como prejudicial de mérito a decadência da cobrança em relação aos fatos jurídicos ocorridos até 27.12.2014.

No mérito propriamente dito, depois de discorrer acerca de alguns pontos da teoria geral do ato administrativo, tece comentários sobre o SPED, afirma ser empresa varejista de produtos de “diversas naturezas” (sic.) e assegura que todas as notas fiscais objeto da autuação tiveram o imposto devidamente recolhido, conforme planilhas elaboradas e DAEs, com identificação respectiva do número, valor e data do recolhimento.

Por outro lado, boa parte das operações alcançadas já contaram com a retenção do ICMS pelo fornecedor, em especial aparelhos de telefonia, ao passo que também se autuou operações com capacetes para ciclistas, não sujeitos à substituição tributária.

Logo, o procedimento fiscal proporcionou enriquecimento sem causa por parte do erário baiano.

Pede, por fim, a improcedência da postulação estatal.

Juntados documentos (fls. 44/152).

No informativo fiscal (fls. 154/155), o autuante rebate a decadência, invocando o art. 107-A, I do COTEB, que conta o prazo a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador e, no mérito, acata parcialmente as razões defensivas, no que tange ao imposto já recolhido pelo remetente, as operações com capacetes para ciclistas e operações com outras mercadorias que são tributadas normalmente, reduzindo a cobrança para R\$ 244.026,25.

Apresentada nova documentação, notadamente demonstrativos refeitos e consultas ao cadastro da SEFAZ dando conta de alguns fornecedores da autuada não figurarem como inscritos, além de demonstrativo de débito (fls. 156/202).

Em outro manifesto (fls. 204/205), o contribuinte reitera as suas razões defensivas e acusa que ainda restam DAEs desconsiderados pela fiscalização, conforme planilhas e CD apensados (fls. 206/209).

Uma segunda informação fiscal (fls. 211/212) elenca documentos fiscais que foram retirados da exigência, caindo o montante para R\$ 112.411,42, com novo demonstrativo de débito, planilhas e mídias (fls. 213/218).

Mais uma vez vem a impugnante aos autos (fls. 221/224), ocasião em que:

Garante ainda remanescer valores indevidos.

Neste sentido, pontua que operações com aparelhos de telefonia já tinham sido oferecidos à tributação, conforme Conv. ICMS 135/06, a exemplo das NFs 297, 1056, 31945 e 5435 (2014), 4806, 5142, 5236 e 66349 (2015), 2704, 309481, 015 e 016 (2017), 121103, 171644, 1337081 e 260580 (2018).

Juntada documentação (fls. 225/307).

Vieram os autos para este Conselho, quando, constatando necessidade de diligência, esta 5ª JJF assim se pronunciou (fls. 309/310):

RESUMO DOS FATOS JUSTIFICADORES.

Num valor inicial de R\$738.442,73, o auto de infração sob análise cobra recolhimento a menor de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em face de aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades federativas e/ou do exterior.

Afora a decadência, a linha de defesa centrou-se no aspecto de estar boa parte da autuação fulminada pelo fato do imposto já ter sido pago, consoante guias de arrecadação, a exemplo de aparelhos de telefonia, além de considerar alguns produtos afetados pelo lançamento como fora da tributação antecipada, a exemplo de capacetes para ciclistas.

O informativo fiscal procura afastar os efeitos decadenciais mas admite razão parcial à empresa, de modo que refaz o demonstrativo da dívida inicial para R\$244.026,25.

Em sua réplica, além de reiterar sua primeira defesa, o contribuinte assinala que ainda restam DAEs não considerados pela auditoria.

Em nova informação, o autuante aponta algumas notas fiscais com DAEs já pagos e procede à uma segunda redução da cobrança, desta feita para R\$112.411,42.

Em sua tréplica, o sujeito passivo continua a apontar inconsistências fiscais, haja vista ter havido o recolhimento do imposto. E aponta DANFES à fl. 223. No mais, as razões são reiterativas.

Juntado pela empresa nesta última oportunidade a seguinte documentação: carteira da OAB-BA, termo de ciência no DT-e, DANFES, guias e comprovantes de arrecadação, CD contendo arquivos eletrônicos (fls. 225/307).

Porém, desses documentos não teve acesso o autuante que, em vista disto, faz comprometer o contraditório como um dos princípios regentes do processo administrativo tributário. É preciso que às partes seja oportunizado o direito de falar nos autos, inclusive com o fito de subsidiar a apreciação dos elementos instrutórios.

DA DILIGÊNCIA.

Neste esquadro, decide esta Junta fazer retornar o PAF para a INFAZ OESTE com o objetivo de:

PELO ÓRGÃO DE PREPARO:

- 1. Intimar o Autuante para produzir novas informações fiscais, à vista da petição e documentos apresentados a partir da fl. 221, com elaboração de novo demonstrativo mensal de débito, se for o caso.**
- 2. Após o pronunciamento da fiscalização, intimar o contribuinte para, querendo, apresentar novas manifestações, no prazo de 10 (dez) dias.**

Efetivados estes atos processuais e caso não se faça necessário praticar nenhum outro mais na unidade fazendária de origem, deve o PAF retornar para este Colegiado com o objetivo de instrução complementar e julgamento.

Desta feita, o autuante excluiu das planilhas acusatórias outras notas fiscais listadas em novas informações (fls. 313/314) e diminuiu a cobrança para R\$ 70.108,93, demonstrativo de débito apensado (fl. 315), além de CD, demonstrativos analíticos, guias, DANFES e comprovantes de pagamento (fls. 316/338, frente e verso).

Como réplica, o sujeito passivo traz como novidade os argumentos de 90% da exigência ter sido retirada pelo autuante e de que a consulta ao cadastro feita pela auditoria registra se o fornecedor tinha inscrição na SEFAZ baiana seis anos após a ocorrência dos fatos impositivos afetados pelo lançamento (fls. 341/344).

Pronunciamento da auditoria no sentido de que expurgou da cobrança inicial aquelas operações que contaram com a comprovação de pagamento, sendo que ainda pendem demonstrações de pagamento do imposto por parte de fornecedores que não estavam inscritos na SEFAZ baiana como substituto tributário e, portanto, não tinham a responsabilidade pelo ICMS-ST (fl. 352).

Após as medidas instrutórias tomadas, entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído, não havendo necessidade, nos termos do art. 147, I, "a" do RPAF-BA, de qualquer dilação probatória, inclusive diligência ou perícia.

É o relatório. Passo a decidir.

VOTO

De começo, vale enfatizar que o Auto de Infração em lide cumpre os requisitos da lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua concretude formal, 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, além da assinatura do autuante, dentre outros requisitos já padronizados pelo sistema, denominado Sistema de Lançamentos de Créditos Tributários - SLCT.

Defesa ofertada sem questionamentos do órgão de preparo acerca de ter havido anormalidades temporais no oferecimento da defesa, ou defeitos de representação legal para o signatário da peça impugnatória funcionar no processo.

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

Não obstante a necessidade de se apresentar um relatório minuciando as ocorrências processuais, haja vista a sucessão de atos praticados neste PAF, a questão ganhou contornos de mérito bem simplificados.

Isto porque a dilação probatória mostrou-se fundamental para aparar os números e situações controvertidas, através das sucessivas manifestações do fisco e do contribuinte, a ponto de não restar o menor sinal de discordância no processo, salvo a última manifestação defensiva. Graças à instrução, alcança a presente demanda um relativo bom termo, o que aliás constitui um dos objetivos principais do processo administrativo tributário. Não se pode esquecer que dentro dele se intenta o acerto do crédito tributário, na busca da justiça fiscal.

Todavia, uma prejudicial de mérito se mostra relevante de análise: trata-se da arguição de decadência do direito de o Estado constituir os créditos tributários relacionados aos fatos geradores ocorridos até 27.12.2014, considerando que o sujeito passivo tomou ciência do auto de infração em 30.12.2019, conforme atestado à fl. 32.

Em primeiro lugar, registre-se que o dispositivo apontado pelo fisco, de haver previsão de regra específica na Bahia para contagem da decadência, se encontra revogado. Com efeito, o art. 107-A, I do COTEB perdeu sua aplicação com a publicação da Lei nº 13.199, de 28/11/14, DOE de 29 e 30/11/14. A autuação é posterior a esta data, isto é, 06.12.2019.

Depois, é de se dizer que a PGE tem manifestação oficial a respeito da matéria, conforme se verá adiante.

A primeira infração formalizada atina para o **pagamento a menor** da antecipação tributária total, em face de aquisições em outros Estados, de mercadorias para revenda. Note-se que os fatos geradores afetados ocorreram no período compreendido entre janeiro de 2014 e dezembro de 2018.

Exatamente em virtude deste lapso temporal, surge a invocação defensiva antecedente do mérito. É que a pretensão do fisco neste particular estaria parcialmente prejudicada pelos efeitos da decadência.

Como se vê, a irregularidade trata de recolhimento a menor de imposto. Lavrado em 06.12.2019, teve, o contribuinte, ciência do auto de infração em 30.12.2019.

Conforme entendimento já externado pela d. PGE, em sede de Incidente de Uniformização formalizado no processo **2016.194710-0**, o prazo decadencial é contado com base nos critérios expendidos no art. 150, § 4º do CTN, na medida em que o fato tributável foi exteriorizado com a emissão de documentos fiscais eletrônicos disponíveis na *web*, de sorte que a partir da ocorrência do fato gerador é que deve disparar a contagem do prazo de cinco anos, pois desde aquela época, tinha o fisco conhecimento da existência da operação interestadual e a correspondente necessidade de se exigir a antecipação tributária.

Logo, com base neste raciocínio, os fatos imponíveis de janeiro, maio, setembro, outubro, **até novembro de 2014**, decaíram antes de 30.12.2019, data da ciência do auto de infração, não mais podendo o Estado reclamar sobre eles o cumprimento da obrigação tributária.

Vale consignar, que de janeiro a novembro de 2014 **não há cobrança de imposto neste PAF** para fatos geradores ocorridos nos meses de fevereiro, março, abril, junho, julho e agosto.

Dito isto, para efeito da cobrança ora apreciada, considero salvos da decadência apenas os fatos imponíveis acontecidos a partir de dezembro de 2014, os quais passo a apreciar no mérito.

O libelo defensivo inicial abarcou todas as notas fiscais afetadas pela cobrança, que já contaram com o recolhimento correto do imposto, à vista de planilhas e guias de arrecadação, além de haver a exigência do ICMS antecipado para capacetes de ciclistas, além de outras mercadorias não sujeitas à tributação antecipada.

Há acatamento parcial da fiscalização, reconhecendo alguns pagamentos e retirando do monte cobrado os produtos não submetidos à antecipação, em especial os capacetes de ciclismo.

Durante a fase instrutória, contribuinte e fiscalização discutiram acerca de valores e documentos que restariam ainda pendentes de comprovação, exercitando-se o contraditório, contando ainda com a participação da 5ª JJE, que fez baixar o PAF em diligência para que o autuante firmasse

posicionamento acerca da petição de fls. 221 a 224, oportunidade em que, após análise dos elementos probatórios, a dívida lançada caiu para R\$ 70.108,93, cerca de 10% do montante inicial, demonstrativo de débito anexado à fl. 315.

Depois disto, a réplica da autuada deixa de ter consistência. Caberia a ela demonstrar que do saldo remanescente da autuação ainda sobejariam valores já pagos pelos seus fornecedores. Todavia, desta empreitada não se desincumbiu a impugnante.

Portanto, após pronunciamentos de lado a lado, a matéria pautou-se na verificação fático-probatória do imposto ainda remanescente, sem que da parte do sujeito passivo houvesse comprovação do recolhimento das diferenças de ICMS mantidas pela auditoria, apesar do longo debate processual instaurado.

Ponto a ponto houve ajustes no processo, escorados em prova documental. Tanto é que o débito inicialmente cobrado sofreu significativa redução.

Noutras palavras: as alegações defensivas foram aferidas pela auditoria, que ao constatar o recolhimento do tributo em favor da Bahia, por três vezes diminuiu o valor cobrado de início, a primeira vez para R\$ 244.026,25, a segunda vez para R\$ 112.411,42 e a terceira vez para R\$ 70.108,93. A partir deste valor, não houve mais elementos instrutórios novos que pudessem suscitar uma quarta revisão, ônus atraído pelo defendente, em face de apresentar fato impeditivo – recolhimento do imposto por parte do seu fornecedor em seu lugar.

Logo, é de se apontar a infração procedente em parte, no montante de R\$ 70.108,93, conforme enunciado no demonstrativo de débito de fls. 31, com exclusão dos seguintes valores, já fulminados pela decadência:

| | |
|------------------|-----------|
| Janeiro de 2014 | 2.195,56 |
| Maio de 2014 | 8.162,17 |
| Setembro de 2014 | 1.349,17 |
| Outubro de 2014 | 348,57 |
| Novembro de 2014 | 1.245,39 |
| Total | 13.300,86 |

Isto posto, o auto de infração deve ser considerado procedente em parte, no total de R\$ 56.808,07 (R\$ 70.108,93 menos R\$ 13.300,86), na forma do demonstrativo de débito de fls. 315, com exclusão dos valores cobrados em período decaído (janeiro, maio, setembro, outubro e novembro de 2014).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278906.0014/19-6**, lavrado contra **GERAIS ELETROMÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor histórico de **R\$ 56.808,07**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, 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 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de fevereiro de 2022.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR