

PROCESSO - A. I. Nº 278904.00012/15-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BELMETAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDOS - BELMETAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO VOLUNTÁRIO e DE OFÍCIO - Acórdão 4ª JJF 0079-04/16
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04/05/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0086-11/17

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVOS DETERMINANTES DO VÍCIO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. Tendo em vista os lançamentos de alíquotas na escrita com percentuais maiores do que aqueles consignados nas notas fiscais de entrada e que o mérito não pode ser apreciado por esta Câmara, sob pena de supressão de instância, motivo pelo qual os autos deverão retornar à Junta de Julgamento Fiscal para que o faça. Fica prejudicado o julgamento da remessa necessária. Retornam-se os autos à Primeira Instância para novo julgamento. Recurso de Ofício **PROVIDO**. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário interpostos em face da Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2015 para cobrar ICMS, no valor de R\$ 298.050,53, em decorrência do cometimento de 7 (sete) infrações, a seguir descritas:

Infração 1 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para uso e consumo do estabelecimento, no valor de R\$4.786,33, e multa de 60% (no período de julho de 2010 a novembro de 2011);

Infração 2 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, no valor de R\$69.709,50, e multa de 60% (no período de janeiro a dezembro de 2011);

Infração 3 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal. Utilizou indevidamente crédito fiscal em razão de erro na aplicação da alíquota sobre as operações de entradas (no período de fevereiro de 2010 a julho de 2011). Valor: R\$4.024,41. Multa de 60%;

Infração 4 – recolheu ICMS a menos em razão da aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de R\$140.654,61, e multa de 60% (no período de janeiro de 2010 a dezembro de 2011);

Infração 5 – recolheu ICMS a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de R\$65.539,52, e multa de 60% (no período de março de 2010 a dezembro de 2011);

Infração 6 – recolheu ICMS a menos em razão de vendas de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual, no valor de R\$8.104,13, e multa de 60% (no período janeiro a dezembro de 2011);

Infração 7 – deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, no valor de R\$5.232,03, e multa de 60% (no período de fevereiro de 2010 a novembro de 2011).

Foi apresentada Defesa administrativa tempestiva às fls. 124 a 165, contestando todas as exações e, por parte do Sr. Fiscal Autuante, Informação Fiscal às fls. 387 e 393, acolhendo parte dos argumentos defensivos e requerendo a procedência parcial do Auto Infração.

Concluída a instrução, a 4ª JJF assim proferiu seu voto, *in verbis*:

VOTO

O presente lançamento de ofício foi lavrado para exigir ICMS em razão da constatação de sete infrações.

Inicialmente, rejeito o pedido de realização de “perícia contábil” formulado pelo autuado, pois entendo que os elementos constantes dos autos são suficientes à formação do convencimento deste órgão de julgamento administrativo (acorde o artigo 147, inciso I, letra “a”, do RPAF/99). Além disso, se há alguma prova ainda a ser apresentada, certamente é proveniente de documentos que o próprio sujeito passivo possui e, assim sendo, é dele o ônus de trazê-los aos autos, sendo inadequada, para tal finalidade, a diligência solicitada.

Afasto as preliminares de nulidade do Auto de Infração, “por excesso de infrações” e por falta de esclarecimento quanto à forma de cálculo dos acréscimos moratórios, tendo em vista que:

- 1. a quantidade de infrações apontadas neste processo administrativo fiscal não foi significativa a ponto de prejudicar o direito à ampla defesa; ao contrário, a peça defensiva foi apresentada com as argumentações que o contribuinte entendeu relevantes, algumas das quais foram acatadas pelo preposto fiscal;*
- 2. embora não seja desejável a lavratura de Auto de Infração com um grande número de acusações fiscais, não há, na legislação, nenhuma limitação, mas apenas uma autorização para que o preposto fiscal expeça mais de um lançamento de ofício “relativo ao mesmo exercício fiscalizado, de modo a facilitar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão” (artigo 40 do RPAF/99);*
- 3. a forma de cálculo dos acréscimos moratórios está prevista expressamente no artigo 102 da Lei nº 3.956/81(COTEB) e a ninguém é dado desconhecer a legislação.*

Entretanto, verifico que existe um vício na descrição da infração 3, haja vista que há duas acusações distintas e divergentes: (i) utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal; (ii) utilização indevida de crédito fiscal em razão de erro na aplicação da alíquota sobre as operações de entradas.

Entendo que essa dicotomia, sem dúvida, prejudicou o direito ao contraditório do contribuinte, que ficou sem saber de que irregularidade estava sendo acusado. Observo que somente na informação fiscal é que o autuado foi cientificado de que a acusação correta seria a utilização indevida de crédito fiscal em razão de erro na aplicação da alíquota sobre as operações de entradas.

No caso concreto, entendo que o lançamento de ofício padece de vício insanável, razão pela qual decreto a nulidade da infração 3, com fundamento nas disposições dos artigos 18, incisos II e IV, alínea “a”, e 39, inciso III, do RPAF/99.

O sujeito passivo requereu, ainda, a declaração de decadência de todos os fatos geradores ocorridos em período anterior a cinco anos, contados da data em que foi cientificado da lavratura do presente Auto de Infração (07/04/15), com base no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, tendo em vista que o ICMS é um tributo cujo lançamento é realizado por homologação.

A esse respeito adoto o posicionamento do Conselheiro Paulo Danilo Reis Lopes externado no Acórdão CJF nº 0107-12/15, prevalente neste CONSEF, conforme reproduzido a seguir:

“Não se vislumbra o fenômeno da fruição do prazo decadencial, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, o qual estabelece o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador como termo “a quo”, determinação esta refletida no art. 107-A do Código Tributário da Bahia – COTEB – Lei nº 3.956/1981, abaixo transcrito, in verbis, dispositivo cuja eficácia não pode ser negada por este órgão (art. 167, III, RPAF/1999).

“Art. 107-A. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

Relativamente à revogação do sobredito artigo do COTEB, ocorrida em novembro de 2014, por intermédio da Lei 13.199, de 28/11/2014, cabe esclarecer que o instituto em tela (decadência) é de direito material, porquanto extingue o direito em si. Assim, não pode ter aplicação retroativa a atos jurídicos perfeitos e acabados, entre os quais se incluem os fatos geradores do ICMS praticados anteriormente à vigência da Lei 13.199/2014, sob pena de violação da garantia instituída no artigo 5º inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988 (à época das ocorrências, encontrava-se em vigor o art. 107-A do COTEB, apenas revogado, como dito, em novembro de 2014).

“XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Por exemplo, em matéria previdenciária, a Lei Federal 9.728/1997 instituiu prazo decadencial em desfavor dos requerentes de revisão de renda mensal de benefício. Veja-se o que têm decidido os tribunais pátrios acerca do assunto.

PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO NÃO CARACTERIZADO.

REVISÃO DE BENEFÍCIO. PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 103 DA LEI 8.213/91, COM A REDAÇÃO DA MP 1.523/97 CONVERTIDA NA LEI 9.528/97 E ALTERADO PELA LEI 9.711/98. I - Desmerece conhecimento o Recurso especial, quanto à alínea "c" do permissivo constitucional, visto que os acórdãos paradigmas se referem aos efeitos de lei processual, enquanto o instituto da decadência se insere no campo do direito material. II - O prazo decadencial do direito à revisão de ato de concessão de benefício previdenciário, instituído pela MP 1.523/97, convertida na Lei 9.528/97 e alterado pela Lei 9.711/98, não alcança os benefícios concedidos antes de 27.06.97, data da nona edição da MP 1.523/97. III - Recurso conhecido em parte e, nessa desprovido (Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº 254.186/PR, 5ª Turma, Relator o Ministro GILSON DIPP, publicado no DJU de 27/8/2001).

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL. PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 103 DA LEI Nº. 8.213/91, COM A REDAÇÃO DA MP Nº 1.523/97, CONVERTIDA NA LEI Nº. 9.728/97. APLICAÇÃO ÀS RELAÇÕES JURÍDICAS CONSTITUÍDAS SOB A VIGÊNCIA DA NOVA LEI. 1. O prazo de decadência para revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário, estabelecido pela Medida Provisória nº. 1.523/97, convertida na Lei nº. 9.528/97, que alterou o artigo 103 da Lei nº. 8.213/91, somente pode atingir as relações jurídicas constituídas a partir de sua vigência, vez que a norma não é expressamente retroativa e trata de instituto de direito material. 2. Precedentes. 3. Recurso especial não conhecido (Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial 479964/RN; 6ª Turma, Relator o Ministro PAULO GALLOTTI, publicado no DJU de 10/11/2003).

Assinale-se que a PGE/PROFIS, nos autos do processo 207101.0002/14-6, exarou Parecer com entendimento correspondente ao acima exposto, através do qual restou dito que, em razão de a Lei 13.199/2014 conter norma jurídica não procedimental, os seus efeitos não podem retroagir.

Rejeitada a prejudicial de decadência”.

Em consequência, fica rejeitada a alegação de decadência.

No mérito, verifico que o autuante acatou as comprovações trazidas aos autos pelo autuado no que se refere às infrações 1 e 4, por reconhecer que: (i) as mercadorias adquiridas foram utilizadas para embalagem de produtos, sendo legítimo o crédito fiscal, nos termos do artigo 93, inciso I, alínea “a”, do RICMS/97; (ii) os destinatários das mercadorias vendidas foram, em sua maioria, beneficiários do programa PROBAHIA e, além disso, foram emitidas notas fiscais com o imposto complementar em relação às demais notas fiscais relacionadas na autuação, não havendo que se falar em recolhimento a menos do tributo estadual. Em consequência, devem ser consideradas insubsistentes as citadas imputações (1 e 4).

Na infração 2 o contribuinte foi acusado de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, no período de janeiro a dezembro de 2011.

O sujeito passivo alegou que as mercadorias listadas na autuação somente passaram para o regime da substituição tributária a partir de 01/01/13 com a edição do Decreto nº 14.242/12, enquanto que o preposto fiscal rebateu afirmando que os produtos “estão sujeitos ao regime de substituição tributária desde 01/01/11, conforme o disposto no Protocolo ICMS 170/10, recepcionado pelos incisos III, V e VI do art. 2º do Dec. estadual 12.470, publicado em 23/11/2010, e disposto no item 40 do inc. II do art. 353 do RICMS/Ba, aprovado pelo Dec. 6.284/97”.

Analizando o demonstrativo de fls. 36 a 48, constato que se trata de aquisições, pelo autuado, de materiais de construção (cumeeira, Plasticell PVC, diversos tipos de chapas, telhas, dobradiças, fechos, ferrolhos, fechaduras, hastes, maçanetas, parafusos, telas, conjuntos fixadores, portas sanfonadas, vidros para janelas e portas, kit para box etc).

Na verdade, diferentemente do que afirmou o autuante, os materiais de construção foram inseridos na substituição tributária a partir de 01/01/11, com o acréscimo do item 40 ao inciso II do artigo 353 do RICMS/97 pelo Decreto nº 12.534/10, uma vez que o anterior Decreto nº 12.470/10 não produziu efeitos, consoante se observa da transcrição abaixo:

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

40 - os seguintes materiais de construção:

Nota: A redação atual do item 40, do inciso II do *caput* do art. 353 foi dada pela Alteração nº 141 (Decreto nº 12534, de 23/12/10, DOE de 24/12/10), efeitos a partir de 01/01/11:

Redação anterior dada ao item 40 tendo sido acrescentado ao inciso II do *caput* do art. 353 pela Alteração nº 140 (Decreto nº 12470, de 22/11/10, DOE de 23/11/10) - sem efeitos:

"40 - materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno listados nos itens 1 a 38 e 44 a 91 do anexo único do Protocolo ICMS 104/09;"

40.1 - materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno listados nos itens 1 a 38 e 44 a 91 do Anexo Único do Protocolo ICMS 104/09;

40.2 - produtos de qualquer espécie utilizados como colas ou adesivos, acondicionados para venda a retalho como colas ou adesivos, com peso líquido não superior a 1 (um) kilo, exceto cola bastão, cola instantânea e cola branca escolar - NCM 3506;

40.3 - blocos, placas, tijolos, ladrilhos, telhas e outros artefatos, de vidro prensado ou moldado, mesmo armado, para construção; cubos, pastilhas e outros artigos semelhantes - NCM 7016;

40.4 - vergalhões - NCM 7213;

Nota: O item 40.4 foi acrescentado ao *caput* do art. 353 foi dada pela Alteração nº 142 (Decreto nº 12537, de 30/12/10, DOE de 31/12/10), efeitos a partir de 01/01/11.

40.5 - banheira de hidromassagem - NCM 7019;

Nota: O item 40.5 foi acrescentado ao *caput* do art. 353 foi dada pela Alteração nº 142 (Decreto nº 12537, de 30/12/10, DOE de 31/12/10), efeitos a partir de 01/01/11.

41 - suportes elásticos para cama - NCM-SH 9404.10.00; colchões, inclusive box, NCM-SH 9404.2; travesseiros e pillow, NCM-SH 9404.90.00, (Prot. ICMS 190/09)

Sendo assim, correta a autuação, devendo ser mantido, portanto, o débito lançado na segunda imputação.

Na infração 5 o ICMS foi exigido em razão de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de março de 2010 a dezembro de 2011, por aplicação indevida da redução de base de cálculo em operações de saídas de mercadorias "destinadas a contribuintes não inscritos no cadastro de contribuintes do ICMS", segundo informou a autoridade lançadora em sua manifestação.

O contribuinte alegou que estava autorizado, pelo Termo de Acordo que firmou com o Estado da Bahia (com fundamento no Decreto nº 7.799/00), a reduzir a base de cálculo do imposto nas operações de saídas "destinadas a pessoa jurídica não contribuinte", por isso seria indevido o valor ora cobrado.

O artigo 1º do mencionado Decreto estabelecia que "nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderia ser reduzida em 41,176% (...)"

Ressalto que o sujeito passivo está inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia na atividade de Comércio Atacadista de Ferragens e Ferramentas (CNAE nº 4672-9/00) e, portanto, encontra-se inserido no item 14-A do Anexo Único do Decreto nº 7.799/00, fazendo jus à redução de base de cálculo do imposto estadual nas operações internas destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS. Vejamos a transcrição do Anexo Único:

ANEXO ÚNICO

| ITEM | CÓDIGO | ATIVIDADE ECONÔMICA |
|------|-----------|---|
| 1 | 4631-1/00 | Comércio atacadista de leite e laticínios |
| 14 | 4649-4/04 | Comércio atacadista de móveis e artigos de colchoaria |
| 14-A | 4672-9/00 | Comércio atacadista de ferragens e ferramentas |
| 14-B | 4673-7/00 | Comércio atacadista de material elétrico |
| 14-C | 4679-6/99 | Comércio atacadista de materiais de construção em geral |

Já o § 3º do artigo 1º do Decreto nº 7.799/00 estabelecia, à época dos fatos geradores deste Auto de Infração (março de 2010 a dezembro de 2011), que o tratamento previsto no artigo 1º (redução de base de cálculo em 41,176%) se estendia às operações internas realizadas por estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes dos itens 13, 14-A, 14-B e 14-C do Anexo Único do Decreto (caso do autuado) nas seguintes situações:

1. de 01/08/06 a 31/10/11 – operações internas **destinadas a não contribuintes do ICMS inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia na condição de especial**;
2. de 01/11/11 a 19/12/11 – operações internas **destinadas a pessoa jurídica não contribuinte do ICMS**, podendo, para efeito de correspondência do percentual de faturamento à fruição do benefício, ser considerado como saída para contribuinte;
3. de 20/12/11 a 30/06/12 – operações internas **destinadas a pessoa jurídica não contribuinte do ICMS**, podendo, para efeito de correspondência do percentual de faturamento à fruição do benefício, ser considerado como saída para contribuinte.

Vejam os dispositivos acima referidos:

Art. 1º Nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, **destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia**, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento), desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo, em cada período de apuração do imposto, aos seguintes percentuais de faturamento:

(...)

Redação anterior dada ao § 3º do art. 1º pelo Decreto nº 13.537, de 19/12/11, DOE de 20/12/11, efeitos a partir de 20/12/11 a 30/06/12:

"§ 3º O tratamento tributário previsto neste artigo se estende às operações internas realizadas de estabelecimentos de contribuinte inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS), sob os códigos de atividades econômicas constantes dos itens 12-A, 13, 14-A, 14-B e 14-C do Anexo Único deste decreto destinadas a pessoa jurídica não contribuinte do ICMS, podendo, para efeito de correspondência do percentual de faturamento à fruição do benefício, ser considerado como saída para contribuinte".

Redação anterior dada ao § 3º do art. 1º pelo Decreto nº 13.339, de 07/10/11, DOE de 08 e 09/10/11, efeitos de 01/11/11 a 19/12/11:

"§ 3º O tratamento tributário previsto neste artigo se estende às operações internas realizadas de estabelecimentos de contribuinte inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes dos itens 13, 14-A, 14-B e 14-C do Anexo Único deste decreto destinadas a pessoa jurídica não contribuinte do ICMS, podendo, para efeito de correspondência do percentual de faturamento à fruição do benefício, ser considerado como saída para contribuinte."

Redação anterior dada ao § 3º, tendo sido acrescentado ao art. 1º pelo Decreto nº 10.156, de 13/11/06, DOE de 14/11/06, efeitos de 01/08/06 a 31/10/11:

"§ 3º Estende-se o tratamento tributário previsto neste artigo às operações internas realizadas por estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes dos itens 13, 14-A, 14-B e 14-C do Anexo Único deste decreto destinadas a não contribuintes do ICMS inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia na condição de especial."

Do exame dos demonstrativos elaborados pelo autuante (fls. 78 a 95) em confronto com os demonstrativos apresentados pelo contribuinte (fls. 153 a 157 e 399), verifico, por amostragem, que foram listadas operações internas de saídas de mercadorias para contribuintes inscritos no CAD-ICMS na condição de especial. É o caso, por exemplo, das seguintes operações:

1. Nota Fiscal nº 76708 –

Empresa destinatária: Engkah Empreendimentos Imobiliários Ltda.
Inscrição estadual nº 066.800.987 EP

2. Nota Fiscal nº 81883 –

Empresa destinatária: TAC Montagem e Manutenção de Elevadores Ltda.
Inscrição estadual nº 064.090.725 EP

3. Nota Fiscal nº 85148 –

Empresa destinatária: Civil Empreendimentos Ltda.
Inscrição estadual nº 035.756.194 NO

Ressalte-se que o autuante, em nenhum momento, rebateu especificamente as alegações e provas trazidas aos autos pelo sujeito passivo, limitando-se a dizer genericamente que "houve aplicação indevida do benefício de redução de base de cálculo em operações de saídas de mercadorias destinadas a contribuintes não inscritos no cadastro de contribuintes do ICMS, contrariando desta forma o disposto no parágrafo 3º do evocado Dec. 7799/00".

Por tudo quanto foi exposto, considero que não restou comprovado o uso indevido do benefício da base de cálculo nas operações de saídas internas destinadas às pessoas jurídicas listadas nesta ação fiscal, no período

de março de 2010 a dezembro de 2011, porque o procedimento do autuado, verificado por amostragem, encontrava amparo no § 3º do artigo 1º do Decreto nº 7.799/00 acima reproduzido.

As infrações 6 e 7 não foram impugnadas no mérito pelo contribuinte, razão pela qual devem ser mantidas nesta autuação, à exceção do débito relativo ao mês de fevereiro de 2010 (infração 7) alcançado que foi pela decadência.

Também não há como ser acatada a alegação defensiva, de confiscatoriedade das multas indicadas no Auto de Infração, considerando que estão previstas no artigo 42, incisos II, alíneas “a” e “f”, e VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, não se incluindo na competência do CONSEF “a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior”, nos termos do inciso III do artigo 167 do RPAF/99.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, julgando procedentes as infrações 2, 6 e 7, improcedentes as infrações 1, 4 e 5, e nula a infração 3.

Na resolução do acórdão, houve a interposição do Recurso de Ofício pela 4ª JJF, consoante previsão legal, devido à desoneração ocorrida nas infrações 1, 3, 4 e 5.

Inconformado com a Decisão, o Autuado interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 223 a 234, objetivando a revisão do julgamento.

Seguidamente a um breve histórico dos fatos passa a propalar sobre a nulidade do Auto de Infração em decorrência ao excessivo número de infrações em um único processo, asseverando que se trata de uma verdadeira afronta ao princípio do contraditório.

Adiante, com base no artigo 39 do RPAF, afiança que há nulidade do Auto de Infração por falta de informação imprescindível, qual seja, a explicação de “*qual índice está sendo utilizado, bem como a forma de cálculo utilizada pela Fazenda deste Estado*” quanto a atualização e o acréscimo moratório.

Noutro tópico aduz a ocorrência de decadência de todos os fatos geradores anteriores a 06.04.2010, consoante o quanto previsto no artigo 150, §4º do CTN.

Quanto a infração 2, referente à suposta utilização indevida de crédito fiscal sobre mercadoria adquirida com pagamento de imposto antecipado, sustenta que é legítimo o crédito fiscal, pois as mercadorias descritas na autuação passaram para o regime da substituição tributária a partir de 01/01/13, com a edição do Decreto nº 14.242/12, portanto, em data posterior aos fatos geradores listados. Em socorro a sua tese, colaciona planilha com relação de notas fiscais, as NCM’s, das mercadorias e o item correspondente do Decreto nº 14.243/2012.

Em seguida, aponta o caráter confiscatório das multas aplicadas com base em doutrina, jurisprudência do STF e o artigo 150, V da CF.

Tece comentários ao princípio da verdade material e a aplicação no presente caso, alegando também a “*inequívoca possibilidade de juntada de documentos posteriormente à defesa*”.

Ao final de seu arrazoado, pede pela reforma da Decisão de piso, com o conhecimento e provimento do Recurso Voluntário, para julgar totalmente improcedente o Auto de Infração vergastado, concedendo do efeito suspensivo, com fulcro no artigo 169, I, “b” do Decreto ‘, determinando o cancelamento do lançamento e o levantamento de qualquer pendência ou anotação feita nos cadastros do recorrente.

Pele pela intimação do recorrente para realização de sustentação oral.

VOTO VENCIDO

Temos sob análise Recurso Voluntário e de Ofício interpostos contra a Decisão da 4ª JJF que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lançado pelo suposto cometimento de 07 infrações.

Pois bem, começamos o julgamento pelo Recurso Voluntário.

O Recorrente alega, em sua peça defensiva, que o Auto de Infração é nulo por excessivo número de infrações lançadas, bem como falta de informação imprescindível quanto a atualização do valor do débito e o índice de correção.

No que tange ao excessivo número de infrações, entendo que não merece guarida a afirmativa

recursal eis que, além das exações estarem suficientemente claras e embasadas em demonstrativos de fácil compreensão, não foram lançadas em quantidade tamanha que pudesse impedir ou prejudicar o direito de defesa do contribuinte.

Por seu turno, como bem apontado pela relatora de piso, não há qualquer limite legal para o número de infrações.

Quanto ao índice de atualização do débito tributário e a forma de cálculo dos acréscimos moratórios, também já foi explicitado no julgamento de base que tais cálculos estão previstos no artigo 102 do COTEB (Lei nº 3.956/81), abaixo colacionado:

Art. 102. Os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares ficarão sujeitos aos seguintes acréscimos moratórios:

I - se declarados espontaneamente:

- a) atraso de até 15 (quinze) dias: 2% (dois por cento);*
- b) atraso de 16 (dezesseis) dias até 30 (trinta) dias: 4% (quatro por cento);*
- c) atraso de 31 (trinta e um) dias até 60 (sessenta) dias: 8% (oito por cento);*
- d) atraso de 61 (sessenta e um) dias até 90 (noventa) dias: 12% (doze por cento);*
- e) atraso superior a 90 (noventa) dias: 1% (um por cento) por cada mês ou fração seguinte ao atraso de 90 (noventa) dias, cumulado do percentual previsto na alínea anterior;*

II - se reclamados através de Auto de Infração, 1% (um por cento) por cada mês ou fração seguinte, a partir de 30 (trinta) dias de atraso.

§ 1º Os acréscimos moratórios serão calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente na data do recolhimento.

§ 2º Os acréscimos moratórios, incidentes a partir de 1º de janeiro de 2001, serão calculados segundo os seguintes critérios:

I - sobre os débitos denunciados espontaneamente, incidirão apenas acréscimos moratórios equivalentes 0,11% (onze décimos por cento) ao dia, limitados a 10% (dez por cento), mais a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.

II - sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, incidirão acréscimos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado

§ 3º A partir de 1º de janeiro de 2006, também incidirão acréscimos moratórios sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício decorrentes do descumprimento de obrigação tributária acessória, na forma prevista no inciso II do § 2º deste artigo.

Assim, afasto as preliminares suscitadas pelo recorrente.

No que tange a infração 2, também não há razão nas alegações recursais, pois, conforme já explanado pela Relatora do julgamento de piso, as inserções das mercadorias autuadas na substituição tributária foi em 01/01/11, com o acréscimo do item 40 ao inciso II do artigo 353 do então vigente RICMS/BA-97, conforme disposto no Decreto nº 12.534/10.

Portanto, não pairam dúvidas que a infração 2 é Subsistente.

Quanto à alegação do recorrente de que a multa aplicada na autuação é exorbitante e de caráter confiscatório, ferindo o art. 150, inciso IV, da Constituição Federal e, portanto, ilegal, requerendo o seu afastamento de forma integral ou a sua redução.

Neste particular, infelizmente a aludida multa encontra amparo legal, e, não é facultado o acatamento de inconstitucionalidade no processo administrativo, por expressa disposição do art. 167, inciso I do RPAF/BA-99.

Sendo assim, não há mais o que se discutir nesta 1ª CJF no que concerne ao valor da multa aplicada.

Logo, o Recurso voluntário é Não Provido.

Caminho para o enfretamento do Recurso de Ofício, cujo objeto é a desoneração ocorridas nas

infrações 1, 3, 4 e 5. Vejamos.

A infração 3 foi julgada nula por entender que houve prejuízo ao direito de defesa do contribuinte por acobertar duas acusações distintas e divergentes, quais sejam:

- (i) utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal;
- (ii) utilização indevida de crédito fiscal em razão de erro na aplicação da alíquota sobre as operações de entradas.

Julgo acertada a Decisão de primo grau, pois, efetivamente, houve a ocorrência de vício insanável consoante o disposto no artigo 18, II e IV, alínea 'a' do RPAF/BA-99, eis que não estão suficientemente claros e precisos os fatos geradores apurados, o que esbarra na prescrição do artigo 39, III, do mesmo diploma legal, abaixo colacionado, *in verbis*:

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

III - a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta;

Infração 3 Nula, conforme julgamento de primeira instância.

No que concerne às infrações 1 e 4, a JJF assim decidiu:

No mérito, verifico que o autuante acatou as comprovações trazidas aos autos pelo autuado no que se refere às infrações 1 e 4, por reconhecer que: (i) as mercadorias adquiridas foram utilizadas para embalagem de produtos, sendo legítimo o crédito fiscal, nos termos do artigo 93, inciso I, alínea "a", do RICMS/97; (ii) os destinatários das mercadorias vendidas foram, em sua maioria, beneficiários do programa PROBAHIA e, além disso, foram emitidas notas fiscais com o imposto complementar em relação às demais notas fiscais relacionadas na autuação, não havendo que se falar em recolhimento a menos do tributo estadual. Em consequência, devem ser consideradas insubsistentes as citadas imputações (1 e 4).

Compulsando os autos, realmente depreendo que está certo o posicionamento do Sr. Autuante, como também dos julgadores de base, ao perceber que as mercadorias alcançadas pela infração 1 (*"filme stretch, papel kraft e crepado, selo fita poliéster e de arquear e etc"*) foram realmente adquiridas para embalagem dos produtos comercializados, sendo legítimo o crédito fiscal utilizado.

Em relação à infração 04, o próprio autuante reconheceu que foi esclarecida a questão e com a análise da documentação acostada *"de fato, é possível verificar que os destinatários das notas fiscais objetos da autuação são, em sua maioria, beneficiários do programa PROBAHIA, conforme documentação acostada entre as folhas 196 e 197, bem como também é possível verificar terem sido emitidas notas fiscais com o ICMS complementar em relação às demais notas fiscais objeto da infração, conforme visto entre as folhas 199 a 213 do PAF"*.

Diante desses esclarecimentos, creio que as infrações 1 e 4 são Insubsistentes, conforme julgamento de primeira instância.

Quanto à infração 5, lançada pelo suposto erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, por indevido uso do benefício fiscal do Decreto nº 7799/00, depreendo que andou bem os julgadores de base ao entender que realmente não foi utilizado indevidamente o benefício fiscal, eis que o sujeito passivo está inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia na atividade de Comércio Atacadista de Ferragens e Ferramentas (CNAE nº 4672-9/00), no item 14-A do Anexo Único do Decreto nº 7.799/00.

Ademais, o Contribuinte listou nos demonstrativos de fls. 153 a 157 e 399, que se sucederam operações internas de saídas de mercadorias para contribuintes inscritos no CAD-ICMS na condição de especial.

Realmente, tais operações foram genericamente contestadas pela fiscalização, sem demonstrar qualquer equívoco que afastasse do gozo do benefício fiscal.

Deste modo, entendo correto o julgamento de Insubsistência da infração 05.

Recurso de ofício Não Provido.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os Recurso, para manter inalterada a Decisão de piso que julgou Parcialmente Procedente o presente Auto de Infração,

VOTO VENCEDOR

A infração 3 do presente lançamento de ofício acusa o contribuinte de utilização indevida de crédito de ICMS, em valores superiores aos destacados nos documentos fiscais.

Na descrição dos fatos, está dito que se trata de uso indevido de crédito, em decorrência de erro na aplicação das alíquotas relativas às operações de entrada. Ou seja, o sujeito passivo, conforme se observa nas planilhas de fls. 51 a 55, utilizou, em seu favor, percentuais maiores do que aqueles constantes das notas fiscais.

Por exemplo, observa-se, nos mencionados demonstrativos ou planilhas, que sobre a base de cálculo das operações (coluna "VLBCICMS") foi aplicada a diferença entre as alíquotas efetivamente destacadas nos documentos fiscais (coluna "ALIQUAUD"; 12% e 7%) e as utilizadas pelo autuado (coluna "ALIQUINF"; 17%, 12,6%, 7,2% e 7,1%), apurando-se dessa forma o imposto devido.

Em face do exposto, não há nulidade, tampouco existência de duas imputações em um só tópico do Auto de Infração, mas acusação, perfeitamente compreensível, de utilização indevida de crédito, tendo em vista os lançamentos de alíquotas na escrita com percentuais maiores do que aqueles consignados nas notas fiscais de entrada.

O mérito não pode ser apreciado por esta Câmara, sob pena de supressão de instância, motivo pelo qual os autos deverão retornar à Junta de Julgamento Fiscal para que o faça.

Fica prejudicado o julgamento da remessa necessária.

Julgando NULA a Decisão de origem, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício e considerar PREJUDICADO o Recurso Voluntário apresentado no sentido de retornar os autos à Junta para novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto e considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **278904.00012/15-5**, lavrado contra **BELMETAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo os autos retornar a 1ª Instância para novo julgamento.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros(as): Paulo Danilo Reis Lopes, Eduardo Ramos de Santana e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Rodrigo Lauande Pimentel, Laís de Carvalho Silva e Valnei Sousa Freire.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de março de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR/VOTO VENCIDO

PAULO DANILO REIS LOPES - VOTO VENCEDOR

ANA CAROLINA ISABELLA MOREIRA – REPR. DA PGE PROFIS