

A. I. Nº - 298628.0988/22-8  
AUTUADO - OI S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL  
AUTUANTE - DJALMIR FREIRE DE SA  
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/05/2023

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº 0074-04/23-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. VENDA DE SUCATAS. Restou caracterizado que no momento em que o sujeito passivo tomou ciência da lavratura do Auto de Infração o imposto ora lançado encontrava-se devidamente recolhido. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/10/2022, reclama o valor de R\$ 54.096,00, acrescido da multa de 60%, prevista no at. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96, sob a seguinte acusação: “*Falta de recolhimento do ICMS em operação com mercadorias enquadradas no regime de diferimento em situação onde não é possível a adoção do referido regime, desacompanhadas de DAE ou Certificado de Crédito*”

Consta ainda na descrição dos fatos a seguinte informação: “*Falta de recolhimento do ICMS na operação mercantil com sucata de cobre e de cabo de telefone para outro estado da Federação, referente ao (s) DANFE(s) nº 35179, DACTE(s) nº 2163e MDFE(s) nº 876. O contribuinte emissor da NF-e não possui termo de acordo ativo para diferimento. O parágrafo 1º do Art. 280 do RICMS-Ba exclui a suspensão da incidência do ICMS sobre sucatas, mesmo que destinadas a exportação. Conforme Termo de Apreensão 2174491160/22-5*”.

O sujeito passivo através de advogado legalmente habilitado apresenta defesa às fls. 23 a 33 Inicialmente falando sobre a tempestividade de sua apresentação. Faz uma síntese dos fatos dizendo tratar-se de uma sociedade por ações cujo objeto social é, precipuamente, a exploração de serviços de telecomunicações e atividades necessárias ou úteis à execução desses serviços, sendo certo que, no exercício de suas atividades, busca atender de forma célere e eficaz à Administração Pública.

Assim, para desempenhar suas atividades, frequentemente adquire e vende bens ou mercadorias destinadas a uso e consumo ou ativo permanente, devendo recolher o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (“ICMS”) na operação mercantil com sucata de cobre e de cabo de telefone para outro estado da Federação.

Nesse contexto, foi intimada acerca da lavratura do presente auto de infração, por meio do qual a Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia exige ICMS e Multa, no valor total de R\$ 86.553,60 (oitenta e seis mil, quinhentos e cinquenta e três reais e sessenta centavos), decorrente da suposta ausência de recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (“ICMS”).

Contudo, como será demonstrado adiante, o auto de infração em voga deverá ser julgado integralmente improcedente, mormente se confrontado com os argumentos expostos nesse recurso.

Preliminarmente pede a nulidade do auto de infração, destacando que ao ser intimada da lavratura do auto de infração, notou que o Auditor Fiscal não indicou qual das (inúmeras) alíneas do inciso V, do art. 332, do RICMS/BA a pretensa infração estaria fundamentada, sendo esta informação extremamente necessária para análise da defesa da Impugnante. Ou seja, é clara a nulidade da autuação, uma vez os requisitos básicos não foram observados

Para que não parem dúvidas transcreve o inteiro teor do inciso V do art. 332, do RICMS/BA que possui 16 (dezesesseis) alíneas, asseverando que não cabe ao contribuinte promover um exercício de adivinhação acerca dos débitos que lhe são imputados. A esse respeito, percebe-se que o lançamento se deu em desrespeito aos requisitos previstos no art. 18, inciso IV, alínea “a”, da Lei Estadual nº 7.629/99, na medida em que não restou demonstrado o dispositivo supostamente violado.

Entende ser notório que a Fiscalização infringiu as exigências legais acima citadas, e também se mostra evidente a violação do direito à ampla defesa da Impugnante, previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, haja vista esta foi privada da possibilidade de exercer, em toda sua completude, seu direito de defesa.

Observa que, apesar do lançamento ser uma atividade vinculada e obrigatória que se concretiza através da instauração do processo administrativo, foi ignorada esta etapa do procedimento fiscal. Em reforço ao argumento apresentado, colaciona o entendimento deste E. Conselho sobre o assunto,

Ao adentrar no mérito, diz que ultrapassada a preliminar acima, o que se admite apenas para fins de argumentação, a autuação atacada merece cancelamento também, uma vez que o ICMS incidente na presente operação foi integralmente recolhido pela Impugnante no dia 28 de novembro de 2022 (doc. 05), data (i) que tomou ciência da autuação e (ii) de vencimento do Documento de Arrecadação Estadual (DAE), conforme cópias de documentos que reproduziu.

Assim, diz ficar clara a insubsistência do lançamento fiscal, já que a Impugnante procedeu o recolhimento do imposto no mesmo dia em que foi cientificada do lançamento do auto de infração, de modo que seria descabida a aplicação de qualquer penalidade pecuniária, o que, por consequência, denota a suficiência do pagamento realizado no valor de R\$ 54.096,00.

Portanto, resta claro que não há qualquer razão para a manutenção da presente autuação, nos termos do art. 107-B, § 1º do Código Tributário Estadual da Bahia e do art. 156, I, do Código Tributário Nacional, cujo teor transcreveu, frisando que este é o entendimento manifestado por este E. Conselho, conforme Acórdão relacionado ao tema, que copiou.

Destaca que o próprio auto de infração aduz que: *“caso já tenha sido efetuado o pagamento do débito, favor desconsiderar a presente intimação”*, e conclui que o auto de infração foi lavrado em desacordo com as normas gerais de direito tributário no que atine à extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Acrescenta que na remota hipótese de não serem acolhidos os argumentos acima desenvolvidos – o que se argumenta apenas em razão do princípio da eventualidade – ao menos deverá ser afastada a multa fundamentada no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96. Isso porque, conforme se depreende da leitura do dispositivo que transcreveu, tal multa deverá ser aplicada nos casos em que ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas na Lei nº 7.014/96 que culmine no descumprimento de obrigação tributária principal sem dolo do contribuinte.

No caso presente, afirma que o ICMS incidente na operação realizada foi integralmente quitado pela Impugnante. Assim, se o imposto devido foi devidamente pago, não há que se falar em descumprimento de obrigação tributária principal, de modo que a exigência de multa é totalmente descabida. Lembra que nesse sentido, aliás, é a pacífica jurisprudência deste E. Conselho, conforme Ementa que copiou.

Acrescenta que não se deve perder de vista que, ainda que assim não fosse, o art. 45, inciso I, da Lei nº 7.014/96 prevê a redução de 70% (setenta por cento) do valor multa aplicada no presente auto de infração, se houver pagamento do crédito tributário antes do encerramento do prazo da impugnação, hipótese aplicável aos autos.

Reitera que a Impugnante realizou o pagamento do ICMS incidente na operação realizada no mesmo dia que foi cientificada do lançamento do auto de infração, o que pressupõe que a

Impugnante realizou o pagamento antes do encerramento do prazo de impugnação.

Portanto, ainda que se admita a aplicação da multa fundamentada no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, – o que se cogita apenas para fins de argumentação –, a referida multa deve ser reduzida na proporção de 70% (setenta por cento), nos termos do art. 45, inciso I, Lei nº 7.014/96.

Finaliza formulando os seguintes pedidos:

- (i) Preliminarmente, seja conhecida e julgada procedente a presente Impugnação, a fim de declarar a nulidade do lançamento, em razão da ausência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, nos termos do no art. 18, inciso IV, alínea “a”, da Lei Estadual nº 7.629/99.
- (ii) No mérito, que o auto de infração seja integralmente cancelado, já que a) a Impugnante procedeu o recolhimento do imposto no mesmo dia em que foi cientificada do lançamento do auto de infração, nos termos do art. 107-B, § 1º do Código Tributário Estadual da Bahia e do art. 156, I, do Código Tributário Nacional; e b) a exigência de multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96 é totalmente descabida.
- (iii) Subsidiariamente, caso não seja integralmente cancelado o auto de infração e, conseqüentemente, a multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, o que se argumenta apenas em razão do princípio da eventualidade, que a referida multa seja reduzida na proporção de 70% (setenta por cento), nos termos do art. 45, inciso I, Lei nº 7.014/96, conforme se depreende do art. 67.014/96, III, da Lei.

Em sua Informação Fiscal às fls. 123 a 124, o autuante, rechaça o pedido de nulidade sob a alegação de vícios na fundamentação legal, uma vez que a autuação foi realizada de acordo com o RPAF e executada com a utilização do Sistema denominado SLCT – Sistema de Lançamento de Crédito Tributário dessa SEFAZ, e nele estão devidamente caracterizados: a infração, o infrator e o montante devido.

Quanto ao mérito, discorda da alegação do contribuinte de que foi feito o recolhimento integral do ICMS na data em que tomou ciência da autuação (28/11/2022), conforme DOC. 05, pois ao analisar o referido documento constata-se que o pagamento foi realizado em 28/10/2022, porém o Termo de Apreensão que originou o Auto de Infração, o de nº2174491160/22-5 foi lavrado em 27/10/22, à 18:04h, portanto a partir desse momento fica encerrado a possibilidade de recolhimento espontâneo do tributo, sem o pagamento da penalidade.

Frisa que o próprio Auto de Infração foi lavrado em 28/10/2022, às 16:03h, enquanto que o pagamento foi realizado em 28/10/2022, às 16:55h (DOC 05) da impugnação, fls. 118 a 120. Assim, afasta-se qualquer hipótese de pagamento sem inclusão da penalidade.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Drª Gabriela Rodrigues Nycz, OAB/SP nº 245.534, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

## VOTO

O ato infracional imputado ao autuado diz a “*Falta de recolhimento do ICMS em operação com mercadorias enquadradas no regime de diferimento em situação onde não é possível a adoção do referido regime, desacompanhadas de DAE ou Certificado de Crédito.*”.

Na complementação descritiva da infração consta a seguinte informação: “*Falta de recolhimento do ICMS na operação mercantil com sucata de cobre e de cabo de telefone para outro estado da Federação, referente ao (s) DANFE(s) nº 35179, DACTE(s) nº 2163e MDFE(s) nº 876. O contribuinte emissor da NF-e não possui termo de acordo ativo para diferimento. O parágrafo 1º do Art. 280 do RICMS-Ba exclui a suspensão da incidência do ICMS sobre sucatas, mesmo que destinadas à exportação. Conforme Termo de Apreensão 2174491160/22-5*”

Argui o defendente, com base no art.18, inciso IV, “a”, do RPAF/BA, insegurança na determinação da infração, e consequentemente cerceamento do direito de defesa, em razão da ausência de elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração, pois, no seu entender, não restou demonstrado o dispositivo supostamente violado, haja vista que foi apontado o art.332 do RICMS/Ba, porém, não foi indicado qualquer alínea, sendo que mesmo possui 16 (dezesesseis) alíneas.

Não há como prosperar essa preliminar de nulidade, pois se trata de fiscalização realizada no Trânsito de Mercadorias, sendo que os documentos (*DANFE nº 35179, DACTE nº 2163 e MDFE nº 876*). E mercadorias foram apreendidos pela fiscalização conforme atesta o Termo de Apreensão nº 2174491160/22-5 (fls. 04). Na Descrição dos fatos do referido documento consta a informação de que a irregularidade se referia a: *“Falta de recolhimento do ICMS em operação com mercadorias enquadradas no regime de diferimento em situação onde não é possível a doção do referido regime, desacompanhada de DAE ou Certificado de Crédito e não possui Regime Especial de Recolhimento, conforme consulta no PSS/Sefaz”*, que condiz com a acusação posta no Auto de Infração em comento.

No demonstrativo de débito (fl. 03) consta a base de cálculo (mesmo valor constante do documento fiscal), a alíquota aplicada, e o valor do imposto a pagar. E mais uma vez observo que o presente Auto de Infração foi lavrado no trânsito de mercadorias. Portanto, todos os termos, levantamentos e demonstrativos que constituíram a base à lavratura do Auto de Infração foram lavrados e entregues ao contribuinte, via Mensagem DT-e, onde consta a data de ciência em 28/11/22, conforme se verifica à fl. 20, não havendo qualquer consistência no alegado cerceamento do direito de defesa, posto que, todos os elementos necessários à elaboração da peça defensiva foram disponibilizados ao autuado, inexistindo, assim qualquer vício ou falha que possa imputar nulidade ao Auto de Infração, não sendo detectada nenhuma ocorrência das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

Importante ressaltar que nos termos do art. 19 do RPAF-BA/99, um eventual equívoco no enquadramento legal não é razão para a decretação de nulidade, desde que a descrição dos fatos deixe evidente o correto enquadramento. No caso em tela, não há dúvida que a pormenorizada descrição dos fatos inserido no Auto de infração e no Termo de Apreensão é capaz de superar um suposto equívoco no enquadramento legal.

Logo, no plano formal, a autuação fiscal está em conformidade com a legislação tributária, não lhe faltando fundamentação legal, visto que os fatos descritos no Auto de Infração estão de acordo com o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, considerando as disposições contidas na Lei nº 7.014/96, e acompanhados das respectivas provas, inclusive cópias de documentos fiscais, necessárias à demonstração dos fatos arguidos, sendo respeitada a ampla defesa e contraditório.

No mérito, o defendente assevera que o imposto ora exigido foi integralmente recolhido no dia 28 de novembro de 2022, data em que tomou ciência da autuação.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal esclarece que apesar do contribuinte ter afirmado que recolheu o ICMS na data em que tomou ciência da autuação (28/11/2022), ao analisar o documento apresentado (DOC. 05), constata-se que o pagamento, de fato foi realizado em 28/10/2022. Acrescenta que o Termo de Apreensão que originou o Auto de Infração foi lavrado em 27/10/22, à 18:04h, portanto, no seu entender, a partir desse momento fica encerrado a possibilidade de recolhimento espontâneo do tributo, sem o pagamento da penalidade.

Informa que o próprio Auto de Infração foi lavrado em 28/10/2022, às 16:03h, enquanto que o pagamento foi realizado em 28/10/2022, às 16:55h conforme se verifica no (DOC 05) da impugnação, fls. 118 a 120.

Analisando os documentos inseridos nos autos, em especial o Documento de Arrecadação (DAE), anexado pelo defendente à fl. 119, verifico que assiste razão ao autuante ao afirmar que a data de pagamento foi 28/10/2022 e não 28/11/2022, como inserido na peça defensiva.



Considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 28/10/2022, e no momento em que o sujeito passivo tomou ciência da lavratura do mesmo, no caso, em 28/11/2022, conforme consta no Aviso de Recebimento -AR, anexado à fl. 20, o imposto já se encontrava devidamente recolhido em 28/10/2022, através do DAE de fl. 119, vinculado ao DANFE nº 35149, objeto do presente lançamento, concluo pela insubsistência da Infração.

Consequentemente julgo IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298628.0988/22-8**, lavrado contra **OI S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR