

A. I. Nº - 232948.0011/17-4
AUTUADO - ARTEMP ENGENHARIA LTDA.
AUTUANTE - AVELINO PEREIRA DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - DAT METRO - INFAZ ATACADO

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº. 0097-06/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO. Restou comprovado que os materiais adquiridos em operações interestaduais arroladas no levantamento fiscal, unicamente no mês de dezembro de 2011, são destinados a uso e consumo do estabelecimento e devido o imposto exigido. Imposto recolhido sob outra rubrica não pode ser considerado como recolhimento da parcela autuada. Infração subsistente parcialmente, frente ao reconhecimento da decadência parcial. Negado o pedido de diligência. Não acolhidas as questões preliminares. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 29 de dezembro de 2016 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$ 132.136,87, além de multa de 60% pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **06.02.01**. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas a consumo do estabelecimento, fatos ocorridos nos meses de janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2011.

Tempestivamente, o autuado, por seus representantes legais, devidamente constituídos através do instrumento de fls. 112 a 116, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 44 a 110, onde, de início, rememora o processo de fiscalização que teria se iniciado em 11/05/2015, mediante intimação, reiterada em 25/08/2015, e se encerrado em 30/12/2016, mais de um ano e seis meses, ressalta.

A seguir, aborda o fato de ser o lançamento nulo, diante de ter o autuante se utilizado, para embasar a ação fiscal desencadeada, de dispositivo regulamentar revogado, no caso, o Decreto 6.284/97, o que violaria o princípio da tipicidade cerrada, diante de ter sobrevivido a tal diploma o RICMS/12, aprovado pelo Decreto 13.780/12, do qual destaca o seu artigo 494, reproduzido.

Fala estar desprovida a legislação invocada pelo autuante, de vida jurídica, não podendo gerar qualquer efeito derivado na situação patrimonial e fiscal do contribuinte.

Aborda, ainda, a multa imposta na exação, copiando o dispositivo legal aplicado, por entender violado o princípio da legalidade, não refletindo a hipotética agressão à legislação fiscal vigente, por se tratar de comando genérico e abstrato, até pelo fato de inexistir na norma legal que rege o ICMS no estado da Bahia, qualquer dispositivo que reflita a situação talhada.

Conclama o apelo para que se declare plena de nulidade a autuação, em atenção ao princípio da tipicidade cerrada.

Aborda a seguir, após copiar o teor do artigo 28, § 1º, do RPAF/99, diante do transcurso de mais de dezenove meses de fiscalização, o fato de que o procedimento deveria ter sido ao menos renovado seis vezes, e que jamais tomou conhecimento de terem ocorrido tais prorrogações, através de Termo específico em tal sentido, o que, de igual modo, desembarcaria na nulidade da autuação.

Adentra em prejudicial de mérito de existência de decadência, caso não seja acolhida a preliminar de nulidade, uma vez estar a mesma presente no Auto de Infração vergastado, trazendo lição doutrinária de Luciano Amaro, José Augusto Delgado e Carlos Maximiliano acerca de aspectos de tal matéria.

Invoca o teor do artigo 150, § 4º, do CTN (reproduzido), bem como o entendimento firmado pela Procuradoria Geral do Estado (PGE), através do Incidente de Uniformização 2016.194710-0, cujo entendimento especifica.

Finaliza, estribado no artigo 487, inciso II, do CPC, pela declaração de improcedência da autuação, pelo fato de a pretensão fiscal estar descolorada e sem potência frente a decadência a ser reconhecida pelo órgão julgador.

Adentrando no mérito da acusação, de início, nega ser devedor de qualquer parcela de imposto, que se encontra recolhido de acordo como os DAE que apresenta, passando a elencar mês a mês da autuação, as situações pontuais encontradas, em relação a diversos documentos, incluindo operações com produtos sujeitos a antecipação tributária, recolhimento a maior no período, operações tributadas com alíquotas cheias na origem, dentre outras.

Especificamente em relação ao mês de dezembro de 2011, menciona ter havido recolhimento a maior do tributo em questão, no valor de R\$ 2.442,49, apesar do DAE apresentado apontar recolhimento de R\$ 12.765,30, suficiente para atestar o pagamento a maior do que o exigido no Auto de Infração, devendo ser a improcedência decretada de plano, por coerência e justiça.

Apresenta quadro no qual explicita o recolhimento a maior do tributo ora divergido, destacando a Nota Fiscal 17.183, cujo imposto destacado foi pleno, cheio e repleto, com alíquota de 18%, e as Notas Fiscais 97.753 e 97.754 destacam a comercialização de produtos sujeitos à Substituição Tributária, com encerramento de tributação, o que mostra estar a acusação fadada ao insucesso.

Traz quadro demonstrativo, no sentido ao matrimoniado na linha de defesa.

Conclui, ante a clarividência dos argumentos fático-jurídico expendidos, pugnando pela decretação/declaração de nulidade integral do Auto de Infração lavrado, seja pelo cerceamento de defesa, o acolhimento da prejudicial de mérito pela ocorrência de decadência plena e total, ou caso se avance ao mérito, de improcedência total do Auto de Infração, eis que inexistente qualquer diferença de imposto devido, pois o tributo encontra-se totalmente quitado.

Assevera estar juntando demonstrativos, tendo acostado documentos de fls. 120 a 669.

Informação Fiscal prestada pelo autuante às fls. 672 e 673, inicialmente, em relação à preliminar de nulidade, diz não sub-rogar a competência do CONSEF a análise do que parece confusos argumentos de fls. 47 a 60, com destaques que *“tornam insana a leitura da peça defensiva”*, que, ao que tudo indica, entendeu como ocorridos fatos previstos no artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, em primeiro lugar chama atenção para o CFOP das operações registradas pela empresa (2126), *“compras para utilização na prestação de serviço”*, indicando ser a autuada contribuinte

do ICMS, prestando serviços de manutenção das mercadorias que comercializa, equipamentos de ar-condicionado.

Aponta que em tais recolhimentos não foram incluídos os valores referentes ao diferencial de alíquota apurado na forma do demonstrativo de fls. 12 a 39.

Registra que alguns DAE anexados ao feito se referem, exclusivamente, ao ICMS Antecipação Parcial (fls. 139, 185, 232, 303, 308, 353, 402, 407, 475, 514, 588, 619 e 658).

Em relação ao demonstrativo de fls. 660 a 669 trazido pela empresa aos autos, onde se informa valores a títulos de ICMS Diferencial de Alíquota, entretanto, estes valores não correspondem aos DAE citados anteriormente, sequer foram registrados nos livros fiscais, em especial no livro Registro de Apuração de ICMS.

Arremata que pelo que entendeu, que esses valores foram reconhecidos pela autuada.

Conclui requerendo a procedência da ação fiscal.

Consta a apensação aos autos às fls. 676 a 678 de procuração da empresa constituindo advogado.

Em 23/03/2018 o feito foi convertido em diligência, com o fito de que o autuante prestasse nova Informação Fiscal, nos termos do artigo 127, § 6º, do RPAF/99 (fls. 681 e 682), diante do fato de não ter enfrentado os diversos argumentos defensivos suscitados na impugnação.

Atendendo ao quanto determinado, em 07/01/2020, o autuante em nova Informação Fiscal (fls. 712 a 719) relata, após reproduzir os argumentos defensivos, que em relação ao questionamento quanto a validade dos trabalhos, visto ter recebido o primeiro Termo de Intimação para a entrega de documentos em 15/05/2015, tendo solicitado prorrogação em virtude da grande quantidade de documentos pedidos dos exercícios de 2010 a 2014, no que foi atendida, bem como quanto ao fato de Termo de Intimação lhe ter sido enviado em 25/08/2015, sendo a fiscalização encerrada em 30/12/2016, um ano e seis meses após a entrega da primeira intimação, com a lavratura do Auto de Infração, esclarece:

Pontua não ter pertinência o pedido da empresa, visto que os trabalhos são realizados tendo como base nos interesses da fiscalização que emite a Ordem de Serviço, e quando a fiscalização não é realizada no prazo previsto pode ser ou não prorrogada, sendo que, quando não é prorrogada, a Ordem de Serviço é cancelada, como foi o caso.

Portanto, fala caber a Administração emitir, prorrogar ou cancelar a Ordem de Serviço de acordo a sua conveniência. Desta forma, as Ordens foram canceladas e oportunamente foi emitida a OS 500050/17 que culminou com a realização desta fiscalização.

Outrossim, a lavratura do “Auto de Fiscalização”, por si só, se constitui em outro elemento para a validade do procedimento fiscal, conferindo-lhe a legalidade necessária, nos termos do artigo 26 do RPAF/99 que reproduz.

Observa estar a fiscalização totalmente dentro da legalidade.

Em relação ao pedido de nulidade integral do Auto de Infração ao argumento de que foi utilizado o antigo Regulamento do ICMS, Decreto 6.284/97 como enquadramento legal, ao invés do Regulamento aprovado pelo Decreto 13.780/12, caracterizado por uma base legal inexistente (fl. 51), entende não ter como prosperar pois a ação fiscal foi realizada com base no RICMS vigente na época, e sendo assim, o artigo 494 do Decreto 13.780 de 16 de março de 2012 não tem aplicação nesta ação, visto tratar-se de ato jurídico perfeito.

Rebate o argumento de nulidade da autuação em atenção do princípio da Tipicidade Cerrada, frente ao entendimento defensivo de que o tipo da multa não se enquadra no dispositivo informado no Auto de Infração em virtude desse dispositivo ser genérico, não estando bem caracterizada na lei e tendo caráter genérico, arguindo não lhe caber avaliar tal pedido na medida em que as referidas multas obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, da Lei Estadual 3.956/81 (COTEB), com as alterações introduzidas pela Lei 7.753/00.

Em relação ao pleito pela nulidade do Auto de Infração em virtude de não ter sido enviado pedidos de prorrogações de fiscalização já que entre o intervalo de recebimento da Intimação e a ciência do Auto de Infração transcorreram dezenove meses, aduz que, como já explicitado anteriormente, a inexistência de Termo de Prorrogação da Fiscalização não torna o trabalho nulo visto que a Ordem de Serviço pode ser cancelada ou prorrogada, facultando à Autoridade Administrativa a emissão ou não de outra Ordem de Serviço, e no caso de cancelamento não existe a necessidade de prorrogação dos trabalhos.

Quanto ao pedido de reconhecimento da decadência, não concorda e mantém a fiscalização.

Ante os argumentos defensivos de que, embora tenham sido feitos com o código 2175, os recolhimentos foram referentes ao DIFAL e a Antecipação Parcial, para validar a afirmação, a Autuada anexa planilhas com cópia dos correspondentes DAE., comprovando que foi utilizado indevidamente o código 2175, garante ter conferido os valores recolhidos e verificado que os mesmos, embora recolhidos com códigos diferentes, referem-se, realmente, a pagamentos do DIFAL e a Antecipação Parcial.

Assim, os valores recolhidos e informados nos trabalhos de fiscalização foram considerados como DIFAL, tendo solicitado a empresa que entrasse com um processo junto à SEFAZ solicitando que tais valores recolhidos como 2175 sejam considerados como pertencentes ao DIFAL.

Quanto a improcedência da autuação, indica que já caracterizada a sua concordância como relação aos recolhimentos para o pagamento do DIFAL dos valores classificados como código 2175 – Antecipação Parcial, passa a analisar as solicitações feitas, de forma pontual, tal como realizado na peça defensiva.

Quanto ao mês de dezembro de 2011, diante da informação de ter havido a cobrança de uma suposta infração no valor de R\$ 12.374,36, e que não há de se falar em recolhimento a menor visto que foi recolhido R\$ 2.442,49 a mais, pois foi recolhido o valor de R\$ 12.765,30, apresenta uma planilha e a defesa.

Foram feitas as análises e não há infração a cobrar, arremata.

Acolhidos os argumentos defensivos e retificado o Demonstrativo de Débito do Auto em análise, fica o resultado, conforme abaixo:

MÊS	VALOR R\$ HISTÓRICO	VALOR R\$ RETIFICADO
JANEIRO	5.764,07	0,00
FEVEREIRO	10.720,89	1.004,69
ABRIL	7.122,37	7.122,37
MAIO	15.194,73	0,00
JUNHO	8.643,85	0,00
JULHO	1.577,52	0,00
AGOSTO	26.268,72	1.790,14

SETEMBRO	7.781,14	914,25
OUTUBRO	4.847,27	0,00
NOVEMBRO	9.867,05	0,00
DEZEMBRO	12.374,36	0,00
TOTAL	110.161,97	10.831,45

Conclui ter sido a revisão feita tendo como base os arquivos da Escrituração Fiscal Digital (EFD) apresentados pela autuada, tendo sido identificadas pequenas diferenças na escrituração dos arquivos eletrônicos (EFD), cujas Notas Fiscais tiveram alguns CFOP trocados, mas que não comprometeram a qualidade do trabalho por se tratarem de correções pontuais.

Verificou não haver recolhimento da DIFAL. Na defesa alegou que os recolhimentos realizados com o código 275 (Antecipação Parcial), referem-se tanto ao Diferencial de Alíquota quanto a Antecipação Parcial e feita a conferência constata ter pertinência a sua alegação e os valores foram considerados como devidamente recolhidos para o DIFAL e foi pedido que a Autuada solicitasse à SEFAZ a atualização desses códigos.

Feitas as análises considerando os recolhimentos reclamados pela autuada na sua defesa ficou o valor de R\$ 10.831,45, conforme tabela acima apresentada.

Acolhida as razões defensivas da Autuada e por ter um remanescente a recolher requer a procedência parcial do presente Auto de Infração.

Intimado através de Aviso de Recebimento dos Correios, do teor na nova Informação Fiscal prestada (fls. 722 e 723), o contribuinte autuado retorna aos autos (fls. 726 a 749), se manifestando no sentido de, após resumir os fatos, ao entendimento de existência de nulidade/improcedência integral da autuação contra si exarada.

No que se refere, especificamente, às infrações residuais remanescentes após verificação efetuada, reitera as preliminares ao mérito arguidas em sua defesa, restando novamente postas, e assumidas como se transcritas aqui estivessem.

Preliminarmente, em relação ao pleito pela plena improcedência da integralidade da autuação, diante da prejudicial de decadência alardeada, ao invocar, inclusive, o quanto firmado pela PGE, através do seu incidente de uniformização 2016.194710-0, registra ter o pedido de diligência tecido específicas considerações claras e taxativas, acerca da norma jurídica da decadência tributária ventilada pela contribuinte, conforme transcrição feita.

Observa que o autuante/diligente não enfrentou a ordem efluída do órgão julgador fiscal competente, pois, no corpo da diligência fiscal apresentada restou lacônico em suas observações, na forma do trecho reproduzido, no qual se limita a afirmar: “A Autuante não concorda com o pedido da Autuada e mantém a fiscalização” (sic).

Questiona a razão da discordância do argumento defensivo, indo de encontro, igualmente, ao entendimento da PGE, reafirmando que a pretensão fiscal exibida nas infrações remanescentes do Auto de Infração lavrado está caduca, pois ocorridos os seus fatos geradores há mais de cinco anos do aperfeiçoamento do lançamento fiscal efetuado, como alardeia o § 4º do artigo 150 do CTN.

Fala dever ser declarada a improcedência da integralidade da Atuação remanescente, diante da norma expressa vinculada pelo inciso II do artigo 487 da Lei 13.105/15 (CPC), de utilização ancilar no procedimento administrativo fiscal ao arrimo do artigo 180 do RPAF, pelo fato da pretensão fiscal direcionada estar descolorada e sem potência diante do manifesto vírus da decadência a ser reconhecido pelo CONSEF.

Defende, quanto ao saldo restante da autuação, a sua improcedência, conforme quadro produzido que apresenta, uma vez ultrapassada a preliminar de nulidade.

Rebate os termos da informação fiscal para os meses de janeiro a novembro de 2011.

A Tabela que colaciona explica sensitivamente o argumento aqui utilizado.

Reforça que em sendo ultrapassada a prejudicial de decadência arguida, o que não se crê, *ad argvmentandvm tantvm*, caso o autuante não exerça o seu nobre exercício de reconsideração e considere a inexistência de qualquer crédito tributário remanescente, o presente julgamento deve ser convertido em novel diligência, para atestar a retenção do ICMS cheio de 17% ou de 18% nas Notas Fiscais acima indicadas, eis que indevida a exigência fiscal imposta!

Após rebater pontos da Informação Fiscal prestada, e apontar equívocos do autuante ainda presentes no lançamento, reitera as arguições defensivas já postas em momento anterior, inclusive que em várias Notas Fiscais discriminadas o ICMS destacado foi cheio, pleno, repleto, com a alíquota de 17% ou 18%, a depender Unidade Federativa emitente, e, portanto, não há qualquer diferença a recolher ao estado da Bahia.

Garante que o Demonstrativo produzido impõe uma verificação didática do quanto matrimoniado nestas linhas de manifestação, e sendo ultrapassada a prejudicial de decadência arguida, o que não se crê, caso o autuante não exerça o seu nobre exercício de reconsideração e considere a inexistência de qualquer crédito tributário remanescente, o presente julgamento deve ser convertido em novel diligência, para atestar tudo o quanto pugnado e ora reiterado, e, inclusive, culminar na conclusão pela improcedência total da Infração admoestada.

Pugna caso o eminente autuante não exerça o seu nobre papel de acolher as teses produzidas em sua imprescindível novel peça de Informação Fiscal:

- Declaração/decretação da nulidade integral do Auto de Infração lavrado, seja em função da utilização, no seu enquadramento legal, de Diploma Normativo revogado, qual seja, o antigo RICMS (Decreto 6.284/97), totalmente eliminado do mundo jurídico pelo Decreto 13.780/2012 RICMS/12; seja, pelo manifesto cerceio de defesa em função da imprecisão da autuação na utilização de dispositivo legal genérico, para atribuir a multa imposta à defendente; e, ao final, seja pela inexistência/intempestividade da prorrogação da Fiscalização;
- Declaração/decretação da improcedência integral do Auto de Infração lavrado, ao ser acolhida a prejudicial de mérito arguida de decadência plena e total da pretensão fiscal exigida na Autuação.
- Ao se avançar ao mérito discutido, pela declaração/decretação da improcedência integral do Auto de Infração lavrado, por inexistir qualquer diferença de ICMS devido pela contribuinte, porque o tributa encontra-se totalmente quitado; ou;
- A conversão do julgamento em diligência por estranho ao feito, para atender a completude da diligência formulada, bem como para responder aos novos questionamentos esposados nesta manifestação.

Remetido em 11/03/2020 pelo órgão preparador para ciência e posicionamento dos termos da manifestação apresentada (fl. 750), em 03/05/2021 o autuante presta nova Informação Fiscal (fls. 751 a 753), resumindo os fatos até então verificados, e quanto ao mérito, diz que após análise dos argumentos defensivos trazidos, além do Incidente de Uniformização PGE 2016.175855-0, mudou seu entendimento esposado na diligência de fls. 714 a 720, alterando seu teor na forma prescrita nesta Informação Fiscal.

Em relação à prejudicial de decadência, comprovou que no exercício de 2011, a autuada realizou recolhimento de imposto em todos os meses, motivo pelo qual janeiro a novembro daquele ano foram alcançados pela decadência.

Quanto ao mês de dezembro de 2011, frisa que ao analisar os argumentos defensivos trazidos às fls. 725 a 749, comprovou que as Notas Fiscais relacionadas no demonstrativo de fl. 211, tiveram o seu recolhimento efetuado a título de “ICMS Antecipação Parcial”, na forma do extrato de recolhimento do mês de fevereiro de 2012, que plotou.

Ressalta que na escrita fiscal da empresa, tal valor foi levado a crédito, sendo utilizado como crédito fiscal no período, inclusive informado na DMA, como “outros créditos”, e logo, não tendo sido recolhido a título de ICMS Diferença de Alíquota, não tendo sido tal imposto recolhido, conforma apurado às fls. 12 a 39.

Apresenta Demonstrativo de débito retificado, frente ao reconhecimento da decadência, requerendo a procedência parcial do lançamento.

Cientificado através do Domicílio Tributário Eletrônico do posicionamento do autuante, (fl. 755-A e 755-B), mais uma vez o contribuinte volta ao feito (fls. 757 a 769), para, em sua “Manifestação à 2ª Informação Fiscal”, inicialmente resumir os fatos, e reiterar a nulidade e/ou improcedência do Auto de Infração.

Ainda que reconheça ter o autuante acolhido a tese de decadência tributária suscitada, constata ter remanescido valor entendido pelo Fisco como devido, todavia, entende dever ser a mesma extirpada e absorvida pela norma de caducidade fiscal.

Após tecer considerações acerca do artigo 150, § 4º do CTN, registra ter havido pagamento de ICMS em todos os meses do período analisado, tendo, por consequência, ocorrido a decadência da exigência fiscal, com o transpassar de cinco anos do fato gerador, estabelecido pela norma legal.

Considera imperiosa a declaração de decadência, pela improcedência da acusação fiscal referente ao mês de dezembro de 2011, diante da norma expressa do artigo 487, inciso II, do Código de Processo Civil, pelo fato da pretensão fiscal estar sem potência, diante da decadência verificada, devendo ser reconhecida pelo CONSEF.

Em relação ao saldo remanescente da autuação imposta, sustenta ter sido a exação referente ao mês de dezembro de 2011, surpreendentemente repristinada, ou melhor, ressuscitada, indevidamente, já que o próprio autuante às fls. 712 a 720 havia observado que *“foram feitas as análises e não há infração a cobrar”*, copiando o teor de tal assertiva.

Indaga a razão da não permanência dos argumentos expendidos, diante dos fundamentos convincentes expressos pelo autuante para chegar a tal conclusão, devendo ser o mesmo instado a tornar transparentes as razões pelas quais o motivaram a considerar improcedente a exigência em relação ao mês de dezembro de 2011, postulando pela realização de diligência por estranho ao feito para apuração destas considerações.

Argumenta que o quadro elaborado pelo próprio autuante pode ser resumido na planilha que reproduz.

Sustenta não haver que se falar em recolhimento a menor do ICMS no montante acima pretendido, destacando, inclusive, ter havido recolhimento a maior do tributo em questão, de R\$ 2.442,49, apesar do DAE respectivo apresentar recolhimento de R\$ 12.765,30, suficiente para atestar o pagamento a maior do que o exigido no Auto de Infração lavrado.

Tal fato, aduz, deveria ser decretado de plano, por coerência e justiça, entrementes há de se avançar nas considerações empreendidas, pois o crédito a seu favor é bem superior.

Plota quadro que entende capaz de explicitar o recolhimento a maior do tributo devido, passando a justificar as razões, explicando quanto ao supra arguido, que em relação à Nota Fiscal 17.183, o imposto destacado foi cheio, pleno e repleto, com alíquota de 18%, motivo pelo qual, não há qualquer diferença a recolher ao estado da Bahia, pelo contribuinte.

Já as Notas Fiscais 97.753 e 97.754 destacam a comercialização de mercadorias sujeitas à substituição tributária, garante, daí porque na sua origem foi encerrada a fase de tributação, nada havendo a se exigir, totalizando o valor de R\$ 1.823,66 se encontrando fadado ao insucesso, apresentando quadro resumo.

Assevera que o autuante fez afirmação sem a devida comprovação, de ter sido levado a crédito, sendo utilizado como crédito fiscal no período, inclusive informado na DMA na linha “outros créditos”, não tendo sido recolhido a título de ICMS Diferença de Alíquotas, o que contesta.

Apresenta figura extraída do Sistema INC da SEFAZ, no intuito de comprovar não haver qualquer indicação de utilização dos R\$ 12.374,36, na coluna de crédito do imposto, não tendo o autuante se desincumbido de produzir a necessária prova do quanto preconizado, o que malograria sua pretensão, baseada em simples conjecturas.

Conclui, requerendo a declaração/decretação da improcedência do lançamento remanescente do mês de dezembro de 2011, ao ser acolhida a prejudicial de mérito arguida, o que desaguaria na improcedência total da autuação, diante de seu entendimento de inexistir qualquer diferença de ICMS devido, eis estar o mesmo completamente quitado, ou ainda, a conversão em diligência por estranho ao feito para responder aos novos questionamentos esposados pela empresa.

Mais uma vez se manifestando em 07/12/2021, em função do encaminhamento feito em 05/02/2021, o autuante (fl. 771) explicita, após breve histórico dos fatos, que na intervenção processual do contribuinte de fls. 757 a 769 não foram apresentados fatos novos que convençam a modificação do seu entendimento.

Em 08/04/2022, o feito foi convertido em nova diligência (fls. 774 e 775), quando da sessão de julgamento, uma vez que, através de arquivo enviado por e-mail pelo advogado da empresa, chegou ao conhecimento da Junta de Julgamento Fiscal, a existência de petição datada de 27 de maio de 2021, protocolada no SIPRO sob o número 027459/2021-1, de 27/05/2021, a qual foi encaminhada para a DAT/Metro para apensação ao presente, que se encontrava em diligência solicitada por este órgão.

Não foi constatada a juntada requerida e necessária, estando os autos físicos naquela repartição, e sequer foi dado conhecimento do mesmo ao autuante para que pudesse se manifestar, sendo o encaminhamento no sentido de se apensar a manifestação protocolada em 27/05/2021 (SIPRO 027459/2021-1) aos presentes autos, cientificando o autuante para que prestasse nova informação fiscal, analisando os argumentos e documentos acostados pela empresa autuada nesta nova manifestação, atentando para a regra contida no artigo 127, § 6º, do RPAF/99, inclusive quanto ao fato de ter ou não a empresa autuada solicitado retificação dos DAE de recolhimento da DIFAL junto à SEFAZ.

Às fls. 780 a 788, o sujeito passivo, no que chama ainda de “Manifestação Complementar à 2ª Informação Fiscal”, após resumir os fatos até então ocorrido, consigna ter o autuante naquela oportunidade, afirmado, sem a devida comprovação, de que o ICMS correspondente ao ICMS diferencial de Alíquota do mês de dezembro de 2011 não havia sido recolhido.

Afirma categoricamente nada dever ao Fisco Estadual, na medida em que na DMA do mês de janeiro de 2012, na rubrica “outros créditos”, o valor de R\$ 116.553,11, e segundo o histórico de pagamentos realizados, encartado nos autos, se encontram dois pagamentos referentes à Antecipação Parcial do ICMS, o primeiro de R\$ 12.765,30 e o segundo de R\$ 81.040,20, o que

comprovaria ter o contribuinte recolhido a Antecipação Parcial de dezembro de 2011, objeto de discussão no feito, referente ao saldo remanescente da autuação, de R\$ 12.765,30.

Também comprovaria a improcedência da infração, o fato de que a planilha colacionada pelo autuante dever ser reiterada, listando as Notas Fiscais que integrariam o valor de R\$ 81.040,20, parte integrante do termo “Outros Créditos”, inexistindo qualquer identidade entre as Notas Fiscais que compõem o valor referido da Antecipação Parcial, com aquelas apresentadas pelo autuante no Auto de Infração, para dezembro de 2011, o que acarretaria ser o lançamento improcedente.

Pugna, em conclusão pela declaração/decretação da improcedência integral do Auto de Infração remanescente em relação a dezembro de 2011, se acolhendo a prejudicial de mérito arguida de decadência plena e total, exigida na autuação lavrada, ou ao se avançar ao mérito, a improcedência do Auto de Infração remanescente a dezembro de 2011, por inexistir qualquer diferença de ICMS devido, eis que totalmente quitado.

Requer, ainda, a conversão do feito em diligência, por estranho ao feito, para comprovação de suas afirmações.

O autuante, considerando os termos da diligência requerida, deu a devida ciência quanto a manifestação acostada às fls. 779 a 793 e considerando não terem sido apresentados fatos novos que não já tivessem sido apreciados na informação fiscal de fls. 751 a 753, retorna o feito para apreciação do CONSEF.

Foram os autos encaminhados para instrução e julgamento pelo órgão preparador em 28/12/2022 (fl. 795), recebidos no CONSEF em 05/01/2023 e distribuídos a este relator em 12/01/2023 (fl. 795-v), e considerados aptos para julgamento.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do autuado.

Verifico ter a ação fiscal se iniciado em 25/10/2016, diante da lavratura de Termo de Início de Fiscalização pelo autuante, na forma do documento de fl. 06.

Constato que a memória de cálculo da autuação e documentos que a suportam, se encontram às fls. 09 a 39, impressas, e em formato digital na mídia de fl. 40.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, e tida como contrária à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade legal e jurídica.

O contribuinte, por sua vez, compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos da infração que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma de impugnação, bem como manifestações posteriores.

O autuado se encontra inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, exercendo como atividade principal o “*instalação e manutenção de sistemas centrais de ar-condicionado*”, estabelecido no município de Salvador, Bahia.

Existe uma questão prejudicial a ser enfrentada e decidida, e que diz respeito a ocorrência de decadência, arguida pelo contribuinte.

A legislação, especialmente o Código Tributário Nacional (CTN), determina em seu artigo 150, §4º, que *“o lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, e se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”*.

Nesta seara, destaco que durante muito tempo, subsistiu discussão acerca de qual seria o entendimento frente a questões de tal natureza, para reconhecimento ou não da existência da decadência: se deveria ser aplicado o disposto no artigo 173, inciso I, ou o artigo 150 § 4º do CTN.

O entendimento predominante neste Órgão era de que prevalecia em tais hipóteses, a redação contida no Código Tributário do Estado da Bahia, (Lei 3.956/81), até mesmo após a edição pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Súmula Vinculante 08, a qual aplicável aos créditos tributários.

A Procuradoria Geral do Estado da Bahia, através da sua Procuradoria Fiscal, sustentou, igualmente, por largo período, inclusive junto ao Poder Judiciário, tal entendimento acima exposto, dissonante daquele predominante nas decisões dos Tribunais Superiores, sendo que após diversas derrotas judiciais na apreciação de tal matéria, repensou o entendimento anterior da mesma, culminando com a adoção dos denominados “Incidentes de Uniformização”, os quais visaram unificar o pensamento acerca de questões até então ensejadoras de inúmeros e acalorados debates.

Dentre tais “Incidentes de Uniformização”, destaco o de n.º PGE 2016.194710-0, cujo enunciado transcrevo: *“Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no 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 correspondia às operações declaradas”*.

E avança ainda mais o entendimento exposto, ao observar na seguinte 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 art. 173, 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”*.

E tal raciocínio se reforça, a partir do Enunciado da Súmula 555 do STJ, a qual determina:

“Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa”.

A se considerar a mesma, além dos dezenove Acórdãos tomados como paradigma, o que se verifica é que quando o contribuinte não declara e não paga o imposto, aplica-se a regra do artigo 173 do CTN, ou seja, o Fisco possui cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte para constituir o crédito tributário (não declarado e não pago); e, na hipótese de o contribuinte declarar o que tem como devido, recolhendo tal valor, mas o Fisco entende que o contribuinte deveria ter declarado valor maior (ou seja, não houve declaração de uma diferença), aplica-se a regra do artigo 150 do CTN, pela qual o Fisco teria cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador para constituir a diferença não declarada/não paga, pois houve declaração/princípio de pagamento.

E a justificativa para este entendimento reside no fato de o STJ ter adotado como critério para aplicação do artigo 173, inciso I, do CTN, a ausência de qualquer pagamento do tributo. Por outro lado, quando houver pagamento do tributo, ainda que parcial, aplica-se a regra decadencial do artigo 150, § 4º do CTN.

Tal raciocínio se manifesta num dos Acórdãos tidos como parâmetros pelo Tribunal, a saber, o AgRg no RESp 1.277.854:

“Deve ser aplicado o entendimento consagrado pela Primeira Seção, em recurso especial representativo da controvérsia, para a contagem do prazo decadencial de tributo sujeito a lançamento por homologação. O referido precedente considera apenas a existência, ou não, de pagamento antecipado, pois é esse o ato que está sujeito à homologação pela Fazenda Pública, nos termos do art. 150 e parágrafos do CTN. Assim, havendo pagamento, ainda que não seja integral, estará ele sujeito à homologação, daí porque deve ser aplicado para o lançamento suplementar o prazo previsto no § 4º desse artigo (de cinco anos a contar do fato gerador). Todavia, não havendo pagamento algum, não há o que homologar, motivo porque deverá ser adotado o prazo previsto no art. 173, I do CTN”.

Note-se que o “pagamento parcial” a que a jurisprudência do STJ invoca tem tal conotação de ser parcial na ótica do Fisco, isto é, comparado à totalidade do tributo tido como devido. Caso o “pagamento parcial” em questão fosse parcial sob a perspectiva do contribuinte, isso significaria que este teria declarado a totalidade do tributo, mas efetuado o pagamento apenas de parte dele.

Por outro lado, o próprio autuante indicou que o sujeito passivo recolheu o imposto em todos os meses autuados, ou seja, houve antecipação de pagamento.

Logo, não pode o julgador, ante tal fato, fechar os olhos e deixar de praticar a almejada justiça fiscal, razão pela qual, entendendo presente a hipótese de decadência parcial, vez que o valor do imposto foi lançado, escriturado, ainda que não recolhido suficientemente, abarcando as ocorrências do período de janeiro a novembro de 2016, sem qualquer ato da Administração Tributária no sentido de preservar o seu interesse ou homologar aquele valor, há de ser aplicado o teor do 487, inciso II do Código de Processo Civil (CPC) em vigor, aplicável subsidiariamente ao RPAF/99, na forma do seu artigo 180, tal como firmado na impugnação apresentada:

“Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

(...)

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição”.

Por tais razões, reconheço existir, ainda que parcialmente, decadência devendo os valores lançados no período acima indicado ser excluídos, uma vez que tendo sido o contribuinte intimado da lavratura do Auto de Infração em 30/12/2016, conforme registrado à fl. 02, este é o prazo para a contagem do interregno temporal decadencial.

A reforçar o entendimento, a Súmula 12 do CONSEF, determina que *“Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração”*.

Diante de tal posicionamento, cristalino está que no caso em comento relativo à infração lançada, a Secretaria da Fazenda se manteve inerte e sem adotar qualquer ação frente ao ocorrido, diante do longo lapso temporal decorrido (a partir de janeiro de 2011) e o lançamento tributário com ciência ao contribuinte (30 de dezembro de 2016).

Logo, por tais motivos, se encontram albergadas pela decadência, as ocorrências dos meses de janeiro a novembro de 2011, as quais devem ser excluídas, remanescendo, apenas, na autuação, a ocorrência do mês de dezembro de 2011, pelo fato de a ciência do lançamento ter se dado em 30/12/2016.

Em relação às questões preliminares suscitadas pela defesa, passo a enfrentá-las, de pronto, iniciando pela aplicação da legislação correspondente ao RICMS/97.

Como bem sabido, em direito tributário, a aplicação da lei no tempo se reporta à legislação vigente na data da ocorrência do fato gerador.

Na forma anteriormente relatada, as ocorrências listadas na autuação teriam ocorrido entre janeiro e dezembro de 2011.

Neste período, vigorava, como até o presente momento, como norma legal, a Lei 7.014/96, e como norma regulamentar, o Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97, que vigorou até o dia 31 de março de 2012, ao entrar em vigor o novo Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto 13.780/12, vigente a partir de 1º de abril de 2012.

Não se pode perder de vista o fato de que a expressão “legislação”, no direito tributário, tem o significado de lei em sentido amplo, ou seja, significado abrangente, conforme se vislumbra no teor do artigo 96 do CTN:

Art. 96. A expressão “legislação tributária” compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes

Tal norma se complementa pelo artigo 100 do mesmo CTN:

“art. 100: São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I – os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II – as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III – as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV – os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”.

E aqui reputo importante se distinguir vigência de validade da norma, sendo que vigência é o que viabiliza a incidência de uma norma a determinados fatos em dado período de tempo abrangido pelo início desta, e no entender de Hugo de Brito Machado, *“é a aptidão para incidir, vale dizer, para dar significação jurídica aos fatos”*.

A vigência da legislação tributária rege-se pelas disposições aplicáveis às normas jurídicas em geral, existindo, todavia, ressalvas do próprio CTN, sendo, pois, a validade formal da norma, quando devidamente promulgada por autoridade competente.

Interessante se observar que a norma pode ser válida, mas não vigente, eis que produzida por quem devidamente competente para tal, entretanto, a vigência só ocorrerá que os comportamentos descritos em seu texto poderão ser impostos, exigidos, não bastando a publicação de uma lei tributária e sua vigência para que sua força cogente seja eficaz, tal como, por exemplo a obediência ao Princípio da Anterioridade, ou da “eficácia diferida”.

Apesar de lei e normas tributárias em geral serem prospectivas, em regra, devendo ser aplicadas a fatos geradores futuros, existem casos em que é possível a aplicação retroativa da lei tributária, na forma contida no artigo 106 do CTN:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I – em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;”

Assim, quando a lei tributária seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidades e em situações em que se trate de atos não definitivamente julgados se verifica a aplicação da lei tributária de forma retroativa.

Não é o caso dos autos, pois, como visto, a Lei do ICMS vigente era a mesma tanto na época dos fatos geradores (2011), quanto ao tempo da autuação (2016).

O fato de a legislação vigente quando da ocorrência dos fatos geradores do tributo ter sido revogada (RICMS/97), não implica na aplicação retroativa da nova norma (RICMS/12) a fatos pretéritos.

Esta é a regra insculpida no artigo 144 do CTN:

“Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada”.

Veja que tal regra menciona a palavra lei, e a lei 7.014/96 vige desde 1996, até o presente momento.

A jurisprudência segue tal entendimento, a se observa a decisão contida no AgInt no RECURSO ESPECIAL 1.441.008/PE (2014/0052750-8), cujo Relator, Ministro Benedito Gonçalves, na 1ª Turma do STJ, datada de 03/04/2018, assim se posicionou:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ART. 144 DO CTN. LANÇAMENTO. NORMA VIGENTE NA DATA DO FATO GERADOR. DETERMINAÇÃO DO ASPECTO DIMENSÍVEL DO TRIBUTO.

1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, aplica-se ao lançamento a norma vigente na data do fato gerador, conforme preleciona o caput do art. 144 do Código Tributário Nacional.

2. A lei que fixa os critérios (alíquotas) para apuração do valor do tributo através de arbitramento é norma de natureza material, por guardar relação com a quantificação do valor da exação.

Aplica-se ao caso a lei vigente à época do fato gerador (Decreto-Lei nº 1.648/1978)”. (Grifei).

Assim, agiu corretamente o autuante ao aplicar a norma vigente na época dos fatos geradores, motivo para a rejeição do argumento quanto a nulidade do procedimento fiscal, não tendo sido violado o Princípio da Tipicidade Cerrada.

De igual modo, ao entendimento defensivo de ser o enquadramento da multa genérico, não posso acolher e justifico: o dispositivo invocado pelo autuante que literalmente prevê aplicação “quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal”, se encontra na legislação pelo fato de não poder o legislador especificar de forma terminativa todas as condutas que ensejem a aplicação de penalidades pelo descumprimento da norma legal.

Neste sentido, o autuado compreendeu pela descrição da infração o seu teor imputado, veio aos autos abordando todos os aspectos da acusação que entendia pertinentes, contestando a acusação em sua totalidade, de forma detalhada, elaborando demonstrativos, inclusive, e acostando robusta documentação, como anteriormente relatado, não se podendo se sustentar não somente tal argumento, como de igual forma, a ocorrência de qualquer situação, ato ou fato que viesse a se caracterizar como cerceamento do seu direito de defesa, conforme alegado.

Em relação ao argumento defensivo de eventual violação ao artigo 28, § 1º, do RPAF/99, diante do transcurso de mais de dezenove meses de fiscalização, o fato de que o procedimento deveria ter sido ao menos renovado seis vezes, e que jamais tomou conhecimento de terem ocorrido tais prorrogações, através de Termo específico em tal sentido, esclareço que a formalização do procedimento fiscal se deu, como já indicado, pela lavratura de Termo de Início de Fiscalização, em 25/10/2016 (fl. 06), que, até prova em contrário, merece crédito, à falta de qualquer elemento robusto em sentido contrário trazido pela defesa.

Friso que a Ordem de Serviço se trata de instrumento interno da SEFAZ, de cunho meramente administrativo, que propicia e suporta o procedimento fiscal e a eventual lavratura de Auto de Infração, nada mais, o que, de igual modo, enfraquece a arguição defensiva.

Pelos expostos motivos, não acolho as questões preliminares suscitadas.

Quanto ao reiterado pleito defensivo pela realização de diligência por estranho ao feito, indefiro, tendo em vista o disposto no artigo 147, incisos I, alínea “a” e “b” e II, alínea “a” do RPAF/99, segundo o qual:

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*
- b) 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;*

II - de perícia fiscal, quando:

- a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;*
- b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;*
- c) a verificação for impraticável.*

§ 1º A critério do órgão julgador, o pedido ou proposta de perícia fiscal poderá ser convertido em determinação de diligência, em atendimento ao disposto neste artigo”.

A desnecessidade da solicitação se pauta no fato de que os dados que serviram de base para o lançamento foram retirados da escrituração fiscal e documentos fiscais emitidos para e pela empresa autuada, os quais são de seu pleno conhecimento e responsabilidade quanto a emissão e prestação das informações ali contidas (Notas Fiscais emitidas e recebidas e Livros Fiscais transmitidos pela EFD), os quais se encontram em poder as SEFAZ, o que dispensa qualquer apresentação ao contribuinte, pois este transmitiu os arquivos SPED correspondentes.

Inexiste fundamentação robusta para amparar tal pedido, e ademais, não conseguiu a defesa indicar de forma e maneira precisa quais seria o objetivo da diligência, e o que deveria ser devidamente analisado quando do seu deferimento, acaso acatado, sendo prescindível qualquer verificação *in loco* em seu estabelecimento, vez estar a lide circunscrita à discussão jurídica acerca da tributação da energia elétrica adquirida em operação interestadual.

Ainda obedecendo aos requisitos legais, importante frisar que tal pedido submete-se unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício.

E não se pode argumentar que tal negativa ora firmada, venha a se constituir em qualquer cerceamento de direito de defesa, inclusive à vista de posicionamento adotado sobejamente nos Tribunais Superiores, de entender no sentido de que a prática de julgar tal ato vem a se constituir em qualquer dificuldade ou cerceamento para a defesa do contribuinte, até pelo fato de que não poder se alegar desconhecimento da legislação.

Como exemplo, posso mencionar trecho do voto prolatado pelo STJ no RESP 1.519.662/DF, em julgamento ocorrido em 18/08/2015 na 6ª Turma, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura assim se pronunciou a respeito:

“A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que ‘não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, pois o magistrado é o destinatário final da prova, pode, de maneira fundamentada, indeferir a realização daquelas que considerar protelatórias ou desnecessárias ou impertinentes’”.

Recente decisão do Ministro do STJ Ribeiro Dantas, no Recurso Especial 1887326-RS, datada de 25/03/2021, demonstra ainda ser este o atual entendimento da Corte, a se ver pelo seguinte trecho, ao falar do indeferimento de diligência:

“Tal entendimento está em sintonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, que é firme no sentido de que não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, porquanto o magistrado é o destinatário final da prova, logo, compete a ele, de maneira fundamentada e com base no arcabouço probatório produzido nos autos, analisar a pertinência, relevância e necessidade da realização da atividade probatória pleiteada”.

Também merece menção a decisão, ainda no âmbito do STJ, em sede de apreciação de Agravo em Recurso Especial 1.469.786/SP, igualmente recente, eis que datada de 24/03/2021, da lavra do Ministro Antônio Saldanha Palheiro, que assim se posicionou a respeito do tema:

“Como se observa, não se divisa cerceamento de defesa por indeferimento de diligência tendo sido demonstrado exaustivamente que caberia à parte a produção da prova requerida atinente à desconstituição do lançamento do Fisco.

Com efeito, a caracterização de cerceamento do direito de defesa pelo indeferimento da prova requerida pela parte possui como condicionante possível arbitrariedade praticada pelo órgão julgador, e não simplesmente a consideração ou o entendimento da parte pela indispensabilidade de sua realização.

Logo, poderá o magistrado, em estrita observância à legislação de regência e com o fito de formar sua convicção entender pela necessidade ou não da produção de determinada prova, desde que fundamente o seu entendimento de forma adequada e oportuna, como ocorreu na hipótese”.

Lembro ainda, concorrer para o indeferimento do pleito, o não atendimento ao preceito estatuído no parágrafo único do artigo 145 do RPAF/99:

“Art. 145. O interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade.

Não ficou claro qual seria o objetivo da diligência, em matéria que diz respeito apenas e tão somente a recolhimento de imposto, a título de Diferencial de Alíquota em aquisições interestaduais de mercadorias para uso e consumo da empresa.

Adentrando na análise do mérito, merece destaque o fato de ter o autuante para o único período remanescente da autuação não abarcado pela decadência, qual seja, o mês de dezembro de 2011, num primeiro momento consignado inexistir débito para o período referido (fl. 719), chegando a elaborar planilha na qual apontado qualquer débito quanto ao Diferencial de Alíquotas, e em outro momento (fl. 753), ter apontado remanescer débito no montante de R\$ 12.374,36.

Em nova intervenção processual (fl. 771), ratifica o último posicionamento adotado, indicando a manutenção do débito para o mês em tela, reiterado em sua última informação de fl. 794.

Resta-nos apenas averiguar a verdade dos fatos.

Em primeiro lugar, não foram contestadas as mercadorias autuadas como material de uso e consumo, o que denota o acolhimento das mesmas em tal situação pela própria empresa.

Das Notas Fiscais elencadas no Documento 28, de fls. 620 a 655, observamos aquisições de luvas, adesivos, fitas de acabamento, juntas, dentre outros, bem como o recolhimento de R\$ 12.765,30, realizado pelo contribuinte, a título de Antecipação Parcial, código de receita 2175, comprovado através do DAE de fl. 658 e comprovante bancário de fl. 657.

As Notas Fiscais elencadas como referentes a tais recolhimentos foram as de número 211, 20.505, 18.289, 18.291, 21.300, 75.312, 28.171, 1.351, 5.139, 1.355, 16.613, 17.183, 19.190 e 28.041.

Constam no demonstrativo elaborado pelo autuante de fls. 36 a 39 as seguintes Notas Fiscais: 211, 20.505, 1.351, 5.139, 16.321, 4.453, 15.781, 1.355, 28.171, 18.289, 190, 61.673, 28.327, 16.613, 17.183, 19.190, 21.300, 28.041, 61.982, 4.545, 64.965, 19.300, 1.435, 4.904, 21.609, 97.753, 16.200, 18.013, 75.312, 75.313, 21.925, 63.406 e 21.836.

As Notas Fiscais 211, 20.505, 1.351, 5.139, 1.355, 18.289, 16.613, 17.183, 19.190, 21.300, 28.041, 75.312, foram arroladas em tal planilha de autuação.

Já as Notas Fiscais 16.321, 4.453, 15.781, 28.171, 190, 61.673, 28.327, 61.982, 4.545, 64.965, 19.300, 1.435, 4.904, 21.609, 97.753, 16.200, 18.013, 21.925, 63.406, 21.836 e 75.313, não tiveram qualquer indicação de ter o recolhimento sido efetuado a qualquer momento, nem como Diferencial de Alíquotas, nem como Antecipação Parcial.

Por sua vez, as Notas Fiscais 18.291 e 28.171 não foram objeto da exação.

Foi oportunizado ao contribuinte requerer a retificação dos DAE para o código correto, do que não se tem notícias nos autos quanto a adoção de tal procedimento, à vista, inclusive, de ter tomado para si o crédito fiscal decorrente de tal recolhimento, conforme indicado pelo autuante, e ainda que tal fato ocorresse, não cobriria todos os documentos fiscais arrolados na autuação, remanescendo débito, ainda que reduzido.

O fato de a Nota Fiscal 17.183 (fl. 636), ter o imposto destacado com alíquota de 18%, não implica em não cobrança do Diferencial de Alíquota, uma vez que o remetente, por ter tributado indevidamente a operação em percentual maior do que o devido (18% ao invés de 7%), pode ter requerido ao Fisco do estado de origem, no caso, São Paulo, a restituição do valor indevidamente cobrado, ou feito ajuste em sua escrituração fiscal, ainda que não se tenha notícia nos autos de tais procedimentos.

Já as Notas Fiscais 97.753 e 97.754 (fls. 647 e 648) que segundo a defesa destacariam a comercialização de produtos sujeitos à Substituição Tributária, com encerramento de tributação, à vista de destaque do ICMS a tal título, não pode ter o argumento de sua exclusão acolhido, à vista da ausência de comprovação de tal recolhimento pelo remetente/vendedor da mercadoria (Frigelar Comércio e Distribuição S. A.), que não se encontra inscrito no estado da Bahia na condição de contribuinte substituto tributário, sequer houve a apresentação de GNRE que comprovasse o recolhimento a favor deste estado do valor retido nas mencionadas Notas Fiscais.

Desta maneira, à ausência de tais elementos probantes, ainda que se louve o esforço e lealdade da defesa, não posso ter outra posição que não a de manter a autuação no valor inicialmente apontado de R\$ 12.374,36, o que torna o lançamento parcialmente procedente, diante da subsistência ora apontada da ocorrência do mês de dezembro de 2011.

Finalmente, quanto à solicitação para que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados (fl. 676), nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado.

Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Nesta hipótese, não cabe a aplicação do CPC, conforme entendido pela defesa.

Com a instituição do domicílio tributário eletrônico (DTE), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei 13.199 de 28/11/2014, a qual que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127–D.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato do processo judicial eletrônico já ser adotado pelo Poder judiciário há algum tempo, sem que se tenha conhecimento de qualquer contestação neste sentido.

Assim, frente a adoção do DTE, as intimações por via postal ou outro meio perderam o sentido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº. **232948.0011/17-4**, lavrado contra **ARTEMP ENGENHARIA LTDA.**, devendo ser intimado o contribuinte a recolher ICMS no valor de **R\$ 12.374,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei 7.014/96, bem como os 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 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala de Sessões Virtual do CONSEF, 25 de abril de 2023.

PAULO DANILO REIS LOPES - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR