

A. I. Nº - 028924.0076/10-3
AUTUADO - M.C. DE ANDRADE APARELHOS DOMÉSTICOS
AUTUANTE - ANTÔNIO FERNANDO DA CUNHA VEIGA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 09.05.2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0085-01/12

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. É devido o pagamento da antecipação parcial do ICMS, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, não enquadradas na substituição tributária, independentemente do regime de apuração adotado. Mediante diligência, foram refeitos os cálculos do imposto devido. Retificado, de ofício, o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração para a prevista à época da ocorrência dos fatos (art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96). Afastadas a preliminar de nulidade e a arguição de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2010, exige ICMS no valor de R\$47.070,40, acrescido da multa de 50%, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 1- Recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$24.632,36, na condição de microempresa e empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de fevereiro a junho e agosto a dezembro de 2005 e janeiro a julho de 2006.

Infração 2 - Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$22.438,04, na condição de microempresa e empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de julho de 2005 e agosto a dezembro de 2006.

O autuado apresenta defesa (fls. 174 a 189) e, inicialmente, explica que o presente Auto de Infração é oriundo da renovação da ação fiscal atinente ao Auto de Infração nº 028924.0015/08-2, julgado nulo por meio do Acórdão JJF Nº 0172-05/08, decisão que foi mantida pela 1ª CJF.

Preliminarmente, suscita a nulidade do lançamento, sob o argumento de que o Auto de Infração não preenche os requisitos formais previstos nos artigos 26 e 28 do RPAF/99. Após transcrever o disposto nos artigos 18, II e IV, 24, I, II e III, 28, IV, e 29, I e II, do RPAF/99, assevera que o Auto de Infração é nulo, pois contém o mesmo vício que acarretou a nulidade do Auto de Infração nº 028924.0015/08-2, ou seja, a falta do competente termo de início de fiscalização e ou de arrecadação de documentos fiscais para demonstrar a materialidade da infração. Ressalta que não recebeu qualquer intimação para apresentar os documentos necessários à fiscalização do estabelecimento, não sendo válidas as intimações constantes nos autos. Diz que, a teor do disposto no art. 26 do RPAF/99, considera-se iniciado o procedimento fiscal com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização ou com a Intimação para apresentação de livros e documentos fiscais. Faz alusão ao disposto no art. 28 do RPAF/99 e, em seguida, diz que para a demonstração da infração era imprescindível a efetivação do Termo de Arrecadação da documentação fiscal, que constituiria prova material da infração. Destaca que é impossível demonstrar a materialidade da infração sem a intimação para

apresentação de documentos fiscais e sem o Termo de Arrecadação de tais documentos, conforme preconizado no § 1º do artigo 940 do RICMS-BA. Frisa que, como não houve intimação válida, não teve a oportunidade de apresentar os documentos solicitados, o que caracteriza cerceamento do direito de defesa.

Argui a nulidade da Infração 2, sob o argumento de que não foram preenchidos requisitos formais previstos no art. 39, do RPAF/99, cujo teor transcreveu. Afirma que o demonstrativo elaborado pelo autuante não aponta o valor do ICMS recolhido antecipadamente a menos, cerceando, assim, o seu direito de defesa. Destaca que o demonstrativo elaborado pelo autuante não discrimina separadamente o valor devido, o valor recolhido a menos e a diferença cobrada. Conclui essa preliminar afirmando que o autuante *“não respeitou os preceitos procedimentais inerentes à sua atividade, não preenchendo, assim, as formalidades necessárias à validade da autuação, o que autoriza a decretação de nulidade da infração 01 nos termos do art. 18, II e IV do RPAF, uma vez que acarretou no cerceamento ao amplo direito de defesa da Autuada, em virtude de que não se identificou, com precisão, a infração cometida”*.

No mérito, afirma que, por ser uma microempresa, fazia jus ao benefício de redução de 50% do ICMS devido por antecipação parcial, nos termos do art. 352-A, § 4º, do RICMS-BA, cujo teor reproduziu. Diz que as mercadorias listadas na autuação foram adquiridas diretamente de estabelecimentos industriais, especialmente a Hoken International Company Ltda., CNPJ 02.174.059/0001-21, Aviva Indústria e Comércio de Aparelhos para Tratamento de Água Ltda., CNPJ 05.448.663/0001-97, Indústria de Repuxação Três Estrelas Ltda., CNPJ 45.640.885/0001-21, e BIG LU Comércio e Indústria de Metais Sanitários Ltda., CNPJ 01.803.282/0001-28. Aduz que, refeitos os cálculos considerando esse benefício, não haverá imposto a recolher.

Assevera que devem ser excluídas da autuação as operações referentes a aquisições de bens para o seu ativo imobilizado, em especial, móveis de escritório (Nota Fiscal nº 84623, emitida pela Mareli Móveis para Escritório Ltda.), veículo (Nota Fiscal nº 296102, emitida pela Fiat Automóveis S/A) e brindes para distribuição gratuita entre seus clientes (Notas Fiscais nºs 587, 2195 e 3140, emitidas pela Seven Brindes Comércio e Embalagens de Balas Ltda. e Sertha Comércio e Brindes Ltda.). Diz que inexistente a obrigação de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial sobre tais operações.

Salienta que está sendo ilegalmente cobrado o ICMS total devido na operação, uma vez que o imposto já fora recolhido segundo o regime do SIMBAHIA. À fl. 182, apresenta demonstrativos com os valores recolhidos a título de antecipação tributária parcial, relativamente aos exercícios de 2005 e 2006. Às fls. 201 a 220, acosta ao processo DAEs referentes a pagamento de ICMS devido por antecipação parcial.

Discorre sobre obrigação tributária principal e antecipação parcial, bem como frisa que é uma empresa de reputação ilibada, que agiu com boa-fé e que não houve dolo, fraude ou simulação. Destaca que essas circunstâncias ficam claras quando se observa que o ICMS foi recolhido e que as razões para não atendimento da obrigação de antecipação parcial se encontram amparadas em fundamento plausível.

Sustenta que as multas indicadas nas Infrações 1 e 2 merecem ser reduzidas ou canceladas, pois essas penas lhe oneram de forma absurda. Cita doutrina e dispositivos do Código Tributário Nacional e do Código Tributário do Estado da Bahia, para embasar seus argumentos. Ressalta que, nos termos do art. 42, §§ 7º e 8º, da Lei nº 7.014/96, é facultado ao CONSEF a dispensa ou redução de multa por descumprimento de obrigação acessória, conforme decisões que cita.

Assinala que os valores cobrados relativamente aos meses de janeiro a novembro de 2005 estão acobertados pela homologação tácita, já que abrangido pelo prazo decadencial de cinco anos. Diz que o Auto de Infração em epígrafe foi lavrado para correção de lançamento anteriormente realizado, sob o mesmo fato gerador, que tinha sido julgado nulo por este CONSEF. Aduz que o lançamento anulado por vício formal (adjetivo) goza da prerrogativa da restituição integral do

prazo de decadência, não aproveitando os casos de vício material (substantivo). Assevera que a anulação do lançamento anteriormente efetuado se deu em razão de ausência de Termo necessário a configurar a materialidade da infração e, portanto, o prazo decadencial não se restabeleceu, em razão do não enquadramento da situação em causa de nulidade formal. Enfatiza que, por se tratar de matéria que não se enquadra na hipótese de exceção prevista no inc. II do art. 173 do CTN, em que o prazo decadencial começaria novamente a fluir após a decisão que anulou o lançamento anterior, deve ser reconhecida a homologação tácita em relação às exigências dos meses de janeiro a novembro de 2005, em virtude do transcurso do prazo decadencial entre a data dos pagamentos a menos até a notificação do presente Auto de Infração.

Ao finalizar sua peça defensiva, o autuado solicita que o Auto de Infração seja declarado nulo ou, caso ultrapassadas as preliminares, venha a ser julgado improcedente ou procedente em parte, com a redução das multas.

Na informação fiscal, fls. 227 e 227V, o autuante afirma que: *A Empresa foi intimada oficialmente para apresentação dos documentos fiscais e não compareceu (fls. 7). Foi feito via A.R. (fls. 8) o envio da intimação e novamente não foi localizada. No dia 24 de agosto de 2010 foi feito Edital de Convocação (fls. 9), e não logramos êxito.*

Frisa que, à fl. 1 do Auto de Infração, constam a identificação, endereço e a qualificação do autuado, bem como o dia, hora e local da autuação, conforme previsto no art. 39 do RPAF/99.

Aduz que, conforme as planilhas de fls. 10 a 30, os valores recolhidos pelo autuado entraram como crédito na apuração do imposto devido.

Afirma que os tributos devidos relativamente a fatos geradores ocorridos no exercício de 2005, segundo o RPAF, prescrevem no dia 31 de dezembro de 2010. Diz que, como o Auto de Infração foi lavrado em 30 de setembro de 2010, não há como prosperar o argumento defensivo de que já havia transcorrido o prazo decadencial.

Discorda do entendimento da defesa, segundo o qual as mil garrafas sopradas, adquiridas da Sertha Comércio de Brindes Ltda. e os mil chaveiros, adquiridos da Seven Brindes Comércio e Embalagens Ltda., ambas localizadas no Estado de São Paulo, estariam isentas de tributação. Diz que não há amparo legal para esse entendimento do autuado. Acata o pleito defensivo atinente ao automóvel FIAT, uma vez que o referido veículo já foi tributado.

Afirma que o autuado estava inscrito como microempresa no período de janeiro de 2005 a 31 de março de 2006, quando passou à condição de empresa de pequeno porte. Diz que o autuado tem direito à redução de 50% do valor do imposto a recolher nesse período, ao teor do disposto no art. 352-A do RICMS-BA. Menciona que os cálculos serão refeitos e corrigidos no período de direito, nas aquisições interestaduais efetuadas em indústrias.

Às fls. 228 a 229, o autuante acostou ao processo um novo demonstrativo de débito, no valor total de R\$ 37.885,79. Desse novo demonstrativo, depreende-se que os valores originalmente exigidos na Infração 1 foram reduzidos em 50%; ao passo que na Infração 2, do valor lançado no mês de ocorrência de agosto de 2006, foi excluído o débito referente à aquisição do veículo FIAT referente à Nota Fiscal nº 296102 (fl. 164).

Ao concluir a informação fiscal, o autuante acata parcialmente a argumentação da defesa, diz que serão excluídos da autuação os valores indevidos e que a parte remanescente deverá ser cobrada com as correções e multas previstas.

Notificado acerca do resultado da informação fiscal (fls. 231 e 232), o autuado voltou a se pronunciar nos autos (fls. 234 a 238). Afirma que o auditor fiscal, ao rebater as preliminares de nulidade, deixa evidente que não teve uma correta compreensão da matéria. Frisa que o autuante não lavrou o Termo de Início de Fiscalização e nem Intimação para apresentação de livros e documentos. Aduz que possui endereço certo e que não recebeu intimação para apresentar os documentos necessários para a fiscalização e, portanto, as intimações constantes nos autos não são

válidas. Menciona que o autuante não se pronunciou acerca do Termo de Arrecadação de livros e documentos. Conclui que, assim, continuam presentes nos autos os vícios apontados no Auto de Infração anterior, o qual foi julgado nulo pelo CONSEF.

Destaca que não suscitou nulidade do Auto de Infração por ausência de identificação, de endereço e de qualificação do autuante, bem como de dia e hora da autuação.

Quanto a segunda preliminar de nulidade, afirma que o vício apontado permanece, uma vez que o demonstrativo não indica o valor do ICMS recolhido antecipadamente a menos, o que diz ter cerceado o seu direito de defesa.

No mérito, diz que o novo demonstrativo de débito continua equivocado, haja vista que todas as mercadorias foram adquiridas diretamente de estabelecimentos industriais, especialmente a Hoken International Company Ltda., a Aviva Indústria e Comércio de Aparelhos para Tratamento de Água Ltda., a Indústria de Repuxação Três Estrelas Ltda. e a BIG LU Comércio e Indústria de Metais Sanitários Ltda., fazendo jus ao benefício da redução de 50% do ICMS devido por antecipação parcial, nos termos do art. 352-A, § 4º, vigente à época.

Assinala que além do débito referente à aquisição do veículo consignado na Nota Fiscal nº 296102, também devem ser excluídos os valores atinentes aos móveis de escritório (Nota Fiscal nº 84623), bem como aos brindes para distribuição gratuita entre seus clientes (Notas Fiscais nºs 587, 2195 e 3140). Frisa que tais produtos foram adquiridos em qualquer finalidade comercial e, equivocadamente, foram incluídos na autuação.

Quanto à decadência arguida na defesa, diz que a tese do autuante não merece prosperar, tendo em vista que no lançamento por homologação a contagem do prazo decadencial se faz nos termos do art. 173, I, do CTN. Reitera que os pagamentos tidos como efetuados a menos nos meses de janeiro a novembro de 2005 já estão alcançados pela homologação tácita. Aduz que a anulação do Auto de Infração anterior decorreu da ausência de Termo necessário à configuração da infração, ou seja, por erro em sua estrutura material e, portanto, o prazo decadencial não se restabeleceu.

Ao finalizar, reitera os termos da defesa, solicita que o Auto de Infração seja declarado nulo ou, no mérito, improcedente ou procedente em parte e que as multas sejam reduzidas.

Instado a se pronunciar, o autuante, à fl. 241, repete os argumentos já trazidos na informação fiscal, bem como diz que a nova ação fiscal foi realizada por recomendação do CONSEF (fl. 224).

O processo foi convertido em diligência à ASTEC do CONSEF, para que fosse refeita a apuração do imposto devido nas Infrações 1 e 2, em relação ao período de janeiro de 2005 a março de 2006, deduzindo o percentual de 50% do imposto devido, relativamente às aquisições realizadas diretamente em estabelecimentos industriais, cujos produtos tenham sido por eles fabricados.

A diligência foi cumprida, conforme o Parecer ASTEC Nº 131/2011 (fls. 246 e 247).

Informa a diligenciadora que a apuração do imposto devido nas Infrações 1 e 2 foi refeita, considerando como industrializados todos os produtos referentes às notas fiscais com Código Fiscal de Operação e Prestação (CFOP) 6101 – vendas de produção do estabelecimento. Diz que não foram computados como industrializados pelos remetentes os produtos discriminados em notas fiscais com CFOP 6102 – vendas de mercadorias adquiridas de terceiros –, exceto quanto às notas fiscais cujo imposto já tinha sido calculado pelo autuante com a redução de 50%.

Aduz que as notas fiscais com CFOP 6916 (retorno de mercadoria ou bem recebido para conserto ou reparo) foram excluídas da autuação.

Assevera que alguns CFOPs não foram identificados, tendo em vista que as cópias das notas fiscais não estão anexadas ao processo, permanecendo os valores apurados pelo autuante.

Ao concluir, a diligenciadora afirma que, após análise e confronto das notas fiscais com os demonstrativos do autuante anexados ao processo, foram feitas as devidas correções na apuração

do imposto devido nas Infrações 1 e 2, conforme os demonstrativos de fls. 248 e 249, tendo apurado os débitos remanescentes de R\$ 16.518,03 (Infração 1) e R\$ 16.193,30 (Infração 2).

Ao se pronunciar sobre o resultado da diligência, fls. 254 a 259, o autuado assevera que, nas operações em que as notas fiscais se referiam aos CFOPs 6101 e 6102, equivocadamente, foi excluído o benefício da redução de 50% do imposto devido. Frisa que nessas notas fiscais existem produtos adquiridos diretamente de estabelecimentos industriais e por eles fabricados, o que pode ser verificado mediante a incidência ou não do IPI. Sustenta que, nesses casos, a redução de 50% do ICMS deve ser aplicada sobre os produtos que se enquadram como fabricados pelos estabelecimentos industriais fornecedores, ou seja, os que a nota fiscal aponta incidência de IPI.

Salienta que os fornecedores deveriam ter emitido em separado as notas fiscais cujas operações se enquadram no CFOP 6101, daquelas que em o CFOP fosse 6102. Afirma que, como os fornecedores assim não procederam, cabe ao fisco discriminar cada uma dessas operações, como forma de dar o correto tratamento tributário. Apresenta uma planilha com as notas fiscais que se enquadram nessa situação, discriminando os valores das operações que fazem jus à redução de 50% daqueles que não o fazem.

Diz que a Nota Fiscal 1000594 (fl. 88) possui o valor total de R\$ 1.321,70, e não de R\$ 537,37, como consta na planilha do mês de maio de 2005.

Frisa que a Nota Fiscal nº 100090 (fl. 89) possui o valor total de R\$ 383,12, e não de R\$ 1.321,70, como consta na planilha do mês de maio de 2005, bem como o CFOP é 601, que faria jus ao benefício da redução de 50% do valor do ICMS devido.

Suscita a nulidade do lançamento em relação à cobrança referente a notas fiscais que não constam no processo, pois nesses casos não há prova material da ocorrência do fato gerador. Aduz que a existência da nota fiscal, além de ser necessária para comprovar a ocorrência do fato gerador, é fundamental para se constatar se o produto foi ou não adquirido de estabelecimento fabricante. Pede que sejam excluídos da autuação os valores referentes a aquisições cujas notas fiscais não estejam anexadas ao processo, a exemplo das de nºs 97758, 97759, 99808-cf, 91858, etc.

Ressalta que a diligenciadora deveria excluir da autuação, além do débito atinente à Nota Fiscal nº 296102, emitida pela FIAT Automóveis S.A., os débitos decorrentes de aquisições de móveis de escritórios (Nota Fiscal nº 84623) e os débitos atinentes a brindes (Notas Fiscais nºs 587, 2195 e 3140). Frisa que esses produtos foram adquiridos sem qualquer finalidade comercial.

Menciona que a tese defendida pelo autuante na informação fiscal quanto à prescrição (*sic*) dos tributos devidos no exercício de 2005 não merece prosperar. Diz que, nos lançamentos por homologação, o prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício em que o imposto deveria ter sido lançado, quando não se tem como vislumbrar a data da ocorrência do fato gerador (art. 173, I, do CTN) e da data do respectivo fato gerador quando se puder determiná-la (art. 150, §4º, do CTN). Sustenta que, em relação ao ICMS cobrado a título de pagamento a menos nos meses de janeiro a novembro de 2005, tais valores estão acobertados pela homologação tácita, já que transcorrido o prazo decadencial de cinco anos entre a data do pagamento e a do presente Auto de Infração. Observa que o lançamento anulado por vício formal goza da prerrogativa da restituição integral do prazo de decadência, não aproveitando os casos de vícios materiais. Conclui que, como a anulação do Auto de Infração anterior se deu por ausência de Termo necessário para configurar a materialidade da infração, o prazo decadencial não se restabeleceu, em razão do não enquadramento da situação em causa de nulidade formal.

Reitera todos os termos da defesa inicial e solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo, ou que no mérito seja reconhecido o seu direito à redução de 50% do valor do ICMS devido, nos termos do art. 352-A, §4º, vigente à época dos fatos, sendo refeito o demonstrativo de débito. Pugna pela redução da multa.

Ao se pronunciar sobre o resultado da diligência, o autuante afirma que: a redução de 50% já foi aplicada; os produtos enquadrados como retorno de mercadoria para conserto ou reparo já foram excluídos da autuação; as correções realizadas na apuração do débito já foram efetuadas nas planilhas de fls. 247, 248 e 249; já ficou demonstrado que o prazo para a lavratura do Auto de Infração só prescreveria em 31/12/2010.

Ao finalizar seu pronunciamento, o autuante afirma ser “de parecer que após acatadas as correções de direito, e corrigidos os valores cobrados a maior, seja feita a cobrança do débito apurado com as correções de praxe.”

Após apreciação em pauta suplementar, a 1ª JJF decidiu converter o processo em nova diligência à ASTEC do CONSEF, para o atendimento das seguintes solicitações: a) que sejam excluídos da autuação os débitos referentes às notas fiscais que não estão acostadas ao processo; b) que sejam efetuadas as devidas correções referentes às Notas Fiscais nºs 100594 e 100090; c) que seja refeita a apuração do valor devido nas Infrações 1 e 2, considerando a dedução de 50% relativamente às aquisições efetuadas diretamente a estabelecimentos industriais, cujos produtos tenham sido por eles fabricados.

A diligência foi atendida conforme o Parecer ASTEC Nº 15/2012, acostado às fls. 271 e 272. Nesse parecer, a auditora fiscal da ASTEC afirma que “foi refeita a apuração do imposto devido nas infrações 1 e 2, com a redução de 50% do ICMS dos produtos industrializados conforme CFOP 6101 indicados nas notas fiscais, foram excluídos os valores referentes às Notas Fiscais que não estão acostadas ao processo e efetuadas as correções referentes às Notas Fiscais nºs 100594 e 100090, conforme demonstrativos às fls. 273/274.”

Diz que após os ajustes os débitos referentes às Infrações 1 e 2 passaram para, respectivamente, R\$ 8.967,26 e R\$ 6.145,31, conforme o demonstrativo de débito à fl. 272.

Ao se pronunciar sobre o resultado da diligência, fls. 280 a 283, o autuado afirma que a diligenciadora da ASTEC, ao que tudo indica, atendeu ao quanto solicitado pela 1ª JJF, inexistindo, assim, qualquer equívoco a ser apontado.

Assevera que, no entanto, deveria a diligenciadora ter excluído as operações de aquisições de bens para o ativo imobilizado referente aos móveis de escritório (Nota Fiscal nº 84623), bem como os brindes para distribuição gratuita entre seus clientes (Notas Fiscais nºs 587, 2195 e 3140). Frisa que os bens foram adquiridos sem qualquer finalidade comercial e equivocadamente foram incluídos na exigência fiscal. Reitera argumentos defensivos atinentes à decadência, os quais já constam neste relatório.

Ao finalizar, mantém os termos da defesa, pugnando pela nulidade da autuação, bem como a decadência do lançamento em relação aos meses de janeiro a novembro de 2005. No mérito, requer que seja reconhecido o direito à redução de 50% do ICMS devido por antecipação parcial, solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente ou procedente em parte, bem como pede que seja cancelada ou reduzida a multa indicada na autuação.

O autuado foi notificado do resultado da diligência, fls. 286, porém não se pronunciou.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de ter recolhido a menos (Infração 1) e de ter deixado de recolher o ICMS referente à antecipação parcial (Infração 2), nas entradas das mercadorias em seu estabelecimento, adquiridas para comercialização, procedentes de outras unidades da Federação.

Conforme foi explicado na defesa e na informação fiscal, o presente lançamento foi realizado em obediência à solicitação do CONSEF que determinou o refazimento de ação fiscal referente ao Auto de Infração nº 028924.0015/08-2, julgado nulo pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão JJF Nº 0172-05/08, que fora confirmada pelo Acórdão CJF Nº 0105/11/10.

Preliminarmente, o autuado suscita a nulidade do lançamento, argumentado que o Auto de Infração não preenche os requisitos previstos no RPAF/99, especialmente nos artigos 26 e 28. Diz que falta o Termo de Início de Fiscalização ou de Arrecadação de Documentos Fiscais. Afirma que é impossível demonstrar a materialidade da infração sem a intimação para apresentação de documentos fiscais e sem o Termo de Arrecadação de tais documentos, conforme o disposto no §1º do art. 940 do RICMS-BA.

Ao teor do disposto no art. 28, inc. I, do RPAF/99, o Termo de Início de Fiscalização serve para demarcar o início da ação fiscal, excluindo a espontaneidade do sujeito passivo. Todavia, esse citado Termo não é o único instrumento que se presta a tal fim, pois, de acordo com o art. 26, inc. III, do RPAF/99, a intimação do contribuinte, preposto ou responsável para exibir elementos solicitados pela fiscalização também serve para demarcação do início da ação fiscal e, em consequência, para excluir a espontaneidade do contribuinte. No caso em comento, o autuado foi intimado a apresentar à fiscalização os livros e documentos fiscais que seriam utilizados na auditoria, conforme a intimação enviada por via postal com aviso de recebimento (fls. 7 e 8) e a publicação de edital no Diário Oficial do Estado da Bahia (fl. 9). Dessa forma, essas referidas intimações são válidas e suprem a alegada ausência do Termo de Início de Ação Fiscal.

Quanto ao citado Termo de Arrecadação de Livros e Documentos, observo que o autuante acostou ao processo (fls. 30 a 165) fotocópia das primeiras vias de notas fiscais discriminadas na autuação, bem como as terceiras vias de notas fiscais coletadas no CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito). Portanto, a ausência de Termo de Arrecadação não trouxe prejuízo à comprovação das infrações e nem ao exercício do direito de defesa.

Também observo que o lançamento de ofício foi realizado em conformidade com a legislação tributária pertinente. No Auto de Infração em tela, as acusações imputadas ao sujeito passivo estão descritas de forma clara e precisa, a tipificação legal das infrações está correta, bem como foram elaborados demonstrativos que evidenciam os valores e a metodologia empregada na apuração dos débitos tributários que estão sendo exigidos. Além disso, o autuante acostou ao processo fotocópia das notas fiscais relacionadas nesses citados demonstrativos. Dessa forma, a materialidade das infrações e a apuração dos valores cobrados estão perfeitamente demonstradas, o que dá respaldo à autuação e permite que o autuado exerça o seu direito de defesa sem qualquer cerceamento.

Quanto aos acórdãos citados na defesa, ressalto que esses precedentes tratam de situações diversas da que se encontra em lide, bem como não vinculam a presente decisão.

Em face ao acima exposto, afasto essa primeira preliminar de nulidade suscitada na defesa.

Ainda em preliminar, foi arguida a nulidade da Infração 2, sob o argumento de que não foram preenchidos os requisitos formais previstos no art. 39 do RPAF/99. Diz que o demonstrativo elaborado pelo autuante não discrimina separadamente o valor do ICMS devido, o valor recolhido a menos e a diferença que está sendo exigida. Afirma que o autuante não observou as formalidades necessárias à validação da autuação, o que diz autorizar a decretação da Infração 1.

Ressalto que, nessa segunda preliminar, o autuado começa se reportando à Infração 2 e, ao concluir sua argumentação, solicita que seja decretada a nulidade da Infração 1. Assim, passo a analisar essa preliminar em relação às duas infrações que compõem o lançamento de ofício.

Também afasto essa preliminar de nulidade, pois os demonstrativos elaborados pelo autuante permitem que se identifiquem todos os elementos constitutivos dos valores exigidos nas Infrações 1 e 2, tais como, números das notas fiscais, datas, bases de cálculo, alíquotas, créditos fiscais, ICMS recolhido e ICMS a recolher. Além disso, observo que no Auto de Infração estão identificados todos os elementos citados nos incisos do artigo 39 do RPAF/99, tais como, identificação do autuante, dia, hora e local da autuação, descrição dos fatos apurados, demonstrativos que embasam a autuação, dispositivos legais dados como infringidos, intimação do autuado para efetuar o pagamento do débito ou para interpor defesa, etc.

O autuado argumenta que o direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a novembro de 2005 já estava decaído. Frisa que o presente Auto de Infração foi lavrado em razão da nulidade de Auto de Infração anteriormente lavrado e que fora julgado nulo.

O termo inicial da contagem do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O disposto no artigo 150, §4º, do CTN, prevê que “*Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador*”. Contudo, a legislação tributária do Estado da Bahia, utilizando a permissão contida no §4º do artigo 150 do CTN, fixou o prazo de homologação em cinco anos a contar “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 107-A, I, do COTEB, e art. 965, I, do RICMS-BA).

A homologação tácita, prevista no art. 150, §4º, do CTN, ocorre quando o imposto devido é lançado pelo sujeito passivo e pago dentro das condições previstas na legislação. No caso em comento, o imposto que está sendo exigido não foi lançado e recolhido pelo autuado, mas sim mediante um lançamento tributário de ofício. Portanto, não há como se falar em lançamento por homologação e, em consequência, não se pode aplicar o previsto no art. 150, §4º, do CTN.

Não obstante a decretação da nulidade do Auto de Infração anteriormente lavrado, no lançamento em comento, para os fatos geradores ocorridos durante o exercício de 2005, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/10 para constituir o crédito tributário. Considerando que o crédito fiscal foi constituído em 30/09/10, quando foi encerrado o procedimento fiscal com a lavratura do Auto de Infração, não houve a alegada decadência.

No mérito, o autuado argumenta que em relação às aquisições efetuadas diretamente nos estabelecimentos industriais faz jus a uma redução de 50% no valor do ICMS devido, que devem ser excluídas da exigência fiscal as aquisições de bens destinados ao seu ativo imobilizado, que o imposto já fora pago de acordo com o regime do SIMBAHIA. Também sustenta que não constam nos autos cópia das Notas Fiscais n^{os} 97758, 97759, 99808-cf e 91858, bem como aponta equívocos relativamente às Notas Fiscais n^{os} 1000594 e 1000090.

Não há como se acolher o argumento defensivo de que o imposto já tinha sido pago mediante o regime do SIMBAHIA, pois, nos termos do art. 352-A do RICMS-BA, a antecipação parcial é devida independentemente do regime de apuração adotado pelo contribuinte.

Na apuração do imposto devido por antecipação parcial, o autuante considerou os créditos fiscais destacados nos documentos fiscais a que fazia jus o autuado, conforme se depreende dos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, bem como dos demonstrativos elaborados quando da realização das diligências.

Mediante diligência realizada pela ASTEC do CONSEF, foram excluídos da autuação os débitos referentes às notas fiscais cujas cópias não se encontravam nos autos, bem como foram retificados os valores atinentes às Notas Fiscais n^{os} 1000594 e 1000090. O autuado foi notificado acerca das retificações efetuadas pela ASTEC do CONSEF, porém não mais indicou equívoco ou ausência de nota fiscal. O autuante foi cientificado do resultado da diligência, porém não se pronunciou. Dessa forma, ficam sanadas essas falhas que existiam na autuação.

No que tange à redução de 50% do valor do imposto devido nas aquisições efetuadas diretamente nos estabelecimentos industriais, o pleito defensivo está amparado no §4º do artigo 352-A do RICMS-BA, com a redação vidente à época dos fatos geradores, uma vez que o autuado estava inscrito no regime do SIMBAHIA na condição de microempresa.

Tendo em vista que as notas fiscais acostadas ao processo comprovavam que uma parte das aquisições foi efetuada diretamente nos estabelecimentos industriais, o processo foi convertido em diligência à ASTEC do CONSEF, tendo sido concedido ao autuado a citada redução, conforme o Parecer ASTEC N° 15/2012. Acolho essa retificação, pois está em conformidade com as disposições

regulamentares pertinentes, e os cálculos efetuados pela auditora fiscal da ASTEC não foram contestados nem pelo autuado e nem pelo autuante.

Nos termos do artigo 352-A do RICMS-BA, a antecipação parcial do ICMS é devida “nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização”. Dessa forma, não é devida a antecipação parcial relativamente às aquisições destinadas ao ativo imobilizado (Notas Fiscais nºs 296102 e 84623) e a brindes (Notas Fiscais nºs 587, 2195 e 3140).

Partindo dos valores apurados no Parecer ASTEC Nº 15/2012, ao excluir da Infração 1 as parcelas referentes às Notas Fiscais nºs 587, 84623, 2195 e 3140 (fls. 127, 138, 136 e 150), os valores devidos nos meses de fevereiro, junho e outubro de 2005 e março de 2006 ficam da seguinte forma, mantendo-se inalterados os valores cobrados nos demais meses:

Mês de Ocorrência	Parecer ASTEC	Valor a Excluir	Valor Devido
Fevereiro/2005	R\$ 1.168,79	R\$ 36,98	R\$ 1.131,81
Junho/2005	R\$ 1.442,33	R\$ 26,87	R\$ 1.415,46
Outubro/2005	R\$ 740,25	R\$ 88,83	R\$ 651,42
Março/2006	R\$ 177,88	R\$ 135,50	R\$ 42,38

Efetuada as correções acima, a Infração 1 subsiste parcialmente no valor de R\$ 8.679,08 ficando o demonstrativo de débito da seguinte forma:

Data Ocorrência	Valor Devido
28/02/2005	R\$ 1.131,81
31/03/2005	R\$ 54,02
30/04/2005	R\$ 702,15
31/05/2005	R\$ 332,95
30/06/2005	R\$ 1.415,46
31/08/2005	R\$ 132,29
30/09/2005	R\$ 189,07
31/10/2005	R\$ 651,42
31/03/2006	R\$ 42,38
30/04/2006	R\$ 1.090,92
31/05/2006	R\$ 930,09
30/06/2006	R\$ 2.000,85
31/07/2006	R\$ 5,67
Total	R\$ 8.679,08

Quanto à Infração 2, acolho a exclusão do débito atinente à Nota Fiscal nº 296102, referente à aquisição de um veículo destinado ao ativo imobilizado do defendente, sugerida pelo próprio autuante na informação fiscal, pois essa retificação está em conformidade com a legislação tributária aplicável. Após essa correção e os reparos efetuados nas duas diligências realizadas pela ASTEC do CONSEF, a Infração 2 subsiste parcialmente no valor de R\$ 6.145,31, conforme o demonstrativo à fl. 272.

O pleito defensivo atinente à redução ou dispensa das multas não pode ser atendido, pois as penas indicadas no Auto de Infração são atinentes a descumprimento de obrigações tributárias principais e, portanto, a teor do disposto no art. 159 do RPAF/99, essa matéria é da competência da Câmara Superior deste CONSEF.

Ressalto que a multa sugerida para as infrações, no percentual de 50%, capitulada no inciso I, alínea “b”, item “1”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, carece de retificação, desde quando a multa a ser aplicada deve corresponder àquela indicada na alínea “f” do inciso II do mesmo artigo e Lei, no percentual de 60%, por se referir a hipótese de infração diversa das previstas nessa Lei, com a redação dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, efeitos a partir de 28/11/07, importando em

descumprimento de obrigação tributária principal. Saliento que esse entendimento se encontra consubstanciado em reiteradas decisões deste CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF nº 0255-12/09.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$ 14.824,39.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **028924.0076/10-3**, lavrado contra **M.C. DE ANDRADE APARELHOS DOMÉSTICOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.824,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de abril de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIM – JULGADOR