

PROCESSO - A. I. N° 269193.3003/16-4
RECORRENTE - ALCATEC PRODUTOS SINTÉTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF n° 0022-03/17
ORIGEM - INFAS CRUZ DAS ALMAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/09/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0298-12/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO DE MATERIAIS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. **b)** VALOR CREDITADO A MAIS QUE O DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. **c)** UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO PRESUMIDO COM VEDAÇÃO DE CRÉDITOS DO IMPOSTO RELATIVO A AQUISIÇÕES OU ENTRADAS DE MERCADORIAS NO ESTABELECIMENTO. **d)** SAÍDAS DE PRODUTOS NÃO PREVISTOS NA RESOLUÇÃO 14/2008. **e)** VALOR CREDITADO A MAIS. ERRO NO CÁLCULO DO CRÉDITO PRESUMIDO. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS PARA USO DO ESTABELECIMENTO. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. **a)** LIVROS FISCAIS. ESCRITURAÇÃO EM DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES. **b)** APRESENTAÇÃO E ESCRITURAÇÃO DE LIVROS FISCAIS FORA DAS ESPECIFICAÇÕES. **c)** DMA. INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. As provas recursais anexadas são suficientes em relação à apropriação do crédito de 90% do imposto destacado nos documentos fiscais, conforme prevê o Programa do PROBAHIA, no qual comprova a não apropriação indevidamente de crédito fiscal. Infrações improcedentes (1 a 5). Acolhida preliminar de decadência arguida para o período de janeiro a junho de 2011, quanto as infrações 2 a 5 e, de ofício, em relação às infrações 6, 8 e 9. Rejeitada preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 3ª JJF através do Acordão n° 0022-03/17 que julgou o Auto de Infração Procedente, no valor de R\$212.880,12, acrescido das multas de 60% previstas nos incisos VII, alínea "a" e II, alínea "f" do artigo 42 da Lei n° 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$3.260,00, previstas nos incisos XVII, "b", XXII e XVIII, "c" do art. 42 da Lei n° 7.014/96.

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2016, formaliza a exigência de ICMS pelo cometimento de 9 infrações, conforme descritas abaixo:

Infração 1. 01.02.02 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de dezembro de 2011 e 2012, no valor de R\$982,82 acrescido da multa de 60%;

Infração 2. 01.02.41 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais. O contribuinte é beneficiário do PROBAHIA e como tal faz jus a crédito presumido de 90% do ICMS destacado nas notas fiscais de saídas, sendo o imposto efetivo de 10% do ICMS sobre as vendas. No caso de devoluções dessas vendas, o contribuinte não pode se creditar de imposto superior

a esta monta, ainda que a nota fiscal de devolução retorno com valor do imposto cheio. Ocorrências nos meses de janeiro, abril a junho, agosto a dezembro de 2011, janeiro, fevereiro, maio, agosto a outubro de 2012, no valor de R\$24.820,56, acrescido da multa de 60%;

Infração 3. 01.02.84 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a utilização de crédito presumido com vedação de crédito do imposto relativo a aquisições ou entradas, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento e aos serviços tomados, vinculados as saídas com crédito presumido, como beneficiário do Probahia, nos meses de dezembro de 2011, fevereiro a maio, setembro a dezembro de 2012 no valor de R\$ 84.125,20 acrescido da multa de 60%;

Infração 4. 01.04.06 - utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS. O contribuinte faz jus a crédito presumido sobre as vendas de produtos constantes em Resolução específica do Conselho Deliberativo do PROBAHIA. Nos meses 01 a 08 de 2011, extrapolou o escopo dos produtos previstos em tal Resolução. Alegou estribar-se na Resolução 24/2006, no entanto a Resolução válida era a 14/2008 que substituiu aquela. Tal escopo foi aumentado pela Resolução 21/2011, mas só a partir de 30/08/2011. Valor de R\$57.830,57, acrescido da multa de 60%;

Infração 5. 01.04.06 - utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS. O contribuinte faz jus a crédito presumido de 90% sobre as vendas, como beneficiário do Probahia, mas em vários meses lançou tais créditos a maior no livro RAICMS. Esta infração não se confunde com a anterior. Naquela tem-se na base para o crédito presumido produtos não contemplados pela Resolução que concedeu o benefício. Nesta, errou-se o cálculo do referido crédito conforme demonstrativos anexados ao PAF, nos meses de março, julho a outubro de 2012 no valor de R\$8.829,38, acrescido da multa de 60%.

Infração 6. 06.02.01 - deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012 no valor de R\$36.291,59, acrescido da multa de 60%;

Infração 8. 16.04.11 - utilização e apresentação dos livros fiscais fora das especificações de impressão e ou numeração e ou costura ou encadernação estabelecida no RICMS/BA. Apresentou o livro RUDFTO sem os dados obrigatórios de abertura, em abril de 2016, sendo aplicada multa de 460,00;

Infração 9. 16.05.11 - declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA - Declaração e Apuração Mensal do ICMS, nos meses de fevereiro, abril a setembro, novembro e dezembro de 2011 e janeiro de 2012, sendo aplicada multa fixa de R\$140,00, totalizando R\$1.400,00.

A 3º JJF julgou o Auto de Infração Procedente, emitindo o seguinte voto:

“O Auto de Infração em epígrafe é composto por nove infrações arroladas pela fiscalização, conforme relatadas na inicial.

Preliminarmente, foi arguida a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento do direito de defesa, sob o argumento de que o impugnante não teria tomado ciência do Termo de Início de Fiscalização, não sendo formalmente cientificado que estava sob processo de fiscalização. Disse que, em que pese ter emitido intimação para apresentação de livros e documentos, enviada por e-mail para a empresa e sem data de lavratura, esta intimação não contém a origem do procedimento, ou seja, a ordem de serviço que determinou o procedimento. Esses fatos, segundo o impugnante, prejudicaram muito seu exercício de defesa, por tratar-se de atos que atingem a segurança jurídica do contribuinte e que não lhe foi cientificado de forma inequívoca.

Analizando os elementos que compõem o PAF constato que, embora não exista o Termo de Início de Fiscalização, o contribuinte foi devidamente intimado, pessoalmente, conforme fazem prova as intimações fls. 12 a 15 deste processo, a primeira, datada e assinada por preposto da empresa em 08.04.2016.

Sobre a matéria, assim dispõe o inciso II do art. 28 do RPAF/99, in verbis:

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

(...)

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

A respeito do meio pelo qual o sujeito passivo deve ser intimado, preconiza o art. 108 do citado RPAF/99:

Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

Da leitura dos dispositivos acima transcritos, podemos constatar a absoluta regularidade da ação fiscal que resultou no Auto de Infração em análise. Quanto a reclamação de que não teria recebido cópia da Ordem de Serviço para que o autuante realizasse a ação fiscal, observo que não existe previsão legal para que se adote tal

procedimento, tratando-se de um controle interno da repartição fazendária.

Dessa forma, não vislumbro na autuação qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, que foi exercida plenamente, haja vista que o sujeito passivo demonstrou perfeito conhecimento das infrações, as quais foram fundamentadas em demonstrativos analíticos e documentos fiscais, cujas cópias foram fornecidas ao contribuinte, inexistindo o alegado cerceamento do direito de defesa.

Ademais, a descrição das infrações permite, claramente, identificar do que está sendo acusado o contribuinte, inociorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício. Afasto, portanto, as nulidades arguidas pelo autuado considerando que o procedimento fiscal se encontra em consonância com a Lei e o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do estado da Bahia.

O defensor suscitou a decadência parcial do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário quanto aos fatos geradores ocorridos nas infrações 01 a 05, visto que foram constituídos créditos tributários das competências 01/2011 a 12/2012. Explicou que a intimação do lançamento se deu em 30/06/2016, sendo que os fatos geradores ocorridos antes de 05/2011 estão atingidos pela decadência, aduzindo que o tributo sujeito a lançamento por homologação em que tenha havido pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido a título de ICMS, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, o prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário obedece a regra prevista no § 4º do art. 150 do CTN.

Sobre a argüição de decadência, o art. 107-A do COTEB, em conformidade com o que prevê o § 4º do art. 150, do CTN, determinava o início da contagem do prazo decadencial no primeiro dia do exercício seguinte da ocorrência dos fatos geradores.

Com o advento da Lei nº 13.199 de 29/11/2014, o art. 107-A do COTEB foi revogado, entretanto, remanesce entendimento tanto da PGE/PROFIS como deste CONSEF, da impossibilidade de sua aplicação retroativa para surtir efeito em relação a fato gerador constituído sob a égide da legislação tributária à época vigente - por se tratar de norma jurídica de natureza material e não procedural - a exemplo das recentes decisões proferidas pelas Câmaras de Julgamento Fiscal nos Acórdãos CJFs Nº 0031-11/15 e 0050-12/15.

Observo que a disposição do artigo 173, I, do CTN, prevê que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco anos), contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Portanto, o prazo para constituição do crédito tributário ou homologação do lançamento tem a sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme os artigos 173, I, do CTN, não podendo prosperar a argüição defensiva, haja vista que, no presente caso, o período autuado alcança o exercício de 2011, valendo dizer que a contagem iniciou-se em 01/01/2012 com termo final em 31/12/2016.

Vejo que o Auto de Infração foi lavrado dia 30/06/2016 e o autuado tomou ciência nesta mesma data, portanto, dentro do prazo de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, não há que se falar em homologação tácita do lançamento e, por consequência, em decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme argüido pelo impugnante.

Neste caso, não acolho a argüição de extinção do crédito tributário por ocorrência de decadência ou homologação tácita do lançamento.

O defensor requereu a realização de diligência/pericia, que fica de plano, indeferida. Considero os elementos constantes dos autos suficientes para a formação do convencimento dos julgadores. Portanto, com base nos incisos I, "a" e II, "b" do art. 147 do RPAF/99, não acolho tal pedido.

Vejo que o autuado não contestou as infrações 06, 07, 08 e 09, realizando o recolhimento do crédito tributário respectivo. Estas infrações ficam mantidas, visto que sobre as mesmas não existe lide a ser decidida, devendo ser homologados os valores pagos.

No mérito, as infrações 01, 02 e 03 se referem a utilização de crédito indevido, respectivamente, pela aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, valor destacado a maior no documento fiscal e a utilização de crédito presumido com vedação de crédito do imposto relativo a aquisições ou entradas, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento e aos serviços tomados, vinculados as saídas com crédito presumido, como beneficiário do PROBAHIA.

O defensor na sua peça impugnativa fez uso dos mesmos argumentos para rebater estas três infrações: (i) que não teria utilizado os citados créditos, considerando que no período fiscalizado apropriou-se exclusivamente do crédito presumido previsto pelo PROBAHIA; (ii) que cópias de livros fiscais que apresenta juntamente com a defesa e as informações prestadas, via SPED FISCAL, corroboram com tal afirmação; (iii) que os livros fiscais que apresentou à fiscalização se encontravam equivocados, devido a um erro no momento da impressão.

Estes argumentos não podem ser acolhidos, pois carecem de provas. Conforme acertadamente declarou o autuante na informação fiscal, o autuado declara ter disponibilizado juntamente com sua defesa, cópias de livros fiscais diferentes daqueles apresentados no início da ação fiscal. Não há como aceitar que se corrija um

livro fiscal após uma fiscalização, desejando-se retroagir seus efeitos, anulando-se o crédito tributário legalmente constituído.

De fato, analisando os elementos pertinentes a estas infrações, vejo que o auditor fiscal teve o cuidado de fotocopiar as folhas dos livros fiscais que sustentam estas infrações conforme se pode verificar: demonstrativo infração 01 fls. 20/21, cópia livro fls. 23/24, infração 02 – demonstrativo fls. 26/27, cópia livro fls. 28/29, infração 03 demonstrativo – fls. 32/34, cópia livros fls.36/38. Comparando-se a acusação fiscal, com os demonstrativos e cópias dos livros citados, dúvidas não há sobre a caracterização destas irregularidades.

Ressalto, por importante, que o autuado sabendo de irregularidades presentes em sua escrituração fiscal, conforme alegou em sua defesa, deveria seguir norma prevista no art.95 do RPAF/99, caso em que, não poderia sofrer qualquer penalidade, in verbis:

Art. 95. No caso de o contribuinte, antes do início de qualquer procedimento fiscal, procurar espontaneamente a repartição fazendária de sua circunscrição para comunicar irregularidade ou recolher tributo não pago na época própria, observar-se-á o seguinte:

I - a repartição fazendária orientará o sujeito passivo no preenchimento do instrumento de denúncia espontânea, que será devidamente protocolizado;

Neste caso, considerando que o sujeito passivo não carreou aos autos, elemento de prova necessário e com o condão de elidir a acusação fiscal, concluo pela procedência da infração.

A infração 04 trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a utilização de crédito presumido com vedação de crédito do imposto relativo a aquisições ou entradas, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento e aos serviços tomados, vinculados as saídas com crédito presumido, como beneficiário do PROBAHIA, nos meses de dezembro de 2011, fevereiro a maio, setembro a dezembro de 2012, no valor de R\$ 84.125,20, demonstrativo fls. 40/42, cópias das Resoluções fls.44/49.

O defensor alegou que a matéria já é de conhecimento da INFRAZ SANTO AMARO, que em 30/06/09 efetivou a mesma autuação e após análise dos setores administrativos competentes, restou cancelada, cuja Decisão de primeira instância foi mantida em sede de Recurso de ofício ao Conselho da Fazenda. Colacionou ao processo tais Decisões.

Argumentou direito aos créditos presumidos glosados pela fiscalização em face de benefício fiscal outorgado pelo Conselho Deliberativo do PROBAHIA. Aduziu que registrou tais créditos, embasado na Resolução de número 14/2007, que retificou a Resolução 09/2007, para fazer constar texto do artigo 1º, inciso I, que transcreveu e que em seu entendimento lhe dá direito aos créditos sobre os produtos denominados “chicotes e barbantes”, glosados pela fiscalização. Frisou que os produtos consignados como crédito fiscal presumido, discriminados no demonstrativo “ICMS PRODUTO 02”, relacionados aos produtos Cadarço, Barbante, Fio, Chicote, Fita Multifilamentos, Cinta, Fitilho, Tecido, não são indevidos porque todos em sua essência são produzidos a partir de polipropileno e de acordo com a Resolução 24/06 e demais alterações, que garantiu ao autuado os benefícios do PROBAHIA.

Em sede de informação fiscal o autuante explicou que o defensor, quanto à imputação 4, tenta associar os 2 produtos glosados pela auditoria (chicote e barbante Natural) com o objeto do Acórdão JJF 0149-05/11, de forma indevida. Esclareceu que o litígio que originou o Acórdão citado estriba-se na Resolução 24/2006, como se vê às fls. 137/8. A infração agora atacada alberga-se na Resolução 14/2008 (fls. 44/5), que alterou o escopo daquela outra. Chamou a atenção dos Julgadores, que o defensor em sua impugnação “esqueceu” esta Resolução 14/2008, e tenta desviar o foco para aquela, 24/2006, única forma de dar alguma guarida à sua pretensão.

Compulsando os autos, verifico que de fato, o contribuinte está amparado por benefício fiscal onde faz jus a crédito presumido de 90% sobre as vendas de produtos constantes em Resolução específica do Conselho Deliberativo do PROBAHIA. Entretanto, o que se está a discutir neste Auto de Infração é como as diversas Resoluções outorgadas ao contribuinte, com as respectivas alterações introduzidas, repercutiram no gozo de tais benefícios.

O defensor estava amparado pela Resolução 24/2006, quando foi autuado e o CONSEF decidiu pela improcedência da infração tratada neste item, para os fatos geradores daquele Auto de Infração, exercícios 2006, 2007 e 2008, nos termos do Acórdão JJF 0149-05/11.

Posteriormente, foram editadas novas Resoluções alterando a configuração das anteriores. Nos meses de janeiro a agosto de 2011, alvo da autuação em análise, a Resolução válida era a 14/2008 que não autorizava a utilização de créditos presumidos sobre as saídas dos produtos “chicote e barbante Natural” e não a Resolução 24/2006 utilizada pelo contribuinte.

Atualmente, encontra-se vigente a Resolução 21/2011, que ampliou os benefícios direcionados ao autuado, dando amparo a utilização de créditos presumidos também, sobre as saídas dos produtos “chicote e barbante Natural”, mas só a partir de 30/08/2011, sem previsão de sua aplicação de forma retroativa. Neste caso, acolho o posicionamento do autuante e a infração 04 é procedente.

No que tange a infração 05, o autuado foi acusado de utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS. Consta que o contribuinte faz jus a crédito presumido de 90% sobre as vendas, como beneficiário do PROBAHIA, mas em vários meses lançou tais créditos a maior no livro RAICMS, demonstrativo fls. 51/52 - cópia livros fls. 54/57.

Em sua defesa o autuado alegou que teria demonstrado nos itens anteriores que somente efetivou os créditos permitidos pelo PROBAHIA e declarou estes créditos na DMA, porém o autuante teria utilizado o livro fiscal que estava equivocado e não condizia com as informações prestadas na declaração mensal de ICMS.

Na informação fiscal o autuante esclareceu que a infração 05 não se confunde com a matéria tratada na infração 04. Nesta, tem-se na base para o crédito presumido produtos não contemplados pela Resolução que concedeu o benefício. Naquela, errou-se o cálculo do referido crédito conforme demonstrativos anexados ao PAF. Quanto a alegação de utilização de livro equivocado conforme já informado em itens anteriores, não pode ser admitido livro fiscal ajustado após ação fiscal.

Dessa forma, considerando que o deficiente não trouxe aos autos, elementos com o condão de elidir a acusação fiscal, fica mantida integralmente a infração 05.

No que diz respeito a indicação pelo autuado, do profissional Dr. Luciano Mazzardo, OAB/RS 75.200, com endereço da Rua Barão de Ubá, 621, Casa, Bairro Bela Vista, CEP 90.450-090, Porto Alegre/RS (Fone: 3331-0100), para receber intimações e notificações, em nome da parte impugnante, registro que não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso II do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável e a forma de intimação e ciência da tramitação de processos ao sujeito passivo se encontra prevista nos artigos 108 e 109 do RPAF/99, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores pagos. ”

O recorrente inconformada com a Decisão de piso, interpôs Recurso Voluntário alcançando especificamente as infrações de 1 a 5, com base nos seguintes fundamentos:

- Alega que não assiste razão à lavratura do malfadado Auto de Infração, em especial no tocante às infrações 1, 2, 3, 4 e 5, entendendo que carece de legitimidade o lançamento tributário da Fazenda Estadual, haja vista, não resta caracterizada a infração tributária descrita pela autoridade fiscal e que tornam o ato administrativo neste item nulo de pleno direito;
- Requer a nulidade absoluta por falta de ciência do contribuinte da lavratura do termo de início de fiscalização;
- Suscita prejudicial de decadência em relação às infrações 1 a 5, relativas aos fatos geradores anteriores a 05/2011;
- Quanto a infração 1, 2 e 3 alega que houve um equívoco no momento da impressão do seu livro fiscal e que referido lapso pode ser observado se analisado as informações prestadas em DMA e no Livro Fiscal retificado anexos ao processo fiscal, onde pode ser verificado que não houve apropriação de quaisquer outros créditos que não o referente ao PROBAHIA;
- Em relação à infração 4 e 5 alega que a matéria já é de conhecimento da INFRAZ SANTO AMARO, que em 30/06/09 efetivou a mesma autuação e após análise dos setores administrativos competentes, restou cancelada, cuja Decisão de Primeira Instância foi mantida em sede de Recurso de ofício ao Conselho da Fazenda. Colacionou ao processo tais Decisões. Argumentou direito aos créditos presumidos glosados pela fiscalização em face de benefício fiscal outorgado pelo Conselho Deliberativo do PROBAHIA. Aduziu que registrou tais créditos, embasado na Resolução de nº 14/2007, que retificou a Resolução 09/2007, para fazer constar texto do artigo 1º, inciso I, que transcreveu e que em seu entendimento lhe dá direito aos créditos sobre os produtos denominados “chicotes e barbantes”, glosados pela fiscalização. Frisou que os produtos consignados como crédito fiscal presumido, discriminados no demonstrativo “ICMS PRODUTO 02”, relacionados aos produtos Cadarço, Barbante, Fio, Chicote, Fita Multifilamentos, Cinta, Fitilho, Tecido, não são indevidos porque todos em sua essência são produzidos a partir de polipropileno e de acordo com a Resolução nº 24/06 e demais alterações, que garantiu ao autuado os benefícios do PROBAHIA.
- Entende ser necessário a produção de prova pericial/diligência. Aduz que Auto de Infração está eivado de irregularidades, erros, que inclusive geram sua nulidade absoluta nos termos da

preliminar.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, I, “b”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, visando modificar a Decisão da 1ª Instância, que, constatando o cometimento de 9 (nove) irregularidades perpetradas pelo Autuado, julgou Procedente o Auto de Infração e a exigibilidade do correlato ICMS.

De logo, sinalizo para a pertinência nas razões defensivas que suscitarão o reconhecimento do instituto da decadência na presente demanda fiscal.

Isto porque, observa-se que em 30 de Junho de 2016, o recorrente foi intimada acerca da lavratura do Auto de Infração nº 269193.3003/16-4, por meio do qual o autuante apurou crédito tributário referente ao ICMS, no valor histórico de R\$216.140,12.

Ocorre que, os valores tidos como devidos a título de ICMS são originários dos exercícios de 2011 e 2012, restando, portanto, os lançamentos exigidos referentes aos meses de janeiro a junho de 2011 alcançados pela decadência, notadamente em face do transcurso de prazo superior a 05 (cinco) anos, com base na aplicação do disposto no parágrafo 4º, inciso I, do art. 150, do CTN. Vejamos:

“Art. 150. (...)Parágrafo 4º. Se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado 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”.

Registre-se ainda que, nas Infrações 2, 3, 4 e 5, o recorrente foi autuado pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, daí porque entendo ser aplicável ao caso vertente a Súmula Vinculante nº 08, do Supremo Tribunal Federal que, a despeito de consignar hipótese referente a “Pagamento a menor de imposto”, deve também ser estendida às hipóteses em que retratam apropriação indevida de crédito fiscal.

Deste modo, se a modalidade de lançamento é por homologação e o contribuinte antecipa o pagamento, corretamente ou a menor, o termo inicial da contagem do prazo decadencial se dá na data de ocorrência do fato gerador, conforme o disposto no artigo 150, parágrafo 4º do CTN, pois o fisco tem conhecimento da ocorrência do fato gerador.

Considero, portanto, que se operou o instituto da decadência no tocante à exigibilidade do ICMS referente às infrações 2 a 5 e atinentes ao período de janeiro a junho de 2011.

E em que pese não ter sido suscitado no apelo recursal, verifico que uma parcela do débito lançado neste Auto de Infração, referente às infrações 6, 8 e 9, encontra-se também abarcada pelo decurso do prazo decadencial, de forma que, de ofício, julgo decaída a exigibilidade da cobrança das infrações acima referidas, pelas razões abaixo.

A infração 6, por sua vez, refere-se à falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições oriundas de outras unidades da Federação referente aos exercícios de 2011 e 2012.

Assim, considerando que a despeito de consignar hipótese referente a “pagamento a menor de imposto”, conforme acima mencionado, deve também ser estendida à hipótese em que retrata falta de pagamento do imposto por diferença de alíquota, estando, portanto, o período de janeiro a junho de 2011 da infração 6 alcançado pela decadência. Assim, o valor remanescente fica em R\$29.078,64.

Quanto às infrações 8 e 9, o presente lançamento de ofício foi expedido em 30/06/2016, objetivando exigir multas por descumprimento de obrigações acessórias, nos valores respectivos de R\$460,00, pela apresentação do livro RUDFTO sem os dados obrigatórios de abertura referente mês 04/2016 e R\$140,00 e pela escrituração do livro fiscal em desacordo com as normas regulamentares, do período de 02/2011 a 01/2012.

O inciso VII do artigo 34 da Lei nº 7.014/96 dispõe o seguinte:

“Art. 34. São obrigações do contribuinte: (...) VII - manter os livros e documentos fiscais no estabelecimento, bem como as faturas, duplicatas, guias, recibos e demais documentos relacionados com o imposto, à disposição do fisco, durante 5 (cinco) anos, se outro prazo não for previsto na legislação tributária;”

Sendo assim, o prazo decadencial de cinco anos, no presente caso, deve ser contado a partir da data em que o contribuinte foi notificado da lavratura do Auto de Infração (dies ad quem), a fim de se verificar se, naquela data, ele ainda se encontrava obrigado a manter os livros fiscais.

Seguindo essa linha de raciocínio, se a ciência da lavratura do Auto de Infração foi feita no dia 30/06/15, e o recorrente somente estava obrigado a manter os livros e documentos fiscais referentes ao período posterior ao dia 30/06/2011, há de se concluir que não cabe a exigência de penalidades pela escrituração em desconformidade as normas regulamentares, relativas ao período de janeiro a junho de 2011, porquanto decorrido o prazo legal obrigatório para a guarda dos livros e documentos fiscais pelos contribuintes, consoante a previsão do acima transcrito inciso VII do artigo 34 da Lei nº 7.014/96.

De ofício, portanto, declaro a decadência da exigibilidade de cobrança relacionada às infrações 8 e 9 (até junho de 2011), considerando o decurso do prazo de 5 anos para manutenção à disposição do fisco dos livros e documentos fiscais, conforme argumentos acima expostos.

Passo a analisar agora as razões meritórias do Recurso e vinculadas às infrações não alcançadas pelo instituto da decadência.

As infrações 1, 2, 3 e 5 se referem, respectivamente, à utilização de crédito indevido pela aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, valor destacado a maior no documento fiscal, utilização de crédito presumido com vedação de crédito do imposto relativo a aquisições ou entradas, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento e aos serviços tomados, vinculados às saídas com crédito presumido e, por fim, erro no cálculo do crédito presumido, como beneficiário do PROBAHIA.

O recorrente é beneficiária do Programa de Promoção de Desenvolvimento da Bahia – PROBAHIA, fazendo jus a um crédito presumido fixado em 90% do valor do imposto destacado nos documentos fiscais.

Nas infrações acima referidas, o recorrente apura e declara seu imposto, conforme DMA's do período, tempestivamente entregues a esse órgão, sendo certo que o valor ali demonstrado do crédito apurado representa exatamente o crédito presumido de 90% do imposto, não tendo se apropriado indevidamente de qualquer valor excedente.

Observo que o fiscal autuante limitou-se a analisar os registros efetuados no seu livro Registro de Entradas, onde o recorrente declara ter erroneamente lançado a crédito o valor do ICMS destacado nos documentos de compra de material de uso e consumo, devolução de venda e outras entradas/serviços.

Ocorre que, na apuração do imposto devido, o recorrente efetivamente se limita em apropriar o crédito, conforme prevê o Programa do PROBAHIA, ou seja, lança a crédito apenas o valor de 90% do imposto destacado nos documentos fiscais.

Assim, podemos concluir que:

- O recorrente não traz qualquer prejuízo fiscal aos cofres públicos, visto que o valor devido do ICMS foi o efetivamente declarado e pago;
- Na DMA- Declaração Mensal de Apuração do ICMS transmitida à época consta corretamente declarado o imposto efetivamente devido;
- O livro Registro Fiscal de Apuração do ICMS constante do seu arquivo magnético encaminhado tempestivamente à SEFAZ traz a correta apuração do imposto, sendo ali informado o estorno do crédito e o valor apurado para fins de cálculo do ICMS.

Considerando, por fim, que o processo administrativo deve se pautar pela busca da verdade

material, conluso que as provas anexadas são suficientes para provar que o contribuinte não se apropriou indevidamente de crédito fiscal e que, portanto, as infrações são improcedentes.

Em referência à infração 4, o recorrente deixou de observar a Resolução vigente à época dos fatos geradores de 01 a 08 de 2011 (Resolução nº 014/2008). A Resolução nº 21/2011, citada em defesa, teve vigência a partir de 30/08/2011, não alcançando referidos fatos geradores.

Assim sendo, e analisando as disposições contidas na Resolução nº 014/2008, e levando em consideração que ali não constam os produtos objetos da presente lide (chicote e barbante), não há amparo legal para que o recorrente tenha se apropriado dos créditos presumidos na apuração do imposto devido quando da sua venda efetiva. A previsão legal para que o recorrente usufruísse desse crédito ocorreu apenas na vigência da Resolução nº 21/2011, ou seja, a partir de 30/08/2011. Dessa forma, considero a infração procedente em parte, após acolher a decadência para o período de 01 a 06/2011. Assim, o valor remanescente é referente aos meses de julho e agosto de 2011, respectivamente, no valor de R\$8.324,91 e R\$226,38, totalizando o valor de R\$8.551,29.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$39.869,93, após reconhecimento da improcedência total das infrações 1, 2, 3 e 5 e exclusão do período que operou a decadência (janeiro a junho), inerente às infrações 4, 6, 8 e 9, conforme demonstrativo a seguir:

INF. DECISÃO JF	DECISÃO CJF	OBRIGAÇÃO	RESULTADO
01 R\$ 982,82	R\$ 0,00	IMPOSTO	IMPROCEDENTE
02 R\$24.820,56	R\$ 0,00	IMPOSTO	IMPROCEDENTE
03 R\$84.125,20	R\$ 0,00	IMPOSTO	IMPROCEDENTE
04 R\$57.830,57	R\$ 8.551,29	IMPOSTO	PROC. EM PARTE
05 R\$ 8.829,38	R\$ 0,00	IMPOSTO	IMPROCEDENTE
06 R\$36.291,59	R\$29.078,64	IMPOSTO	PROC. EM PARTE
07 R\$ 1.400,00	R\$ 1.400,00	MULTA	PROCEDENTE
08 R\$ 460,00	R\$ 0,00	MULTA	IMPROCEDENTE
09 R\$ 1.400,00	R\$ 840,00	MULTA	PROC. EM PARTE
Total R\$216.140,12	R\$39.869,93		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269193.3003/16-4, lavrado contra **ALCATEC PRODUTOS SINTÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$37.629,93**, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, "a" e II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.240,00**, previstas no inciso XVIII, alíneas "a" e "b", do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores pagos. Ressalto que o Recorrente no curso do processo realizou o pagamento antecipado das infrações 6, 7, 8 e 9, de forma que os valores recolhidos devem ser devidamente reconhecidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de agosto de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS - RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS