

A. I. N° - 129711.0005/19-9
AUTUADA - LOJAS AMERICANAS S/A
AUTUANTE - MARIA DAS GRAÇAS LEMOS FERREIRA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/03/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0034-02/22-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ADOÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. ACOLHIMENTO PARCIAL DAS RAZÕES DEFENSIVAS. Ciência do auto de infração se deu em setembro de 2019, apesar de haver cobrança de imposto para fatos geradores ocorridos de janeiro a agosto de 2014. Acolhida a decadência, em face do art. 150, § 4º do CTN, deixando a salvo os fatos jurígenos ocorridos a partir de setembro de 2014. Excluídos do monte inicial os valores relacionados a mercadorias submetidas à substituição tributária, com fase de tributação já encerrada quando das saídas promovidas pela autuada, e materiais de informática sujeitos à carga tributária de 7% nas operações internas. Mantidas na exigência as operações com leite em pó, supostamente fabricado na Bahia, alegação não escorada em qualquer elemento de prova oferecido pelo contribuinte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime

RELATÓRIO.

Cumpra referenciar que o presente relatório atende as premissas estabelecidas no inciso II do art. 164 do RPAF-BA, máxime quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos atores do PAF, adaptado, inclusive, para esta sessão virtual.

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

O Auto de Infração em riste, lavrado em 26/09/2019, exige imposto no valor histórico de R\$641.991,42, com base nas seguintes irregularidades:

Infração 01 – 03.02.02. – Recolhimento a menor de ICMS, em face de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Tudo conforme Anexo II.

Fatos geradores de janeiro a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015.

Enquadramento legal nos arts. 15, 16 e 16-A da Lei 7014/96, com multa prevista no art. 42, II, “a” da lei retro citada.

Como documentação acostada a favor da postulação estatal, importante mencionar o extrato cadastral da empresa, intimações efetuadas no decorrer do procedimento fiscal, especialmente a endereçada para apresentações de livros e documentos fiscais, termo de início de fiscalização, e-mails trocados entre fisco e contribuinte, demonstrativos – sintético e analítico – de débitos fiscais efetivados a menor em operações transacionadas via ECF, em face de erro na determinação da carga tributária, 2014 e 2015, espelhos de alguns cupons fiscais, além de CD contendo arquivos eletrônicos, acompanhado do recibo respectivo (fls. 07/90).

Empresa oferece impugnação (fls. 93/98, frente e verso), oportunidade em que, após síntese fática e sustentação de tempestividade, faz as articulações abaixo:

Como prejudicial de mérito, com apoio em alguns arestos, invoca a decadência do direito do Estado lançar os créditos tributários relativos aos meses de janeiro a setembro de 2014, considerando que se trata de pagamento a menor de imposto e a ciência do auto de infração se deu em 30.9.2019, nos moldes do art. 150, § 4º do CTN, no qual a contagem do prazo se dá a partir da ocorrência do fato gerador.

No mérito, rechaça a cobrança por entender que as alíquotas adotadas pela empresa estão corretas, detalhando ainda o seguinte, à luz das planilhas fiscais: (I) há nelas operações sujeitas à substituição tributária (código F1 - R\$131.510,53 em 2014, R\$286.093,91 em 2015, somando R\$417.504,53), com as alíquotas previstas no Anexo I do RICMS-BA. (II) há nelas operações com aparelhos de informática sujeitas à redução da base de cálculo, nas saídas internas, com alíquota de 7%, prevista no art. 266, XIII, do RICMS-BA (R\$149.391,65 em 2014, R\$8.337,91 em 2015, somando R\$157.674,88). (III) há nelas operações com leite em pó, nas saídas internas, com alíquota de 7%, nos termos do art. 268 do RICMS-BA (R\$3.784,03 em 2014, R\$6.692,48 em 2015, somando R\$10.476,51).

Diante disso, merecem ser excluídos R\$641.991,42 da exigência inicial, porque já tiveram a tributação prevista na legislação de regência, de acordo com demonstrativos que elaborou (doc. 03).

Solicita a juntada de novos documentos, se necessário, e realização de diligência e/ou perícia fiscais.

Pugna pelo cancelamento da multa proposta, posto que ilegal, confiscatória, irrazoável e desproporcional.

Juntados pela empresa, entre outros documentos: instrumentos de representação legal, demonstrativos revisionais e mídia digital contendo arquivos eletrônicos (fls. 99/130).

Auditora Fiscal estranha ao feito, à vista da aposentadoria da autuante, produz informação fiscal (fls. 134/135), ocasião em que:

Concorda parcialmente com os efeitos decadenciais, mas apenas de janeiro a julho de 2014, visto que o procedimento de auditoria iniciou-se em 05.7.2019, data da ciência do autuado.

No mérito, assente com relação as operações com mercadorias já submetidas à substituição tributária (código F1 – alíquota zero), a exemplo de *álbum, algodão, barra de chocolate, caramelo butter chocolate, colchonete, escova sanitária, cjt office, pão de queijo, pão de mel, livrinhos do bebê, minibolo, bolos, barra de cereal com chocolate e balde plástico*.

Ressalva os produtos de limpeza cobrados no exercício de 2015, a partir de fevereiro, mantidos na cobrança, na medida em que tais mercadorias saíram da substituição tributária por força do Dec. 15.807/14, que retirou o item 25 do Anexo 1 do RICMS-BA.

Exclui também da postulação estatal os aparelhos de informática comercializados em operações internas, porque sujeitos à redução da base imponible, de modo a ensejar carga de 7%, na forma do art. 266 do RICMS-BA, a exemplo de *câmera digital, cabo micro USB, cooler para notebook, hub 4 portas, monitor, notebook, tablet, fone headset e repetidor multilaser*.

Por outro lado, contesta a alegação de que as operações internas com leite em pó ora cobradas devem ter carga de 7%, porquanto a autuada não demonstrou que a citada mercadoria foi fabricada na Bahia, até porque a maioria das notas fiscais de entrada vieram de Pernambuco.

Aponta, ao final, que a dívida deve ser diminuída para R\$109.904,34 (R\$20.806,11 em 2014, R\$89.098,23 em 2015).

Anexados: novos demonstrativos de débito – 2014 e 2015 (fls. 137/138), novas planilhas analíticas com o débito remanescente – 2014 e 2015 (fls. 139/153, frente e verso) e CD contendo arquivos eletrônicos (fl. 154).

Consta nos autos aviso de recebimento (AR) emitido pelos Correios dando conta de que a loja autuada recebeu em 02.12.2021 a intimação com o informativo fiscal, os novos demonstrativos de débitos e planilhas fiscais (fls. 155/156), embora não tenha havido iniciativa defensiva (fl. 157).

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.

Na assentada deste julgamento, fez-se presente a acadêmica de direito, Nicole Braga, acompanhando o julgamento na condição de ouvinte.

Passo, então, a compartilhar o meu voto.

VOTO

Cumpra realçar em primeiro lugar que o Auto de Infração preenche formalmente os requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua concretude, 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, a previsão normativa da multa proposta e a assinatura da autuante, entre outros requisitos já padronizados pelo sistema denominado SLCT – Sistema de Lançamentos de Créditos Tributários.

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 explícita referência já feita no relatório, em obediência ao estatuído no art. 147, I, “a”, do RPAF-BA, indefere-se os pedidos de diligência e/ou perícia fiscal, considerando já existir nos autos elementos probatórios suficientes para o desate da questão.

Uma prejudicial de mérito há de ser analisada: trata-se da arguição de decadência do direito de o Estado constituir os créditos tributários relacionados aos fatos geradores ocorridos até 29.9.2014, considerando que o sujeito passivo tomou ciência do auto de infração em 30.9.2019, conforme atestado à fl. 03.

Não se deve contar como marco final da contagem da decadência o dia em que o sujeito passivo toma ciência da ação fiscal, pois ali apenas se formaliza o procedimento de verificação dos fatos jurígenos dentro de determinados exercícios, podendo deste trabalho resultar ou não na formalização dos créditos tributários. Neste ponto, o sujeito ativo está simplesmente a investigar uma eventual ocorrência de evasão tributária, mas sem existir ainda nada de concreto. Não há ainda nesta altura lançamento de ofício, cobrança oficial de diferença de tributos, de modo que o Estado neste momento ainda não cessou a sua inércia em fazer valer um direito material que lhe pertence, qual seja, constituir créditos tributários. O conhecimento por parte do contribuinte da existência de um procedimento fiscal em andamento não se pode prestar como referência para terminar o prazo decadencial, não assistindo razão à auditora fiscal informante no particular.

Acerca dos critérios de cômputo da decadência, a PGE tem manifestação oficial a respeito da matéria, conforme se verá adiante.

A única infração lançada diz respeito ao **pagamento a menor** de ICMS, em função da aplicação errada da alíquota adotável para as operações afetadas no auto de infração registradas em cupons fiscais. Note-se que os fatos geradores alcançados sucederam no período compreendido entre janeiro de 2014 e dezembro de 2015.

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 26.9.2019, teve o contribuinte ciência do auto de infração em 30.9.2019.

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 das operações de venda a consumidor final e do suposto erro no dimensionamento da carga tributária.

Logo, com base neste raciocínio, os fatos impositivos de janeiro a agosto de 2014 decaíram antes de 30.9.2019, data da ciência do auto de infração, não mais podendo o Estado reclamar sobre eles o cumprimento da obrigação tributária.

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

Três linhas argumentativas são sustentadas na impugnação. Passemos à apreciação de cada uma delas isoladamente.

Alega a empresa que parte das operações abrangidas no auto de infração correspondem a saídas internas já tributadas anteriormente, em face do regime jurídico da substituição tributária. Na fase de informações complementares, a auditora fiscal estranha ao feito reconhece existir casos dentro desta situação, a exemplo das transações comerciais com *álbum, algodão, barra de chocolate, caramelo butter chocolate, colchonete, escova sanitária, cjt office, pão de queijo, pão de mel, livrinhos do bebê, minibolo, bolos, barra de cereal com chocolate e balde plástico*, de sorte que os valores de imposto cobrados a este pretexto devem ser excluídos da exigência inicial. Um novo demonstrativo de débito e novas planilhas fiscais são apresentados, com exclusão destes casos, consignado às fls. 137 a 153, frente e verso.

Razão assiste à informante ao manter na postulação estatal os materiais de limpeza comercializados a partir de fevereiro de 2015, haja vista que saíram do regime da substituição tributária na vigência estipulada no Dec. 15.807/14, ao revogar o item 25 do Anexo 1 do RICMS-BA.

Por sua vez, pondera o sujeito passivo que parte das operações abrangidas no auto de infração correspondem às saídas internas com carga tributária amenizada, na proporção de 7%, visto envolverem produtos de informática. Na fase de informações complementares, a auditora fiscal estranha ao feito reconhece existir casos dentro desta situação, a exemplo das transações comerciais com *câmera digital, cabo micro USB, cooler para notebook, hub 4 portas, monitor, notebook, tablet, fone headset e repetidor multilaser*, de sorte que os valores de imposto cobrados a este pretexto devem ser excluídos da exigência inicial. Um novo demonstrativo de débito e novas planilhas fiscais são apresentados, com exclusão destes casos, consignado às fls. 137 a 153, frente e verso.

De último, esclarece o contribuinte que parte das operações abrangidas no auto de infração correspondem às saídas internas de leite em pó, igualmente com carga tributária amenizada, na proporção de 7%. Neste particular, acabou discordando a auditora fiscal estranha ao feito, posto que o benefício da base impositiva reduzida só toca o leite fabricado na Bahia e a impugnante, no particular, não demonstrou esta condição, até porque as notas fiscais de aquisição têm origem predominantemente no Estado pernambucano.

Assim estipula o art. 268, XXV, regulamentar, redações vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

(...)

Nota: O inciso XXV do caput do art. 268 foi revogado pelo Decreto nº 17.304, de 27/12/16, DOE de 28/12/16, efeitos a partir de 01/02/17.

Redação anterior dada ao inciso XXV do caput do art. 268 pelo Decreto nº 16.151, de 16/06/15, DOE de 17/06/15, efeitos a partir de 17/06/15 a 31/01/17:

“XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, industrializados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);

Redação anterior dada ao inciso XXV do caput do art. 268 pela Alteração nº 20 (Decreto nº 14.898, de 27/12/13, DOE de 28 e 29/12/13), efeitos a partir de 01/01/14 a 16/06/15:

“XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, fabricados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento)”

Sobre todas estas ponderações do fisco teve a impugnante ciência, recebimento comprovado à fl. 156, sem ofertar qualquer tipo de oposição.

Efetivamente, não há que se falar em tributação nas vendas internas a consumidor final para mercadorias, nesta fase da cadeia produtiva, com fase de tributação encerrada, por força do regime jurídico da substituição tributária. Cabível a redução do montante reclamado.

Também procedem os argumentos defensivos, acatados pela auditoria, quanto às operações internas com produtos de informática, com carga tributária reduzida a 7%, conforme estabelece o art. 266, XIII, regulamentar, redação vigente até 31.01.2017:

- das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em Art. 266. É reduzida a base de cálculo, podendo ser mantido integralmente o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações:

(...)

XIII informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no quadro a seguir, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%:

Eis o quadro aposto na legislação, NCMs e descrições correspondentes:

3215 Tintas utilizadas como refil para cartuchos de imprimir em impressoras jato de tinta

Nota: A redação atual da linha 1 do quadro do inciso “XIII” do caput do art. 266 foi dada pela Alteração nº 26, Decreto nº 15.661, de 17/11/14, DOE de 18/11/14, efeitos a partir de 01/12/14:

Redação originária, efeitos até 30/11/14:

“3115 Tintas utilizadas como refil para cartuchos de imprimir em impressoras jato de tinta”

4811 Bobinas térmicas para uso nos aparelhos de fax e impressoras de automação comercial, inclusive as impressoras fiscais

4820.40.00 Formulários contínuos: brancos, zebraados ou pré impressos, para uso em impressoras matriciais

8414.59.10 Miniventiladores para montagem de microcomputadores

8443 Máquinas e aparelhos de impressão por meio de blocos, cilindros e outros elementos de impressão da posição

84.42; outras impressoras, máquinas copiadoras e telecopiadores (fax), mesmo combinados entre si; partes e acessórios

8470.50.1 Caixas registradoras eletrônicas

8471 Máquinas automáticas para processamento de dados e suas unidades; leitores magnéticos ou ópticos, máquinas para registrar dados em suporte sob forma codificada e máquinas para processamento desses dados, não especificadas nem compreendidas em outras posições, exceto computador de mesa (desktop), computador portátil (notebook e tablet)

8472.90.2 Máquinas do tipo das utilizadas em caixas de banco, com dispositivo para autenticar.

84.73.30 Partes e acessórios das máquinas da posição 84.71

8473.40 Partes e acessórios das máquinas da posição 84.72

8473.50 Partes e acessórios que possam ser utilizados indiferentemente com as máquinas ou aparelhos de duas ou mais das posições 8469 a 8472

8504.40.40 Equipamento de alimentação ininterrupta de energia para microcomputadores – “no break”

8517.62.4 Roteadores digitais, em redes com ou sem fio

8517.62.5 Aparelhos para transmissão ou recepção de voz, imagem ou outros dados em rede com fio. Distribuidores de conexões para rede (hubs). Moduladores/demoduladores (“modems”)

Nota: A redação atual da linha 14 da tabela do inciso XIII do caput do art. 266 foi dada pela Alteração nº 22 (Decreto nº 15.163, de 30/05/14, DOE de 31/05 e 01/06/14), efeitos a partir de 10/06/14.

Redação originária, efeitos até 09/06/14:

“8517.62.54 - Distribuidores de conexões para rede (hubs)”

8517.62.3 Outros aparelhos para comutação

Nota: A redação atual da linha 15 da tabela do inciso XIII do caput do art. 266 foi dada pela Alteração nº 22 (Decreto nº 15.163, de 30/05/14, DOE de 31/05 e 01/06/14), efeitos a partir de 10/06/14.

Redação originária, efeitos até 09/06/14:

“8517.62.55 - Moduladores/demoduladores (“modems”)

8523.29 Discos magnéticos próprios para unidade de discos rígidos, para gravação de som ou para gravações semelhantes, não gravados; fitas magnéticas para gravação de som ou para gravações semelhantes, não gravadas; fitas magnéticas gravadas, para reprodução de fenômenos diferentes do som ou da imagem

8523.40 Suportes ópticos

8523.51 Dispositivos de armazenamento não-volátil de dados à base de semicondutores

8525.80.29 Câmeras conectáveis a microcomputadores para produção e transmissão de imagens pela internet (“web cams”)

8528.4 Monitores com tubo de raios catódicos

8528.5 Outros monitores

8534.00.00 Circuitos impressos

8542 Circuitos integrados e microconjuntos, eletrônicos

9032.89.1 Estabilizadores de corrente elétrica e “cooler” para utilização em microcomputadores

9612.10.90 Cartuchos de tinta para impressoras jato de tinta e fitas para impressoras matriciais

Por fim, já não segue a mesma sorte o esforço do sujeito passivo de excluir da postulação estatal as operações com leite em pó, não ficando comprovado no PAF que tais mercadorias foram fabricadas na Bahia. A autuação reclamou alíquota integral aplicável nas operações internas. A empresa opôs fato modificativo, isto é, operações internas beneficiadas com a redução da base de cálculo, com carga de 7%, em face do leite em pó ser fabricado na Bahia, atraindo para si o ônus de provar este requisito indispensável para fruição do incentivo fiscal. Deixando de fazê-lo, suas pretensões permaneceram no terreno das alegações.

Quanto ao pedido de cancelamento da multa, em face de ser o percentual proposto confiscatório, irrazoável e desproporcional, não tem razão o contribuinte.

Na verdade, a proposição das multas indicadas no corpo do auto de infração encontrou respaldo em comando de lei, designadamente no art. 42 e respectivos incisos da Lei nº 7014/96.

Tem este Colegiado a obrigação de basear-se na penalidade prevista em lei. Para as situações retratadas neste PAF, a sanção cabível é aquela consignada no lançamento.

Há a conformação do ilícito tributário à previsão normativa mencionada no corpo do auto de infração.

Quanto à alegação de confisco, falece competência a esta JJF apreciar pedido de dispensa ou redução de pena pecuniária em vista de inconstitucionalidades, segundo vedação disposta no art. 167 do RPAF-BA.

Afasto, pois, o pedido de mitigação ou cancelamento da **penalidade**.

Isto posto, deve o auto de infração ser julgado parcialmente procedente, no montante histórico de R\$104.863,44, com reconhecimento da decadência até agosto de 2014, acatamento das razões defensivas no que tange às operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária e no que tange às operações internas com produtos de informática, devendo o demonstrativo de débito a ser considerado o que vai abaixo transcrito:

2014:

Mês	Vl Base Cálculo	Alíquota	Vl ICMS	Dif. ICMS
09	30.172,89	17,00	5.129,42	3.795,13
10	24.939,20	17,00	4.239,67	3.345,54
11	32.142,91	17,00	5.464,29	4.083,80
12	36.444,29	17,00	6.195,51	4.540,74
		TOTAL DO DÉBITO		15.765,21

2015:

Mês	Vl Base Cálculo	Alíquota	Vl ICMS	Dif. ICMS
01	32.685,20	17,00	5.556,51	3.786,27
02	47.934,24	17,00	8.148,83	6.640,00
03	53.261,91	17,00	9.054,55	8.371,69
04	40.421,23	17,00	6.871,60	6.296,85
05	45.423,52	17,00	7.722,00	7.432,14
06	51.243,36	17,00	8.711,32	7.948,58
07	78.721,99	17,00	13.382,72	12.465,12
08	55.512,60	17,00	9.437,14	8.161,54
09	37.748,36	17,00	6.417,25	4.638,57
10	32.847,69	17,00	5.584,11	3.918,98
11	93.830,44	17,00	15.951,18	11.510,47
12	54.657,01	17,00	9.291,71	7.928,02
		TOTAL	DEBITO	89.098,23

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **129711.0005/19-9**, lavrado contra **LOJAS AMERICANAS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor histórico de **R\$104.863,44**, acrescido da multa de. 60% prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, com as alterações promovidas pelo Decreto n 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2022.

VALTERCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS- JULGADOR