

A. I. Nº - 206973.0026/22-0
AUTUADO - INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA.
AUTUANTES - IVANA MARIA MELO BARBOSA e CRIZANTO JOSÉ BICALHO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10.10.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0172-05/23-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA BASE DE CÁLCULO ADOTADA. IRRETROATIVIDADE E PRODUÇÃO DE EFEITOS JURÍDICOS DE INSTRUÇÕES NORMATIVAS. Dois intervalos de tempo são muito nítidos na infração em foco: aquele compreendido entre março e julho de 2018 envolve a discussão da IN 04/18, cuja publicação não fez retroagir os efeitos de diminuição dos valores das bases imponíveis estabelecidas, de sorte que não pode prevalecer o argumento empresarial. Já aquele compreendido em fevereiro, maio e outubro de 2021 envolve a discussão da IN 02/21 só passar a produzir efeitos jurídicos cinco dias após a sua publicação, ou seja, 20.5.2021, de sorte que deve prevalecer o argumento da defesa; retirado da cobrança o período anterior a esta data, dentro do mês de maio. Preliminar afastada. 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 20/9/2022, tem o total histórico de **R\$ 715.491,12**, afora acréscimos, e com outras palavras tem a seguinte descrição:

Infração 01 – 007.002.002 – reteve e recolheu a menor ICMS, na qualidade de sujeito passivo, devido dentro do regime da Substituição Tributária (ST), incidente antecipadamente nas vendas internas subsequentes destinadas à comercialização.

As alterações da pauta fiscal constantes da I.N. 04/2009 não foram observadas imediatamente pelo contribuinte, gerando diferenças de imposto a recolher.

Datas dos fatos geradores e enquadramento legal apontados no corpo do lançamento de ofício.

Juntados, entre outros subsídios, termo de início de fiscalização, demonstrativos analíticos e sintéticos da irregularidade e CD contendo arquivos eletrônicos (fls. 04/12).

Pontos defensivos (fls. 17/25) explorados pelo autuado:

Questões preliminares:

Preterição do direito de defesa porquanto no referente aos meses de maio e outubro de 2021 não foram disponibilizados os demonstrativos detalhados da infração, de modo que solicita a reabertura de prazo para novo pronunciamento.

Questões de mérito:

(I) No que toca a março a julho de 2018, os preços a serem praticados pelo substituto tributário para cálculo do ICMS-ST na operação com refrigerantes estavam previstos na IN 01/2018. Acontece que as bases de cálculo reajustadas escaparam para além de 20% da realidade, fixadas na média das pautas fiscais praticadas no Nordeste, além do defendente não ter participado das tratativas

para estabelecimento dos novos valores. Diante dessa inconsistência, postulou e obteve uma alteração nos referidos valores, sendo publicada logo a seguir a IN 04/2018. Apresenta quadro comparativo à fl. 20 dos preços estimados inicialmente e dos retificados.

(II) Abre um segundo tópico discorrendo longamente sobre o princípio da busca da verdade material, citando textos de tributaristas, ao tempo em que reivindica a observância destes postulados por parte dos julgadores administrativos.

(III) Pede ao final que a impugnação suspenda a exigibilidade do crédito tributário, a disponibilização dos arquivos explicativos da infração atinentes aos meses de maio e outubro de 2021, com reabertura do prazo defensivo, efetivação de diligência e/ou perícia para apurar as quantias corretas de imposto.

Juntados instrumento de mandato, parecer fazendário e texto das IN 01/18 e 04/18. (fls. 26/43).

Em suas informações fiscais (fls. 46/53), os autuantes: (i) admitem que de fato, na intimação enviada via DTe para ciência da lavratura da autuação, deixaram de anexar os demonstrativos respeitantes a 2021, mas corrigiram a omissão fazendo chegar ao contribuinte também via DTe, ciência em 15/12/2022, os demonstrativos correspondentes, ao tempo em que as planilhas analíticas foram produzidas e apensadas nos formatos *pdf* e *excel*, dado o elevado número de páginas (2379) e o tamanho pequeno dos caracteres; (ii) garantem ser inaplicável no PAF a pauta prevista na IN 01/18, até porque este diploma normativo não foi o apontado na autuação, que foi a IN 04/09; (iii) sustentam que até a publicação da IN 04/18 – que reduziu valores de pauta – o contribuinte sujeitava-se aos comandos da IN 01/18.

Juntados documentos (fls. 54/59).

Em 01/3/2023, a título de emenda à impugnação (fls. 62/70), o sujeito passivo, além de reiterar o arrazoadado anterior, acrescenta que entre 14 e 19/5/2021, são inaplicáveis os comandos da IN 02/21, posto que, publicada em 15/5/2021, passou a produzir efeitos a partir de 20/5/2021 (cinco dias depois).

Processo vem a julgamento e este Colegiado, sob outra relatoria, decide convertê-lo em diligência (fl. 80) no intuito de ser reaberto o prazo de defesa para manifestação do informativo fiscal e documentos a ele apensados, inclusive os demonstrativos analíticos.

Adotadas as providências, autuantes e autuado repetem os argumentos anteriormente manejados (fls. 90/99 e 104).

Processo redistribuído para esta relatoria (fl. 106).

Após as diligências efetivadas, 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 adicional, inclusive diligência ou perícia.

Apresentados memoriais e registro a presença na sessão de 15/9/2023 da Dra. Liliane Freire Araújo Evaristo Barbosa. OAB/CE 25.467.

Passo, então, a compartilhar o meu voto.

VOTO

Há uma questão preliminar levantada na impugnação que se encontra superada, haja vista os atos processuais praticados ulteriormente.

Com razão, a empresa alegou cerceio do seu direito de defesa em decorrência de não ter recebido os demonstrativos analíticos dos fatos geradores alusivos aos meses de maio e outubro de 2021.

Efetivamente, os autuantes admitiram o lapso e trataram imediatamente de fazerem chegar ao conhecimento do sujeito passivo as planilhas faltantes. Não bastasse isso, a antiga relatoria - com

a concordância do Colegiado – converteu o processo em diligência com o fito de dar ciência ao contribuinte do informativo fiscal e da documentação nele apensada, reabrindo-se o prazo de defesa de sessenta dias.

Após as medidas processuais adotadas, o contribuinte pode se manifestar a respeito dos demonstrativos fiscais atinentes a 2021, conforme se vê na peça processual renovatória da defesa, fl. 94, de sorte que não há mais que se falar em cerceamento do direito de defesa.

Preliminar superada.

Resta **prejudicado** o pleito de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em face da impugnação. Constitui consequência jurídica da suspensão da exigência do tributo a inconformação administrativa do contribuinte. Isto se extrai diretamente do art. 151, III do CTN, de modo que nada há que se apreciar a este respeito.

Dito isto, 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 elucidarem a questão, sobretudo após o cumprimento das diligências solicitadas por este Colegiado.

A exigência atine a ICMS retido a menor em operações sujeitas à Substituição Tributária (ST), em face das operações subsequentes destinadas à revenda, cujas bases de cálculo são extraídas de pautas fiscais publicadas periodicamente pelo Estado.

Há dois períodos bem delineados alcançados pela autuação: um primeiro que vai de março a julho de 2018 e um segundo que envolve fevereiro, maio e outubro de 2021.

Quanto a este último intervalo de tempo, o argumento empresarial foi no sentido de que a IN 02/21 foi veiculada em 15/5/2021, com produção de efeitos jurídicos cinco dias após a sua publicação, isto é, a partir de 20/5/2021, de sorte que improcede a cobrança para os dias 14, 15, 16, 17, 18 e 19/5/2021. De fato, os autuantes incluíram estes seis dias na planilha dos débitos e a mudança de pauta só passou a valer juridicamente em 20/5/2021.

Retirando-se da cobrança este intervalo temporal, remanescem procedentes em 2021 as quantias abaixo de ICMS-ST, por mês:

Mês	Valor histórico
------------	------------------------

Fev/21	33,16
--------	-------

Mai/21	0,00
--------	------

Out/21	386,57
--------	--------

Quanto ao primeiro intervalo de tempo, a tese empresarial foi no eixo de sustentar que não participou da atualização das pautas fiscais e que os valores estabelecidos na IN 01/2018 estavam acima da realidade, entre 20% e 30%. Os memoriais trazidos pela empresa tabelam esta distorção. Tanto é – continua a defendente – que, depois de sua intervenção junto às autoridades fazendárias, foi publicada a IN 04/2018, diminuindo os valores das pautas fiscais dos refrigerantes comercializados pela impugnante.

Consultando-se o teor da IN 04/18, junto à fl. 42, verifica-se que referido veículo normativo saiu no DOE em 05/7/2018, com validade cinco dias após a sua publicação, **sem efeitos retroativos para afetar os valores constantes da IN 01/18, fls. 38 a 41.**

A autuação cobriu exatamente esse período, isto é, março a julho de 2018. A empresa continuou recolhendo o imposto com base na pauta anterior à publicada através da IN 01/18.

Com razão a fiscalização. Não há como fazer retornar os efeitos de uma norma se inexiste no texto da Instrução Normativa determinação nesse sentido. Haveria outros meios para o contribuinte, desejoso em não pagar o tributo na medida estabelecida, evitar que autuação posterior fosse efetuada.

Argumento empresarial improcedente.

Auto de infração julgado PROCEDENTE EM PARTE, no total histórico de imposto de R\$ 710.786,96, devendo ser adotados para fins de liquidação os demonstrativos de débito do auto de infração, retirando-se apenas desse cômputo o mês de maio de 2021.

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 **206973.0026/22-0**, lavrado contra **INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA.**, devendo ser intimada a autuada para pagar o imposto no valor de **R\$ 710.786,96**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR