

1A. I. N° - **110123.0002/14-5**
AUTUADA - **LPV REVESTIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA - EPP**
AUTUANTES - **LUIZ HENRIQUE DA SILVA TEIXIRA e JOSE ROMULO FRAGA BARRETO**
ORIGEM - **INFAZ VAREJO**
PUBLICAÇÃO - **INTERNET – 27.07.2016**

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0111-05/16

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Valores extraídos da escrita fiscal do sujeito passivo. Não acatadas as arguições de decadência e pedido de exclusão ou redução da multa por descumprimento de obrigação principal. Mantida a exigência fiscal. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES PAGOS E OS ESCRITURADOS NO LIVRO FISCAL. Não acatadas as arguições de decadência e pedido de exclusão ou redução da multa por descumprimento de obrigação principal. Mantida a exigência fiscal. 3. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei n° 7.014/96, com a redação dada pela Lei n° 8.542/02). Aplicada a proporcionalidade prevista em Instrução Normativa da SEFAZ-BA visando a exclusão da base de cálculo das operações isentas, não tributadas e outras. Foi determinada a reabertura do prazo de defesa, com a entrega dos relatórios TEF diários. Todavia, o contribuinte não elidiu a presunção. Indeferido pedido de realização de nova diligência. Não acatado o pedido de decretação de decadência em relação aos fatos anteriores a abril de 2009. Aplicação do art. 173, I, do CTN. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Demonstrado nos autos que o imposto não foi recolhido pelo sujeito passivo. Alegações defensivas quanto à ilegalidade da substituição “para frente” incapazes de alterar o lançamento na esfera administrativa. Aplicação do art. 167, incs. I e III do RPAF/99. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DOCUMENTOS INIDÔNEOS. EMITENTE COM INSCRIÇÃO ESTADUAL CANCELADA (INAPTO). O contribuinte emitente dos documentos fiscais teve sua inscrição estadual cancelada, figurando

na condição de inapto, desde 02/09/2008, com edital (nº 28/2008), publicado em 31/07/2008. A publicidade do ato de cancelamento da inscrição estadual visou tornar inaptos todos os documentos emitidos pelo contribuinte alcançado pela medida e os efeitos da publicação valem para todos. Não acolhidos os argumentos defensivos de que a situação cadastral do fornecedor não afetava o seu direito à apropriação do crédito fiscal. Rejeitada a preliminar de decadência – incidência do art. 173, I, do CTN. **6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO.** Lançada a penalidade de 10% sobre o valor das entradas. Multa ajustada para 1% do valor comercial das entradas, em razão de edição norma superveniente, mais benéfica para o contribuinte (Lei nº 13.461/15). Não acolhida a preliminar de nulidade do lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 18/03/2014 para exigir ICMS e multa no valor principal de R\$ 181.385,78, com as seguintes imputações:

Infração 01 - Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Demonstrativo 1 (fl. 07). Valor exigido: R\$ 7.684,83. Multa de 50%.

Infração 02 - Recolheu a menor ICMS em decorrência do desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Demonstrativo 2 (fl. 8). Valor exigido: R\$ 2.840,74. Multa de 60%.

Infração 03 - Omissão de saídas de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Demonstrativo 3 (fls. 10/18). Foi aplicado o princípio da proporcionalidade entre as entradas de mercadorias tributadas e as entradas de mercadorias isentas/outras, nos meses em que o contribuinte forneceu dados para que a fiscalização efetuasse os devidos cálculos. Valor exigido: R\$ 169.829,67. Multa de 100%.

Infração 04 - Efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e ou exterior, relacionados nos anexos 88 e 89. Demonstrativo 4 (fl. 19). Valor exigido: R\$ 666,60. Multa de 60%.

Infração 05 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documento fiscal falso ou inidôneo. Demonstrativo 5 (fl. 34). Valor exigido: R\$ 184,31. Multa de 100%.

Infração 06 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Descumprimento de obrigação acessória. Demonstrativo 06. Multa de 10% no valor de R\$ 179,63, prevista no art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 19/03/14 e ingressou com defesa administrativa em 17/04/14, através de petição subscrita por seu sócio, o sr. Lenaldo Prisco Vidal.

O contribuinte, inicialmente, arguiu a nulidade do lançamento de ofício ao argumento de que não houve atendimento aos princípios da rígida tipicidade e da motivação do ato administrativo. Que o ato de imposição tributária deve demonstrar uma exata e inequívoca subsunção da realidade

"capturada" ao modelo abstrato previsto na lei, ou seja, deve indicar os dispositivos legais que justificam o ato de lançamento e, ao mesmo tempo, explicitar, com precisão, como a realidade fática se enquadra na hipótese prevista nestes dispositivos.

Ressaltou que a presente autuação não respeitou estes postulados, que deveriam nortear o ato de lançamento tributário, pois indica como dispositivos legais infringidos diversas normas do RICMS que não possuem uma previsão no ordenamento que caracterizem um fato descrito como contrário à legislação tributária. Que os dispositivos citados na peça acusatória simplesmente se referem à disciplina do lançamento e do recolhimento do ICMS, sem maior relação com a realidade fática objeto da presente autuação. Além disso, pontuou a defesa, em nenhum momento se preocupou a autoridade fiscal em evidenciar a subsunção do fato descrito à hipótese legal, simplesmente indicando os artigos de lei de modo arbitrário.

Concluiu a defesa pela ausência de subsunção entre o relato sobre o fato efetuado pela autoridade fiscal e os dispositivos legais apontados, sendo, deste modo, formalmente nulo o presente Auto de Infração por afrontar ou ferir os princípios da tipicidade tributária, da motivação do ato administrativo e da estrita vinculação da atividade administrativa tributária, e, por consequência, da segurança jurídica.

Em seguida, a defesa levantou uma questão prejudicial de mérito, relativa à decadência dos créditos de ICMS relativos a competências anteriores a Abril/2009, na forma do artigo 173, do parágrafo quarto do artigo 150 e do inciso V do artigo 156 do CTN.

Afirmou que a decadência tributária é fato extintivo do crédito tributário (inciso V do artigo 156 do Código Tributário Nacional – CTN), composto pela conjugação de dois elementos, inércia e tempo.

Apontou que no caso concreto houve inércia do sujeito ativo em constituir o crédito tributário dentro do prazo de 05 (cinco) anos, contados da data da ocorrência do fato gerador (parágrafo quarto do artigo 150 do CTN), pois a hipótese verificada nos autos era de créditos tributários constituídos por ato do particular, no exercício do denominado "auto-lançamento", em que houve declaração e pagamento do ICMS devido em cada mês, ainda que verificada a ocorrência de omissão parcial e/ou falha de recolhimento parcial.

Que havendo pagamento mesmo que parcial, o prazo de decadência é contado nos termos do parágrafo quarto do artigo 150 do CTN, a partir da data/competência da ocorrência do fato gerador, como entende o STJ, no REsp 1.238.000/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 29/06/2012. 2, transscrito na peça defensiva. No mesmo sentido o Recurso Especial (REsp 1344130/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 05/11/2012), também transcrito.

Enfatizou em seguida que o auto de infração em lide foi lavrado e notificado ao contribuinte em 19/03/2014, e que todas as parcelas anteriores a Abril/2009 estão afetadas pela decadência, já que, na data do lançamento já havia se passado mais de 05 (cinco) anos da data de ocorrência do fato gerador.

Em relação a todas as infrações, requereu o autuado o reconhecimento da decadência para todos os créditos constituídos quanto a fatos ocorridos antes da competência Abril/2009, na forma do inciso V do artigo 156 e do parágrafo quarto do artigo 150 do CTN.

Passou em seguida a discorrer sobre as questões de mérito de todas as imputações inseridas no Auto de Infração. No tocante à infração 01 disse que não houve falta de recolhimento sobre operações escrituradas regularmente, mesmo porque não teria sentido a escrituração das operações sem o respectivo recolhimento. Declarou que se a autuada desejasse ocultar suas operações comerciais do campo da tributação, não as teria registrado em seu livro mercantil, o que apenas demonstraria sua boa fé e correção.

Contestou também o valor da multa aplicada, no percentual de 50%, afirmando que neste patamar a penalidade se revela abusiva visto que o caso envolveria um simples ato de não recolhimento do tributo devido, e não de medida tendente à sonegação ou fraude fiscal. Haveria tão somente mora ou atraso no pagamento, que deveria sofrer os acréscimos relativos a essa modalidade de infração (juros de mora e multa de mora, inferiores aos aplicados).

Em relação às infrações 2 e 3, após reiterar a decadência dos créditos relacionados a fatos geradores anteriores a abril de 2009, a defesa discorreu que os recolhimentos efetuados pelo autuado estavam em conformidade com o movimento registrado pelos meios de pagamento eletrônico. Que não existiu qualquer divergência, real ou equívoco da sua parte, comparativamente às informações fornecidas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Afirmou ser necessária não só a separação no que se refere às operações isentas e não tributadas, através do cálculo da proporcionalidade. Além disso, deveriam ser também consideradas as operações sujeitas a estorno e registro em duplicidade; saídas canceladas; e, por fim, a existência de algum erro na identificação dos movimentos com a específica atividade comercial.

Pidiu que o feito fosse submetido a uma revisão dos dados fornecidos pelas administradoras de cartão com o objetivo de se apurar com exatidão se houve efetivamente alguma diferença no recolhimento do imposto.

Na infração 4, relativa ao recolhimento a menor ICMS no regime de substituição tributária, após a defesa reafirmar que operou-se a decadência no tocante aos créditos das anteriores a Abril/2009, passou a tecer comentários acerca do regime da substituição tributária por antecipação, em que o contribuinte "antecipa" o imposto que supostamente incidiria nas "etapas subsequentes" de circulação da mercadoria, mediante o recolhimento com base em uma "margem de valor agregado" arbitrada pelo Fisco Estadual. No presente caso, a impugnante deveria, em tese, ter recolhido o ICMS relativo a todas as operações subsequentes de circulação das mercadorias que deram entrada em seu estabelecimento, em função destas terem sido adquiridas em outra unidade da Federação não signatárias com o Estado da Bahia de convênio para essa específica forma de tributação.

A defesa argumentou que o regime de substituição tributária "pra frente" não é válido, porque contraria diversos preceitos ordenadores do Sistema Tributário Nacional, entre eles, o princípio da capacidade contributiva, visto que o imposto é exigido sem a correspondente ocorrência do fato gerador e a obtenção pelo contribuinte do resultado econômico da operação.

Transcreveu trechos de doutrina de autoria dos professores GERALDO ATALIBA e AIRES BARRETO, citados por JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO. Reiterou que em situações idênticas à presente, em que se processa a substituição tributária "pra frente", a capacidade contributiva não é respeitada, já que o "substituto" é compelido ao pagamento do imposto sem que tenha realizado o fato jurídico que lhe daria resultado econômico e que, portanto, revelaria sua capacidade de contribuir, com aquele montante, para o Estado. Sendo a tributação relativa a fato futuro, não teve ainda o contribuinte o benefício econômico do qual recolheria parcela aos cofres públicos, acabando por pagar um tributo sem a existência de um índice que medisse a sua capacidade contributiva.

Ressaltou ainda que a previsão de devolução do valor recolhido "antecipadamente" em caso de não ocorrência do fato gerador presumido não faz cessar a irregularidade deste regime, consoante lição de ROQUE ANTONIO CARRAZA, transcrita na peça defensiva.

Nestes termos, pede que a autuação seja declarada improcedente porque o regime jurídico de tributação no qual se fundamenta - *substituição tributária por fato gerador presumido futuro* - não pode ser validamente aplicado na situação concreta e nem mesmo harmonizado com os preceitos do Sistema Tributário Nacional.

Na infração 05, relacionada à utilização indevida de crédito de ICMS por uso de documento fiscal inidôneo, a defesa argumentou que o documento que fundamenta o crédito estava formalmente perfeito e atendia a todas as exigências da legislação. Que problemas que possam ter afetado o fornecedor ou prestador não podem ser imputados ao autuado, afetando o seu legítimo direito de apuração do ICMS, devido ao regime da não cumulatividade. Nesse sentido, citou decisão do STJ, lavrada nos seguintes termos:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS DE ICMS. APROVEITAMENTO (PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE). NOTAS FISCAIS POSTERIORMENTE DECLARADAS INIDÔNEAS. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ.

1. O comerciante de boa-fé que adquire mercadoria, cuja nota fiscal (emitida pela empresa vendedora) posteriormente seja declarada inidônea, pode engendrar o aproveitamento do crédito do ICMS pelo princípio da não-cumulatividade, uma vez demonstrada a veracidade da compra e venda efetuada, porquanto o ato declaratório da inidoneidade somente produz efeitos a partir de sua publicação (Precedentes das Turmas de Direito Público: EDcl nos EDcl no REsp 623.335/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 11.03.2008, DJe 10.04.2008; REsp 737.135/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14.08.2007, DJ 23.08.2007; REsp 623.335/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 07.08.2007, DJ 10.09.2007; REsp

246.134/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 13.03.2006; REsp 556.850/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.04.2005, DJ 23.05.2005; REsp 176.270/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 27.03.2001, DJ 04.06.2001; REsp 112.313/SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 16.11.1999, DJ 17.12.1999; REsp 196.581/MG, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 04.03.1999, DJ 03.05.1999; e REsp 89.706/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 24.03.1998, DJ 06.04.1998).

2. A responsabilidade do adquirente de boa-fé reside na exigência, no momento da celebração do negócio jurídico, da documentação pertinente à assunção da regularidade do alienante, cuja verificação de idoneidade incumbe ao Fisco, razão pela qual não incide, à espécie, o artigo 136, do CTN, segundo o qual "salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato" (norma aplicável, in casu, ao alienante).

3. In casu, o Tribunal de origem consignou que: "(...)os demais atos de declaração de inidoneidade foram publicados após a realização das operações (f. 272/282), sendo que as notas fiscais declaradas inidôneas têm aparência de regularidade, havendo o destaque do ICMS devido, tendo sido escrituradas no livro de registro de entradas (f. 35/162). No que toca à prova do pagamento, há, nos autos, comprovantes de pagamento às empresas cujas notas fiscais foram declaradas inidôneas (f. 163, 182, 183, 191, 204), sendo a matéria incontrovertida, como admite o fisco e entende o Conselho de Contribuintes."

4. A boa-fé do adquirente em relação às notas fiscais declaradas inidôneas após a celebração do negócio jurídico (o qual fora efetivamente realizado), uma vez caracterizada, legitima o aproveitamento dos créditos de ICMS.

5. O óbice da Súmula 7/STJ não incide à espécie, uma vez que a insurgência especial fazendária reside na tese de que o reconhecimento, na seara administrativa, da inidoneidade das notas fiscais opera efeitos ex tunc, o que afastaria a boa-fé do terceiro adquirente, máxime tendo em vista o teor do artigo 136, do CTN.

6. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1148444/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/04/2010, DJe 27/04/2010) TRIBUTÁRIO. ICMS. APROVEITAMENTO DE CRÉDITO. DOCUMENTOS INIDÔNEOS. OPERAÇÃO COMERCIAL COMPROVADA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. SÚMULA 07/STJ. PRECEDENTES.

1. Pelo princípio da fungibilidade, admite-se o recebimento de embargos de declaração como agravo regimental.

2. Sedimentado nesta Corte o entendimento de que suficientes a comprovação de que a operação comercial foi efetivamente realizada e que a empresa não incorreu em má-fé, mesmo que os documentos apresentados tenham sido considerados inidôneos, para que seja autorizado o aproveitamento de créditos relativos ao ICMS.

3. Súmula 07/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

4. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental. Agravo regimental improvido. (EDcl no Ag 633.459/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/12/2004, DJ 21/03/2005, p. 333).

Pede que o crédito fiscal lançado em sua escrita, objeto da autuação, seja integralmente, mantido.

Na infração 06, a defesa declarou que lhe foi imputada a acusação de utilização indevida de crédito de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. A defesa discorreu que as notas fiscais que originaram a autuação referem-se a mercadorias utilizadas pela impugnante no exercício de sua atividade econômica, ou seja, mercadorias que se consomem no processo produtivo, integrando o próprio ato de circulação ou prestação de serviços.

Frisou que em sua atividade produtiva de comércio, utiliza diversos insumos, necessários e indispensáveis à consecução de seus objetivos e que é notável o desgaste ocorrido com esses insumos no desenvolvimento das suas atividades. Disse que a partir os elementos constantes das Notas Fiscais de aquisição há que se reconhecer que estão todos diretamente vinculados à atividade da impugnante, nos termos do § 1º do art. 93, inciso I, alínea “a”, do Decreto Estadual nº 6.284/97 (RICMS), e que todos os insumos integram o processo produtivo, sendo consumidos na atividade, como preceituado no art. 93, I, “b”, também do RICMS, dispositivo que foi transcrita na peça impugnatória.

Pede que esse item da autuação seja também revisto e em decorrência mantido o crédito fiscal apropriado na escrita fiscal.

Ao finalizar a peça de defesa o contribuinte requer que seus argumentos sejam integralmente acolhidos e que o Auto de Infração seja totalmente revisto.

Foi prestada informação fiscal, peça processual juntada às fls. 83/84 dos autos.

Nesta peça os autuantes discorreram sobre todas as imputações contidas no Auto de Infração. No que se refere à infração 01 disseram que na sua defesa, a autuada não apresentou nenhum documento que comprovasse o recolhimento do ICMS apurado na fiscalização. Ratificaram o procedimento fiscal. Valeram-se dos mesmos argumentos no exame da infração 02.

Na infração 03 relataram que a autuada efetuou saídas de mercadorias, sem a emissão dos respectivos cupons fiscais e/ou notas fiscais, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito nos exercícios de 2009 e 2010, cujo ICMS devido resultou no valor total de R\$ 169.829,67, conforme demonstrativos anexos ao Auto de Infração (fls. 09 a 18 deste PAF), cujas cópias foram entregues ao contribuinte. Os autuantes, durante a ação fiscal, aplicaram o princípio da proporcionalidade entre as entradas de mercadorias tributadas e mercadorias isentas /outras, previstas em instrução normativa da Secretaria da Fazenda, no período de janeiro a julho de 2009, deixando de aplicar o princípio da proporcionalidade nos meses de agosto a dezembro de 2009 e no exercício de 2010, em virtude do contribuinte deixar de apresentar as reduções “Z” e os livros fiscais escriturados referentes aos meses de agosto a dezembro de 2009 e do exercício de 2010, alegando que encerrou suas atividades desde o mês de agosto de 2009.

Os autuantes anexaram a este PAF, na fase de informação fiscal, o Relatório Diário - Operações TEF, referente ao exercício de 2009, com 96 (noventa e seis) folhas e o Relatório Diário Operações TEF, referente ao exercício de 2010, com 37 (trinta e sete) folhas, visando comprovar que houve operações comerciais realizadas pelo contribuinte através de vendas com cartão de débito e/ou crédito naqueles períodos.

Na infração 04, reafirmaram que o contribuinte, na sua defesa, não apresentou nenhum documento que comprovasse o recolhimento do ICMS devido por antecipação/substituição, conforme apurado na ação fiscal.

No tocante à infração 05, disseram que o uso do crédito fiscal glosado está relacionado à aquisição acobertada por nota fiscal emitida pelo contribuinte Argamassa da Bahia Ltda., que teve sua inscrição cancelada no mês de setembro de 2008, conforme comprovaria o documento anexado ao Auto de Infração (fls. 37 a 39 deste PAF). Que os documentos constantes na escrita fiscal da autuada têm as datas de emissão no mês de janeiro de 2009, portanto, posteriores às

datas do cancelamento da inscrição estadual na Secretaria da Fazenda, tudo conforme Demonstrativo nº 05 (fls. 34 a 39 deste PAF). Mantiveram a exigência fiscal.

Em relação à infração 06 declararam que a autuada deixou de registrar na sua escrita a nota fiscal de nº 109043, no valor de R\$ 1.796,30, referente à aquisição de mercadoria tributada, estando, portanto, sujeita à aplicação de multa de caráter formal, correspondente a 10% do valor da mercadoria. Destacaram em seguida que o contribuinte, na sua defesa, não apresentou nenhum documento que comprovasse a improcedência da exigência fiscal.

Esta Junta de Julgamento, em 30 de julho de 2015, através de termo lavrado à fl. 226 dos autos, determinou a conversão do PAF em diligência para que, em relação à infração 03 (operações com cartão de crédito vs. valores acumulados nos leitores "Z" do ECF) fosse entregue ao contribuinte os relatórios TEF diários. Determinou-se ainda a reabertura do prazo de defesa de 60 dias, seguindo a determinação contida no art. 132, inc. II, do COTEB (Lei nº 3.956/81).

O contribuinte foi cientificado do inteiro teor das peças relacionadas à infração 03 (TEF diários), em 23/02/2016, na pessoa do seu sócio gerente, conforme atesta o Termo de Intimação juntado à fl. 229. O sujeito passivo, por sua vez, após reabertura do prazo de defesa, não ingressou com novas razões para aditar ou complementar os argumentos articulados na peça impugnatória original.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 6 (seis) imputações conforme foi detalhadamente exposto no relatório.

No que se refere à preliminar de nulidade suscitada pela defesa por inadequada subsunção dos fatos descritos pelos autuantes e as normas mencionadas no corpo de Auto de Infração, não vislumbro razões para o acolhimento do vício apontado pelo contribuinte. Isto porque, nos termos do art. 19 do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), aprovado pelo Dec. Estadual, 7.629/99, "*a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção de dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro de indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento*".

No caso concreto as 6 (seis) infrações inseridas no corpo do Auto de Infração foram perfeitamente descritas pelos autuantes, compreendendo a falta de recolhimento e recolhimento a menor de ICMS lançado na escrita fiscal (infrações 1 e 2); omissão de saídas de mercadorias apurada através do confronto entre as receitas de vendas e as receitas informadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito em confronto com os valores acumulados nos equipamentos ECF do contribuinte (infração 3); recolhimento a menor de ICMS por antecipação na condição de contribuinte substituto (infração 4); utilização indevida de crédito fiscal por aquisição de mercadoria acobertada por documentação fiscal inidônea (infração 5); e, falta de registro na escrita fiscal da entrada de mercadorias - descumprimento de obrigação acessória (infração 6).

Na peça acusatória constam os demonstrativos e documentos que serviram de provas do cometimento das infrações e o detalhamento do método de quantificação da base de cálculo, conforme pode ser verificado nos anexos inseridos às fls. 7 a 41 do presente PAF.

Não há neste processo qualquer fato indicativo de nulidade que tenha resultado em cerceamento ao direito de defesa do contribuinte ou que sequer revele que as imputações fiscais estejam em desconformidade com as normas postas no ordenamento.

Ademais, as penalidades incidentes sobre os valores de ICMS que deixaram de ser recolhidos pelo sujeito passivo foram enquadradas no art. 42, da Lei nº 7.014/96, nos incisos correspondentes às descrições inseridas no Auto de Infração.

Improcede, portanto, os argumentos da impugnante de que o ato de lançamento tributário foi formalizado em afronta aos princípios da tipicidade tributária, motivação do ato administrativo e segurança jurídica.

Superada a alegação de nulidade do Auto de Infração, o contribuinte suscitou a decadência dos créditos tributários lançados anteriormente a abril de 2009, invocando a aplicação ao caso das disposições contidas no art. 150, § 4º, do CTN, que estabelece o início da contagem do prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador.

Verifico que o Auto de Infração em lide foi lavrado em 18/03/14, com ciência ao contribuinte em 19/03/14. Já os fatos geradores objeto do pedido de exclusão do lançamento em razão da decadência estão inseridos nas infrações 1, 2, 3 e 4.

As exigências fiscais consubstanciadas nas infrações 1 e 2, estão relacionadas, respectivamente, à falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, de operações escrituradas nos livros fiscais próprios e recolhimento a menor do imposto em decorrência do desencontro entre os valores pagos ao erário e o escriturado pelo contribuinte em seus livros fiscais.

Os valores exigidos nas infrações 1 e 2, foram, portanto, conforme descrito nas próprias imputações, objeto de auto-lançamento pelo contribuinte e estavam sujeitos à posterior homologação pelo fisco, submetendo-se à regra de contagem do prazo decadencial, a partir do fato gerador, conforme normatizado no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional – CTN (Lei nº 5.172/66), abaixo transcrito:

Art. 150. 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, operase pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º 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.

Inaplicável ao caso em exame as disposições contidas, no art. 107-A, I e 107-B, § 5º, do COTEB - Lei Estadual nº 3.956/81, que fixava o prazo de decadência de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, vez que a referida norma foi revogada pela Lei 13.199/14.

Essa revogação decorreu do reconhecimento pelo Estado da Bahia de que a matéria relacionada aos prazos de decadência e prescrição deveriam ser veiculados exclusivamente por Lei Complementar Federal, conforme as disposições contidas na CF/88, art. 146, III, “b”, “*in verbis*”:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

Nessa direção se manifestou a Procuradoria do Estado da Bahia, através do então Procurador Geral, Dr. Rui Moraes Cruz, ao indicar a necessidade de alteração do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) para afastar a divergência entre este e o CTN. Eis o trecho da manifestação da PGE, que trago para exame, extraída de peças do PAF nº 129712.0005/13-2 e do Acórdão nº 0031-11/2015, exarado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal:

“Não obstante, tendo em vista o conteúdo das discussões sobre a matéria em comento, acolho a sugestão manifestada pela i. Procuradora Chefe em exercício no despacho de fls. 187/188. Deve o presente expediente retornar à PROFIS para que seja elaborada minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, § 5º, do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazo estabelecido entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN”.

Importante consignar que a revogação das normas que tratam de decadência no COTEB não decorreu de um simples juízo de conveniência e oportunidade do Estado da Bahia. Esse entendimento se encontra explicitado no trecho do Parecer da PGE, acima transcrito. Em verdade,

a motivação principal para a derrogação da lei estadual foram as reiteradas decisões do STJ e STF reconhecendo que a regulação das matérias relativas a decadência e prescrição é reservada à Lei Complementar nacional, ou seja, somente podem ser tratadas no CTN. Se o Estado persistisse em aplicar norma incompatível com a C.F. a L.C. e as decisões dos tribunais superiores, poderia a Fazenda Pública incorrer em ônus de sucumbência a serem suportados por toda a sociedade.

Para demonstrar que o nosso entendimento está em conformidade com a atual jurisprudência dos tribunais superiores do país, cito, a título de exemplo, o Recurso Especial nº 117291, Rio Grande do Sul (Data da publicação/Fonte DJe 10/08/2011), onde são mencionados diversos outros precedentes do STJ, conforme trecho abaixo transcrito:

"EMENTA - PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, § 4º, E 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.
(...)

2. Nos tributos cujos sujeitos passivos têm o dever de antecipar o pagamento sem que haja prévio exame da autoridade administrativa, caso se apure saldo remanescente, a Fazenda deverá constituir-lo no prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, sob pena de ocorrer a extinção definitiva do crédito, nos termos do parágrafo 4º do art. 150 do CTN. Precedentes: AgRg no REsp 1.152.747/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22/2/2011; AgRg no REsp 1.192.933/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/2/2011; AgRg no REsp 1.182.862/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 2/2/2011.

O próprio STF (Supremo Tribunal Federal) editou a Súmula Vinculante nº 08, com o seguinte verbete: “*São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário*”. É fato que o efeito vinculante da Súmula está adstrito à parte dispositiva que trata da inconstitucionalidade de normas previdenciárias federais. Porém, nos recursos judiciais que serviram de base para a elaboração da referida Súmula, a exemplo do RE’s (Recursos Extraordinários de nº 556664-1, 560626-1, 559943-4, dentre outros), foi consignado, nas razões de decidir, que prescrição e decadência só podem ser disciplinadas por lei complementar de âmbito nacional, vez que são institutos gerais de direito tributário.

Assim, diante da revogação das normas do COTEB que se deram no contexto acima apresentado, entendo ser plenamente aplicável o regramento contido CTN, no art. 150, § 4º, à situação posta no presente processo, com efeitos *“ex tunc”* (retroativos), relativamente aos fatos geradores verificados nos meses de janeiro e fevereiro de 2009, integrantes das infrações 1 e 2, visto que o presente A.I. foi formalizado em 19/03/2014, portanto, 5 (cinco) anos após a ocorrência dos fatos que ensejaram aquelas cobranças.

No entanto, no que se refere às infrações 03 e 04, incide a norma do art. 173, inc. I do CTN, que determina o início do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, visto que as imputações se referem, respectivamente, a imposto exigível sobre fatos que não foram objeto de lançamento escritural pelo contribuinte, sujeitos a posterior homologação pelo fisco (infração 3), e a fato relacionado a nota fiscal inidônea, o que afasta também a aplicação do art. 150, § 4º do Código de Tributos, visto que a situação envolveu operação acobertada por documento objeto de fraude fiscal, ensejando a glosa de crédito fiscal indevidamente apropriado pelo sujeito passivo em sua escrita.

Pelas razões acima expostas, acolho em parte a preliminar de decadência para excluir do Auto de Infração as exigências fiscais relativas aos meses de janeiro e fevereiro de 2009, restritos às infrações 1 e 2, visto que os lançamentos desses créditos tributários foram formalizados somente em 19/03/2014, após o transcurso de 5 (cinco) anos da data de ocorrência dos fatos geradores, conforme detalhamento abaixo, no tocante às parcelas a serem expurgadas do lançamento:

Valor a ser excluído da Infração 01 - jan/2009: R\$ 2.015,55;

Valor a ser excluído da Infração 02 (totalidade) - fev/2009: R\$ 2.840,74.

Passo agora a examinar as questões de mérito aduzidas na peça de defesa.

Na infração 01 o contribuinte limitou-se a declarar que não houve falta de recolhimento de imposto sobre operações escrituradas, mesmo porque não teria sentido a escrituração das operações sem o respectivo recolhimento. Afirmou ainda que se desejasse ocultar suas operações comerciais do campo da tributação não as teria registrado em seu livro mercantil, o que apenas demonstraria sua boa fé e correção. Entende ser cabível neste caso tão somente a incidência acréscimos moratórios pelo atraso no pagamento. Impugnou também a multa aplicada de 50%, por entender que penalidade neste patamar ter caráter abusivo e afronta o princípio da proporcionalidade.

Há uma nítida contradição nos argumentos defensivos, vez que o autuado ora afirma que não deixou de pagar o tributo exigido no Auto de Infração, ora afirma que só seria cabível a cobrança de acréscimos moratórios por atraso nos pagamentos. O fato é que a prova da quitação dos valores lançados não foi apresentada na peça defensiva, o que nos conduz a manter a exigência fiscal, com a exclusão apenas da ocorrência verificada em 31/01/2009, em razão do crédito tributário já ter sido atingido pela decadência.

No que tange ao valor da multa aplicada, no percentual de 50% (cinquenta por cento), os argumentos defensivos relacionados a desproporcionalidade e abusidade do gravame não podem ser acolhidos na esfera administrativa, vez que é vedado a este órgão de julgamento declarar constitucionalidade (em razão do caráter supostamente confiscatório das multas), muito menos reduzir ou cancelar multas por descumprimento de obrigação principal. É o que estabelece o art. 167, incs. I e III, do RPAF/99, com a seguinte redação:

Art. 167 - Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de constitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Ademais no próprio corpo do Auto de Infração, no correspondente demonstrativo de débito, está consignado que as multas poderão sofrer reduções de valor em função da data de quitação do débito. Essa orientação por sua vez está em conformidade com as prescrições dos arts. 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96, de forma que a norma legal do Estado já estabelece critérios para a redução das penalidades.

Não acato, portanto, a pretensão do contribuinte no que tange a exclusão ou redução da multa considerando também que o contribuinte se encontra omisso de pagamento do tributo lançado no Auto de Infração.

Nas infrações 2 e 3, o contribuinte concentrou a defesa de mérito no argumento de que seus recolhimentos ao erário estadual estavam em conformidade com o movimento registrado pelos meios de pagamento eletrônico e que não foram apuradas divergências comparativamente às informações fornecidas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Alegou, de forma genérica, a possibilidade de ocorrência de operações sujeitas a estorno e registros em duplicidade; saídas canceladas; e, existência de algum erro na identificação dos movimentos com a específica atividade comercial que desenvolve. Pediu que o feito fosse submetido a uma revisão dos dados fornecidos pelas administradoras de cartão com o objetivo de se apurar com exatidão se houve efetivamente alguma diferença no recolhimento do imposto.

No que tange à infração 2, relacionada a recolhimento a menor de ICMS escriturado no livro de apuração do imposto, não foi juntado ao processo, nas intervenções promovidas pelo contribuinte, nenhum documento que atestasse o efetivo pagamento das parcelas exigidas no Auto de Infração. Todavia, essa exigência fiscal deve ser excluída do lançamento por ter se operado a decadência, conforme foi detalhado linhas acima. Item improcedente.

A exigência fiscal estampada no item 3 do Auto de Infração tem por base legal as disposições do

art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, reproduzido no art. 2º, § 3º, inc. VI, do RICMS/97, vigente à época dos fatos apurados na ação fiscal. De acordo estes dispositivos normativos (...) “*O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção*”.(grifos nossos)

Trata-se de presunção relativa, consagrada na expressão latina “*juris tantum*”, passível de ser desconstituída com a apresentação de provas, pelo sujeito passivo, que a afastem. No caso concreto caberia ao contribuinte trazer aos autos elementos probatórios que desconstituíssem a infração ou que revelassem que as operações foram objeto de oferecimento à tributação pelo ICMS.

Após a formalização do lançamento, na fase de informação fiscal, os autuantes procederam juntada ao presente PAF dos Relatórios TEF Diários, com o detalhamento de todas as operações realizadas pelo contribuinte através das administradoras de cartão de crédito/débito. Em decorrência da anexação dessa prova essencial à constituição do crédito tributário, ocorrida em etapa posterior à lavratura do A.I., foi determinada a realização de diligência, com reabertura do prazo de defesa de 60 (sessenta) dias, para que ao contribuinte fosse garantida a oportunidade de afastar a presunção firmada na lei.

Mesmo após ser devidamente intimado, conforme Termos anexados às fls. 231 e 133, o contribuinte nada trouxe ao processo para afastar a presunção prevista nas normas de incidência do ICMS acima reproduzidas.

Mantenho inalterada a infração 03 e indefiro o pedido de realização de nova diligência visto que não foram trazidos aos autos elementos de prova de pudessem colocar em dúvida o acerto da autuação.

Na infração 4, relativa ao recolhimento a menor de ICMS nas operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (*substituição tributária por fato gerador presumido futuro*), a defesa cingiu-se a argumentar que a antecipação tributária "pra frente" não é válida, porque contraria diversos preceitos ordenadores do Sistema Tributário Nacional, entre eles, o princípio da capacidade contributiva, visto que o imposto é exigido sem a correspondente ocorrência do fato gerador e a obtenção pelo contribuinte do resultado econômico da operação.

Mais uma vez, neste voto, faz necessário citar as disposições contidas no art. 167, incs. I e III, do RPAF/99, que vedam ao órgão administrativo de julgamento declarar constitucionalidade de norma que componha o ordenamento jurídico ou que autorize o CONSEF a deixar de aplicar preceito normativo vigente. Em razão do não recolhimento do ICMS – antecipação/substituição, nas operações de aquisição de produtos enquadrados na legislação estadual no regime da substituição tributária, mantenho a cobrança que integra o item 4 do A.I. Essa exigência fiscal, por sua vez, tem por lastro probatório o demonstrativo e as notas fiscais de aquisição anexadas às fls. 19 a 33 do presente processo. Item procedente.

Na infração 05, relacionada à utilização indevida de crédito de ICMS por uso de documento fiscal inidôneo, a defesa argumentou que o documento que fundamenta o crédito estava formalmente perfeito e atendia a todas as exigências da legislação. Que problemas que possam ter afetado o fornecedor ou prestador não podem ser imputados ao autuado, afetando o seu legítimo direito de apuração do ICMS, devido principalmente à incidência do princípio constitucional não cumulatividade.

Verifico, entretanto, que o contribuinte emitente dos documentos fiscais, a empresa Argamassa da Bahia Ltda, cujos créditos foram glosados pela fiscalização em relação às operações acobertadas pelas notas fiscais nº 049802 e nº 049829, teve sua inscrição estadual cancelada,

figurando na condição de inapto, desde 02/09/2008, com edital (nº 28/2008), publicado em 31/07/2008 (doc. fls. 37/38). A publicidade do ato de cancelamento da inscrição estadual visa exatamente tornar inaptos todos os documentos emitidos pelo contribuinte alcançado pela medida e os efeitos da publicação valem para todos. Não procede, portanto, os argumentos defensivos de que a situação cadastral do fornecedor não afetava o seu direito à apropriação do crédito fiscal. Por essa razão mantendo a exigência fiscal contida no item 05 do Auto de Infração.

Na infração 06, o contribuinte se defendeu da acusação de utilização indevida de crédito fiscal relacionada à aquisição de produtos destinados a uso e consumo. Porém, não verificou que o lançamento contempla outra imputação: aplicação de multa, por descumprimento de obrigação acessória, pela falta de registro de nota fiscal de aquisição de mercadoria tributada (NF 109043, de 28/10/09 - doc. fls. 40/41 do PAF). Nessa situação o contribuinte está sujeito à aplicação de multa de caráter formal, conforme previsão contida no art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96.

Conforme observado acima, o contribuinte, na peça de defesa, não rebateu esta específica acusação fiscal, tecendo considerações e formulando pedidos relacionados a outra imputação. Neste ponto a impugnação é inepta, visto que abordou fato totalmente estranho ao lançamento.

Todavia, em socorro da contribuinte houve a mitigação da penalidade da infração 6, em razão da incidência retroativa das disposições da Lei nº 13.461, de 10/12/2015, que reduziu a multa prevista no inc. IX, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, de 10% para 1%. Aplica-se ao caso a norma contida no art. 106, inc. II, letra “c”, do CTN, que prevê a aplicação da lei menos gravosa ao ato ou fato pretérito, ainda não definitivamente julgado, que comine penalidade mais branda que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. Em decorrência a infração 6 é procedente em parte, com a ajustamento da multa para o percentual de 1%, de forma que a exigência fiscal fica reduzida de R\$ 179,63 para R\$ 17,96.

Ante o exposto nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que passa a ter a seguinte configuração:

INF.	RESULTADO	VL. HISTÓRICO (R\$)	VL. JULGADO-JJF (R\$)	MULTA
1	PROC. EM PARTE	7.684,83	5.669,28	50%
2	IMPROCEDENTE	2.840,74	0,00	60%
3	PROCEDENTE	169.829,67	169.829,67	70 e 100%
4	PROCEDENTE	666,60	666,60	60%
5	PROCEDENTE	184,31	184,31	100%
6	PROCEDENTE EM PARTE	179,63	17,96	-
TOTAL		181.385,78	176.367,82	

VOTO VENCEDOR (QUANTO À PRELIMINAR DE DECADÊNCIA)

Peço vênia ao ilustre relator para apresentar entendimento diverso do alinhado em seu voto, no que tange à decadência, arguida nas infrações 01 e 02, bem como na fundamentação relativa às infrações 03 e 04.

Verifico, no que tange as infrações 01 e 02, quanto à alegação de decadência, que o impugnante, albergado no que dita o § 4º do art. 150 da CTN, argumenta que a autuação deu-se em 19/03/2014, e os fatos geradores, relativos às exigências tributárias concernentes aos períodos de janeiro e fevereiro de 2009, foram alcançados pela decadência.

No que tange, quanto à alegação defensiva relativa à extinção de parte do crédito tributário concernente aos meses do exercício de 2009, em face da sua decadência, por força do art. 156, V, c/c art. 150, § 4º, todos do CTN, acompanho o parecer da PGE/PROFIS proferido Acórdão 0050-12/15, da 2ª Câmara desses CONSEF, no sentido de que a legislação tributária vigente à época do fato gerador, nos termos do art. 107-A, I, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e conforme o §4º do art. 150 do

CTN, previa o início do prazo decadencial como sendo o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador e, portanto, o prazo decadencial em relação aos fatos geradores de 2009 teve início em primeiro de janeiro de 2010, data a partir da qual, contados cinco anos, verifica-se que a autuação, lavrada em 18/03/2014, ocorreu dentro do prazo legal.

A revogação do art. 107-A da Lei nº 3.956/81, dada pela Lei 13.199/14,¹ não retroage os efeitos para antes de 29/11/14. Esse entendimento acompanha a jurisprudência desse CONSEF e da PGE/PROFIS, acima alinhado, de que a revogação do art. 107-A do COTEB decorrente do advento da Lei nº 13.199 de 29/11/2014, por se tratar de norma jurídica de natureza material e não procedural, não pode retroagir para surtir efeito em relação a fato gerador ocorrido sob a égide da legislação tributária à época vigente. (Acórdãos CJFs nºs 0031-11/15 e 0050-12/15).

Assim, os fatos geradores ocorridos no exercício de 2009 só seriam atingidos pela decadência a partir de primeiro de janeiro de 2015 e as medidas preparatórias para o lançamento, bem como a ciência do Auto de Infração ocorreram ainda no exercício de 2014, não perdendo, a fazenda pública, o direito de exigir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores do exercício de 2009.

Tal entendimento se estende para as infrações 03 e 04, em relação às quais o relator não acolhe a arguição de decadência por razão diversa, com base no art. 173, inc. I do CTN, tendo em vista que as imputações se referem, relativa à infração 03, a imposto exigível sobre fatos que não foram objeto de lançamento escritural pelo contribuinte e na infração 04 a situação envolveu operação acobertada por documento objeto de fraude fiscal, ensejando a glosa de crédito fiscal indevidamente apropriado pelo sujeito passivo em sua escrita.

O nosso entendimento, contudo, quanto às infrações 03 e 04, não contempla a aplicação art. 173, inc. I do CTN, nos termos consignados, e sim, conforme art. 150, §4º do CTN e os correspondentes dispositivos do Código Tributário do Estado da Bahia, já alinhados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110123.0002/14-5**, lavrado contra **L.P.V. REVESTIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$181.206,15**, acrescido das multas de 50% sobre R\$7.684,83; 60% sobre R\$3.507,34; 70% sobre R\$121.572,35 e, 100% sobre R\$48.441,63, previstas, respectivamente, no art. 42, inciso I, letra “a”, inciso II, letras “b” e “d”, inc. III e inc. IV, letra “j”, todos da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$ 17,96**, prevista no art. 42, inc. IX do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de junho de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR (VENCIDO QUANTO À PRELIMINAR DE DECADÊNCIA)