

**A. I. Nº** - 110085.0021/20-2  
**AUTUADO** - COR E EMOÇÃO COMERCIAL DE TINTAS LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ ARNALDO BRITO MOITINHO  
**ORIGEM** - DAT METRO / INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET - 08.08.2023

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº 0114-05/23-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTADAS TIDAS COMO NÃO TRIBUTADAS, ESCRITURADAS REGULARMENTE. O sujeito passivo não comprovou quais fatos geradores especificamente estavam dentro do regime jurídico da Substituição Tributária, tratadas nas saídas sob o CFOP 5405. A contestação empresarial ficou apenas no campo genérico, sem justificativas plausíveis para o enquadramento no Anexo 1 do RICMS-BA. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS (DIFAL). AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA CONSUMO. Irregularidade não contestada. Verificado o acerto da cobrança. Prejudicial de decadência acolhida afeta parcialmente o crédito tributário. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Assenta-se o presente relatório nas premissas do inciso II, do art. 164 do RPAF-BA.

O Auto de Infração em tela, lavrado em 28/12/2020, tem o total histórico de R\$ 43.134,03 e as seguintes descrições:

**Infração 01 – 02.01.03** – Falta de pagamento de ICMS, em face do contribuinte ter praticado operações tributadas como não tributadas, em saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Cifra de R\$ 42.821,24.

Fatos geradores de janeiro de 2015 a dezembro de 2016.

**Infração 02 – 06.02.01** – Falta de pagamento de ICMS decorrente da diferença de alíquota (DIFAL), em face de aquisições interestaduais de mercadorias para consumo. Cifra de R\$ 312,79.

Fatos geradores de maio de 2016.

Juntados, entre outros subsídios, intimação para apresentação de livros e documentos, demonstrativos sintéticos das supostas irregularidades, relação de DAES atinentes a 2015, 2016 e 2017, além de CD contendo arquivos eletrônicos e recibo respectivo passado pelo contribuinte (fls. 06/20).

Pontos defensivos (fls. 23/46) explorados pelo autuado:

**Questões preliminares:**

a) Nulidade da autuação por cerceio à defesa, pelo fato de ter recebido um CD vazio, sem conter as planilhas explicativas das infrações. Apesar de ter alertado a fiscalização da falha, corrigida posteriormente, não contou com a devolução do prazo para impugnação. O reconhecimento da nulidade proporciona a chance de ser formulada a denúncia espontânea, ou, no mínimo, pagar o crédito tributário com as reduções das penalidades. Citadas referências doutrinárias e jurisprudenciais.

b) Para o período entre janeiro e novembro de 2015, aplicação da decadência, com base no art. 150, § 4º do CTN, eis que tomou ciência do auto de infração em dezembro de 2020, afastando-se o art. 965 do RICMS-BA, conforme entendimento da Procuradoria Geral do Estado (PGE). Citadas referências doutrinárias e jurisprudenciais.

Juntados documentos, inclusive em meio digital (fls. 47/63).

Em suas informações fiscais (fls. 65/66), o autuante sustenta que:

- (i) De fato o CD, num primeiro momento, foi entregue sem arquivos, problema logo sanado. Daí ser necessária a reabertura do prazo de defesa. Mas não será por isso que o sujeito passivo poderá formalizar denúncia espontânea, posto que se encontrava sob ação fiscal. Por outro lado, as reduções de multas estão previstas em lei.
- (ii) Inexiste a decadência do direito do Estado constituir o crédito tributário, já que isso só ocorreria se o contribuinte tomasse ciência da autuação em 2021.
- (iii) O ponto central da discussão – operações tributadas como não tributadas – não teve abordagem empresarial.

A 5ª JfF resolve devolver o prazo de sessenta dias para o autuado apresentar a sua defesa (fls. 70/71).

Em resposta (fls. 77/97), o autuado considera superada a nulidade, em face de não ter recebido os arquivos eletrônicos, mas mantém a sua posição do período de janeiro a novembro de 2015 ter decaído. Também ressalta no mérito que, dentro do demonstrativo fiscal, há operações sujeitas à Substituição Tributária (ST), CFOPs 5405 e 5409, não sendo o caso de haver mais cobrança de imposto neste caso.

Razões reiterativas da fiscalização (fls. 104/105).

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.

Passo, então, a compartilhar o meu voto.

## VOTO

### Primeiro, as questões preliminares.

Verifica-se às fls. 20 dos autos ter o fisco saneado a pendência que obstava o livre exercício do direito de defesa e do contraditório, em virtude de o contribuinte ter recebido a mídia digital contendo os arquivos eletrônicos que lastrearam a autuação. Por outro lado, em sede de diligência, o prazo para contestação foi devolvido, conforme se vê às fls. 74 e 75, oportunidade em que nova impugnação foi protocolada. O **pedido de nulidade não subsiste**.

Sendo assim, o Auto de Infração está de acordo com os requisitos de lei.

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 - constitucionais e infraconstitucionais - aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Indeferido qualquer pedido de realização de diligência. Já há nos fólios processuais os elementos probatórios suficientes para elucidar a questão; acaso houvesse algo diferente nos documentos fiscais, de posse da impugnante, isto já teria sido demonstrado.

### Agora, a prejudicial de mérito.

As infrações tratam de falta de pagamento de ICMS pela circunstância do contribuinte ter considerado operações de saídas tributadas como não tributadas e falta de pagamento da DIFAL em aquisições interestaduais de mercadorias para consumo.

A ciência do auto de infração ocorreu em 30.12.2020. A relação de DAes aposta à fl. 11 aponta que em 2015 o sujeito passivo recolheu o imposto sob a rubrica 0759 – ICMS Regime Normal Comércio. Desde a ocorrência do fato gerador o Estado deveria saber que a impugnante cometera a infração, mas não deixando de pagar o tributo e sim efetuando o recolhimento a menor. Neste

prisma, segundo entendimento da PGE, externado no Incidente de Uniformização (nº 2016.175855-0) é de se aplicar o marco temporal previsto no art. 150, § 4º do CTN.

Portanto, os fatos geradores ocorridos de janeiro a novembro de 2015 foram tragados pela decadência.

### **Prejudicial acolhida.**

Por último, no que tange ao lapso livre dos efeitos decadenciais, **o mérito propriamente dito.**

A alegação empresarial de mérito restringe-se a sustentar que o fisco incluiu na cobrança operações submetidas à substituição tributária, saídas de mercadorias com a rubrica 5405 e 5409.

A discussão é exatamente esta. O autuado deu saída de mercadorias sem tributar porque entendeu que já estavam submetidas pela ST. O autuante discordou deste posicionamento, considerando-as como tributadas normalmente.

Ao compulsar os levantamentos do autuante, vimos em primeiro lugar que não há neles operações sob o CFOP 5409, transferências de mercadorias substituídas. Já as saídas com o código fiscal 5405, tratadas pela impugnante como vendas regidas pela ST, não tiveram as devidas justificativas de enquadramento material e temporal que pudessem qualifica-las sob este regime jurídico. A empresa limitou-se a apontar **genericamente** as mercadorias enquadradas nas CFOPs 5405 e 5409, sem explicar em qual hipótese do Anexo 1 do RICMS cada uma delas estaria. É o contribuinte quem lida com o tipo de mercadoria que comercializa, mas isto não o autoriza a dar o tratamento tributário que bem entender. Uma vez alcançado pelo fisco, deveria a impugnante apresentar os argumentos de convencimento para classificação delas na tributação antecipada e, mais ainda, prova do seu recolhimento. E isto ela não fez.

Infração 01 procedente em parte, em face da decadência, e Infração 02 totalmente procedente.

O demonstrativo de débito a ser adotado para a Infração 01 será aquele consignado no corpo do auto de infração, mas só a partir de dezembro de 2015, pois os meses anteriores estão fulminados pela decadência.

Logo, o valor total remanescente é de R\$ 10.942,68 para a Infração 01 e R\$ 312,79 para a Infração 02.

**Auto de infração julgado PROCEDENTE EM PARTE, no total de R\$ 11.255,47.**

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110085.0021/20-2**, lavrado contra **COR E EMOÇÃO COMERCIAL DE TINTAS LTDA.**, devendo a autuada ser intimada, para pagar o imposto no valor de **R\$ 11.255,47**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de julho de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR