

A. I. Nº - 279733.0002/13-7
AUTUADO - STRATURA ASFALTOS S.A.
AUTUANTE - LINDOMAR PINTO DA SILVA
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO – INTERNET 24.04.201

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0037-02/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO DE CÓPIA DOCUMENTO FISCAL. Comprovado nos autos que o contribuinte não apresentou o documento original para fazer jus à utilização do crédito fiscal, como prevê o art. 97 do RICMS-BA/97. **Infração caracterizada. b) UTILIZAÇÃO A MAIOR. MERCADORIAS ADQUIRIDAS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL.** Comprovado nos autos que o contribuinte utilizou do valor da antecipação parcial antes de realizar o pagamento devido. **Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO.** Infração mantida. **3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO NA CONDIÇÃO DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO.** De acordo com o art.12-A, da Lei nº 7.014/96, independente do regime de apuração, o contribuinte tem o dever jurídico de efetuar a antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, no valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual. **Infração não elidida. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. a) MERCADORIA TRIBUTÁVEL.** MULTA DE 10%. Revisão fiscal realizada pela autuante, reduziu o valor lançado. Observado de ofício que o percentual da multa utilizada para o cálculo do débito, constante no artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, foi modificado para o percentual de 1%, conforme alteração promovida pela Lei nº 13.461/2015, com efeito a partir de 11 de dezembro de 2015. Desta forma, o percentual da multa aplicada para o cálculo do débito do item em comento, cabe, com base no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, a aplicação retroativa da multa mais benéfica. **Infração parcialmente procedente. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO.** Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Revisão fiscal realizada pela autuante, reduziu o valor lançado. Refeitos os cálculos. **Infração parcialmente caracterizada. Rejeita a preliminar de nulidade. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/06/2013, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$791.143,46, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 01.02.15 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS através de cópia de nota fiscal ou documentos ausentes em seus arquivos. Valor histórico autuado R\$12.449,60.

Infração 02 – 01.02.74 - Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior. Valor histórico de R\$414.511,77.

Infração 03 – 06.01.01 - 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 ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor histórico autuado R\$2.840,65.

Infração 04 – 07.15.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para comercialização. Valor histórico autuado R\$333.814,75.

Infração 05 – 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10%. Valor histórico autuado R\$26.543,30.

Infração 06 – 16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 1%. Valor histórico autuado R\$983,39.

O autuado ao impugnar o lançamento tributário, folhas 333 a 358, mediante advogado habilitado nos autos, inicialmente, destacando a tempestividade da impugnação.

Alega decadência dos fatos geradores ocorridos antes de 19 de julho 2008, apresentando argumentos às folhas 336 a 343 dos autos.

Em relação à infração 04, aduz que para o melhor deslinde da questão em tela, a infração pode ser esmiuçada através dos seguintes quadros:

Ano de 2008

DESTINO	VALOR ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL LANÇADO
COMERCIALIZAÇÃO	30.778,93
EMBALAGEM (PRODUÇÃO)	595,00
MATERIA PRIMA	79.847,76
PRODUTO ACABADO	15.802,16
TOTAL	127.023,85

Ano de 2009

DESTINO	VALOR ICMS ANTECIPADO SEGUNDO AUDITOR FISCAL
COMERCIALIZAÇÃO	104.292,89
EMBALAGEM (PRODUÇÃO)	710,68
MATERIA PRIMA	198.383,14
PRODUTO ACABADO	1.966,00
TOTAL	305.352,71
VALOR ANTEC. PELO AUTUADO	(98.561,82)
SALDO FINAL	206.790,89

Aduz que não assiste razão ao autuante, tendo em vista não haver materialidade para a autuação, uma vez que pretende cobrar antecipação parcial sobre mercadorias adquiridas para industrialização, mormente sobre matérias-primas e material de embalagem (doc. 5). Enquanto que a autorização legal para cobrança de antecipação parcial no Estado da Bahia abrange apenas as mercadorias oriundas de outros estados para fins de posterior comercialização, consoante o

disposto da Lei nº 7.014 de 1996, transcrevendo o Art. 12-A. Frisa que, como não poderia ser diferente, no mesmo sentido dispõe o RICMS/97, transcrevendo o Art. 352-A, além de ressaltar que outro não é o entendimento preconizado por este Conselho de Fazenda, transcrevendo trechos do Acórdãos CJF Nº 0429-12/05 e CJF Nº 0101-12/10, conforme abaixo:

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0429-12/05 EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO NA FRONTEIRA.

Modificada a Decisão recorrida. A antecipação parcial é prevista no art. 352-A do RICMS, incidindo, unicamente, nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização (“caput” do artigo), de modo que não é devida a antecipação parcial em se tratando de bens de uso, bens do ativo imobilizado, matérias-primas e insumos correlatos destinados a emprego na industrialização ou na prestação de serviços. Restou comprovado que a atividade econômica desenvolvida pelo recorrente está relacionada a prestação de serviços gráficos por encomenda do usuário final, enquadrando-se na hipótese de não-incidência prevista no art. 6º, XIV, “d”, 2, do RICMS, e que o § 1º, II, do art. 352-A, prevê que não cabe a antecipação parcial em se tratando de mercadorias cujas operações internas sejam objeto de não-incidência. Recurso PROVIDO. Decisão unânime.

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0101-12/10 EMENTA: ICMS.

ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Exigência de acordo com o instituído pela Lei nº 8.967/03. A constatação de que parte das mercadorias é destinada a industrialização no estabelecimento autuado reduz o montante do débito. Infração parcialmente subsistente. Decisão recorrida mantida. Retificado, de ofício, o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração para a prevista na época da ocorrência dos fatos (art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96). Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime. Decisão não unânime quanto à adequação da multa aplicada.

Para comprovar a insubsistência da autuação, a impugnante indica, através das planilhas anexadas, as notas fiscais erroneamente consideradas pela fiscalização em seu Relatório de Notas Fiscais (doc. 8) e comprova sua natureza através dos relatórios de movimentação de estoque anexos (doc. 5 - A - fls. 5 e seguintes - planilha e relatórios matéria-prima ano 2008; doc. 5 - B - fls. 73 e seguintes - planilha e relatórios matéria-prima ano 2009; doc. 5 - A - fls. 48 e seguintes - planilha e relatórios embalagem ano de 2008 e doc. 5 - B - fls. 138 e seguintes - planilha e relatórios embalagem ano de 2009). Consequentemente, por tais fundamentos, a autuação padece de vício material no importe de R\$279.536,58, sendo, portanto, insubsistente no tocante às operações representadas pelas notas fiscais indicadas.

No que tange à cobrança de antecipação parcial de imposto sobre as outras operações, com mercadorias efetivamente destinadas à comercialização para o ano de 2008, R\$ 30.778,93 e R\$ 15.802,16, a autuação também denota flagrante improcedência. De fato, tais valores já foram efetivamente recolhidos, embora de acordo com as regras normais de apuração do imposto, conforme o artigo 124, I, “a” do antigo RICMS/97 hoje representado pelo artigo 332, inciso I, do atual RICMS e não sob as regras específicas aplicáveis às antecipações, consoante provas documentais anexas (doc. 5 - B). Consequentemente, tendo em vista que houve somente recolhimento em atraso, mas não ausência de recolhimento, a tipificação legal utilizada no auto de infração é equivocada, o que resulta na sua total improcedência.

Ademais, salienta que os valores de R\$104.292,89 e R\$1.966,00, lançados para o ano de 2009, não podem subsistir, tendo em conta que a impugnante recolheu justamente a título de antecipação parcial, no ano de 2009, os valores de R\$48.549,66 e R\$49.012,16, inexplicavelmente desconsiderados pela fiscalização, vide guias de arrecadação acostadas (doc. 5 - C). Ademais, a diferença entre o valor lançado pela fiscalização e o valor antecipado parcialmente pela Impugnante, qual seja, R\$8.687,04, foi tempestivamente recolhido na forma do artigo 124, I, “a” do RICMS/97, hoje representado pelo artigo 332, inciso I, “a”, do atual RICMS, não havendo qualquer prejuízo ao erário, eis que recolhido no momento da apuração, como antecipação parcial, em consonância com a legislação tributária. E mesmo o saldo de R\$8.687,04, embora não tenha sido recolhido sob a forma de antecipação, o imposto foi efetivamente pago sob a forma de apuração

regular do tributo, em virtude do que também não pode ser novamente exigido pelo ente tributante.

Infração 02 – Assegura que é improcedente o estorno de crédito referente ao mês de setembro de 2009, posto que desconsiderada a comprovação de pagamento dos créditos de antecipação parcial recolhido justamente no valor de R\$63.704,03, conforme rol probatório acostado (doc. 3 - de 01 a 22). Frisa que a fiscalização entende que a impugnante não teria direito ao crédito fiscal dos valores de antecipação parcial, uma vez que os valores teriam sido recolhidos fora do período que garantiria seu aproveitamento.

Salienta que discorda frontalmente da alegação, já que o próprio regulamento do ICMS dispõe expressamente que a escrituração será realizada no período em que se verificar o direito à utilização do crédito, bem assim que no caso de antecipação parcial o direito ao creditamento surge com o recolhimento. Não obstante, não há qualquer condicionante temporal para a utilização dos créditos decorrentes de antecipação parcial do imposto, vejamos:

Art. 101. A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte nos livros fiscais próprios:

II - no período em que se verificar ou configurar o direito à utilização do crédito.

§ 4º Tratando-se do imposto antecipado parcialmente, nos termos do art. 352-A, o direito à escrituração do crédito se configurará no mês do seu recolhimento.

Argumenta que caso não seja este o entendimento deste Colegiado, reforça o fato de que a impugnante, para registrar em sua escrita fiscal o crédito de R\$ 63.704,03, se certificou de todos os requisitos previstos pelo artigo 101, § 1º do RICMS/97, vide resumo da apuração do imposto com observação expressa neste sentido (**doc.3**). Desta forma, já que o estorno de crédito é indevido, o saldo devedor lançado deve ser anulado, pois, na realidade, sua apuração consagrou saldo credor no importe de R\$ 6.992,88.

Quanto ao mês de outubro de 2009, frisa que o lançamento fiscal incidiu em dois vícios, quais sejam, apurou, em seu relatório de estorno de créditos, saldo devedor no valor de R\$228.226,63 e considerou como recolhido, na coluna de valores pagos, tão somente o valor de R\$134.728,04. Contudo, o saldo devedor do mês, na verdade, foi de R\$211.853,81, tendo sido exatamente a mesma quantia recolhida aos cofres públicos, consoante comprovado pela documentação anexa (**doc. 3 - 23 a 29**). Diante do exposto, aduz que não há materialidade para cobrança suplementar de R\$93.498,59.

Ademais, em relação ao mês de novembro de 2009, o estorno de crédito no valor de R\$158.044,71 também carece supedâneo legal. Valem as mesmas observações atinentes ao estorno de crédito referente ao mês de setembro, isto é, subsiste direito ao creditamento, uma vez que a empresa recolheu os valores de antecipação parcial em janeiro de 2010, diga-se de passagem, com juros e correção monetária.

Salienta que a fiscalização também deixou de reconhecer todos os pagamentos realizados pela impugnante. Neste sentido, só fora reconhecido como quitado o valor de R\$ 144.990,85, todavia, a empresa procedeu o recolhimento integral do saldo devedor de R\$ 229.264,35, conforme provas acostadas à defesa (**doc. 3 - 30 a 37**).

Por fim, no que tange ao mês de dezembro de 2009, diz que a fiscalização considerou como recolhido aos cofres públicos o valor de R\$154.059,81. Todavia, nesse mês a impugnante efetuou recolhimento no valor de R\$173.426,59, valor superior ao saldo devedor apurado de R\$169.666,97 (cento e sessenta e nove mil seiscentos e sessenta e seis reais e noventa e sete centavos), devendo ser rechaçada a cobrança suplementar de R\$15.607,16 (quinze mil seiscentos e sete reais e dezesseis centavos), vide documentos anexos (**doc. 3 - 38 a 41**).

Infração 01 – Aduz que a fiscalização aponta que a impugnante se utilizou indevidamente de crédito fiscal de ICMS através de documentos fiscais ausentes de seus arquivos ou em cópia, lançando o valor total de R\$ 12.449,60, referente às Notas Fiscais nº 2953, 2983, 3122 e 412. Diz que não assiste razão ao autuante, tendo em vista que não houve por parte da impugnante apropriação

indevida de créditos, conforme alegado. Assegura que o registro dos documentos fiscais supracitados foram regularmente efetuados, eis que embasados em documentação original, consoante rol probatório anexo (**doc. 2**). Ademais, acosta cópia dos Registros de Entrada e Saída, de modo a comprovar a validade da escrituração (**doc. 2**).

Infração 03 – Aduz que não há como prosperar a autuação lavrada no valor de R\$ 2.840,65, conforme passou a transcrever os dispositivos abaixo do RICMS/97:

Art. 116. No regime normal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal, a saber:

III - no Registro de Apuração do ICMS (art. 331):

b) a especificação dos débitos fiscais:

4 - o valor da diferença de alíquotas (art. 93, § 11, II);

Art. 131. O pagamento da diferença de alíquotas será feito até o dia 20 do mês seguinte ao da entrada da mercadoria no estabelecimento (art. 7º, IV):

I - REVOGADO

II - pelos contribuintes que optarem pelo regime de apuração em função da receita bruta, tais como:

a) restaurantes, churrascarias, pizzarias, lanchonetes, bares, padarias, pastelarias, confeitarias, doçarias, bombonérias, sorveterias, casas de chá, lojas de "delicatessen", serviços de "buffet", hotéis, motéis, pousadas, fornecedores de refeições e outros serviços de alimentação que optarem pelo regime de apuração em função da receita bruta;

b) estabelecimentos industriais do ramo de vestuário, calçados e artefatos de tecidos;

III - pelos produtores e extratores não equiparados a comerciantes ou a industriais;

IV - pelos contribuintes dispensados de escrituração fiscal.

V - REVOGADO

Art. 132. Os contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração do imposto incluirão o valor da diferença de alíquotas no cálculo dos débitos fiscais do período (art. 116, III, "b", 4).

Argumenta que para os contribuintes tributados pelo regime normal de apuração - caso da Impugnante -, os valores de diferencial de alíquotas são transportados para os débitos fiscais do imposto, estando então sujeitos ao encontro de débitos e créditos, conforme o artigo 132 do RICMS/97. Como visto, somente para os contribuintes tributados com base na receita bruta é que se aplica o artigo 131 do RICMS, isto é, o recolhimento do diferencial de alíquotas até o dia 20 do mês subsequente ao da entrada em estabelecimento. Desta forma, diz ser indiscutível que a impugnante procedeu como determinado na legislação, registrando os valores de diferencial de alíquota em seu Registro de Apuração, vide notas e resumo da apuração do imposto, havendo, ao final da apuração, saldo credor de ICMS nos períodos em tela, razão pela qual não coube qualquer recolhimento.

Infração 05 – Aduz que não assiste razão ao autuante, eis que não há subsunção do fato à norma, ademais, a documentação acostada é certa em comprovar que, ao contrário do verificado no trabalho fiscal, a impugnante:

*a) quanto à ocorrência autuada sob o nº 32, no valor de R\$ 6.149,57, registrou às fls. 63 e 69 do seu Registro de Entrada (novembro de 2008), as Notas Fiscais nº 30662 e 3740 de 08/11/2008 e 26/11/2008 atinentes às mercadorias recebidas, não havendo qualquer omissão de registro (**doc. 6**).*

*b) quanto à ocorrência autuada sob o nº 33, no valor de R\$ 3.462,87, teve a Nota Fiscal nº 36048 cancelada pelo fornecedor Petróleo Brasileiro S.A (CNPJ nº 33.000.167/0093-20), tendo sido cancelada a aquisição, não havendo obrigação de registro uma vez que não houve entrada no estabelecimento (**doc. 6**).*

*c) quanto à ocorrência autuada sob o nº 34, no valor de R\$ 2.518,17, registrou às fls. 16 do seu Registro de Entrada (março de 2009), a Nota Fiscal nº 5285 atinente à mercadoria recebida, não havendo qualquer omissão de registro (**doc. 6**).*

d) quanto à ocorrência autuada sob o nº 35, no valor de R\$ 116,80 - Nota Fiscal nº 31 - e no que tange à ocorrência de nº 37 - sobremaneira as Notas Fiscais nº 873, 876, 878, 879, 880, 882, 885 -, no valor de R\$ 368,45, registrou às fls. 24, 100 e 101 do Livro de Registro de Saídas os documentos fiscais citados, uma vez que referentes as perdas de estoque levantadas no inventário de 2009, razão pela qual consubstanciam-se

em outras saídas, não devendo ser registradas no Livro de Registro de Entradas, não havendo que se falar em entrada de mercadoria (doc. 6).

e) quanto à ocorrência autuada sob o nº 36, no valor de R\$ 14.032,56, Notas Fiscais nº 175, 2353 e 2355, registrou no Livro de Registro de Saídas a Nota Fiscal de nº 175, eis que emitida para si própria a título de transferência de mercadorias, tendo sido posteriormente cancelada, devendo ser rechaçada a obrigatoriedade de registro no Livro Registro de Entradas, vide fls. 46 do Registro de Saídas com observação de cancelamento e situação emitida no portal da nota fiscal eletrônica. No que tange às Notas Fiscais nº 2353 de 20/10/2009 e 2355 de 21/10/2009, ressaltamos aos I. Julgadores que as mesmas foram canceladas pelo fornecedor Petrobras Distribuidora S.A (CNPJ nº 34.274.233/0272-13), razão pela qual não foram registradas no Livro de Registro de Entradas, consoante fl. 1 do livro de Registro de Saídas deste contribuinte (doc. 6).

f) quanto ao restante da ocorrência autuada sob o nº 37, mormente as Notas Fiscais nº 875 e 877 de 23/11/2009, as registrou no Livro de Registro de Saídas, tendo procedido seu cancelamento, eis que emitidas para si própria a título de outras saídas de mercadorias, devendo ser rechaçada a obrigatoriedade de registro no Livro Registro de Entradas, vide fls. 100 do Registro de Saídas com observação de cancelamento e situação emitida no portal da nota fiscal eletrônica (doc. 6).

Infração 06 - Ressalta que do rol probatório acostado (doc. 7) a infração imputada pela fiscalização não se sustenta, tendo em conta que:

a) quanto à ocorrência autuada sob o nº 38, no valor de R\$ 352,73, as Notas Fiscais 447 e 448 foram canceladas pelo fornecedor da Impugnante, sendo inequívoca a impossibilidade de escrituração em seu Registro de Entradas por justamente não ter havido entrada de mercadoria, vide observação de cancelamento constante no Registro de Saídas da Petrobrás Distribuidora S.A (doc. 7).

b) quanto à ocorrência autuada sob o nº 39, no valor de R\$ 20,00, a Nota Fiscal nº 02, tratou-se de mera transferência de bem do ativo imobilizado da sociedade Impugnante (doc. 7).

c) quanto à ocorrência autuada sob o nº 40, no valor de R\$ 173,67, a Nota Fiscal nº 2244 foi cancelada pelo fornecedor da Impugnante, sendo inequívoca a impossibilidade de escrituração em seu Registro de Entradas por justamente não ter havido entrada de mercadoria, vide observação de cancelamento constante no Registro de Saídas da Petrobrás Distribuidora S.A (doc. 7).

d) quanto à ocorrência autuada sob o nº 41, no valor de R\$ 401,67, a Nota Fiscal nº 2423 foi cancelada pelo fornecedor da Impugnante, sendo inequívoca a impossibilidade de escrituração em seu Registro de Entradas por justamente não ter havido entrada de mercadoria, vide observação de cancelamento constante no Registro de Saídas da Petrobrás Distribuidora S.A (doc. 7).

e) quanto à ocorrência autuada sob o nº 41, no que tange às Notas Fiscais nº 2428 e 2462, salientamos aos I. Julgadores que trataram-se de devoluções de mercadorias efetuadas por clientes, em decorrência de operação de venda realizada pela Impugnante. Em suma, a Autuada deu saída nas mercadorias mediante emissão das Notas Fiscais nº 637 e 604 em favor da Petrobrás Distribuidora S.A e a mesma devolveu as mercadorias através da emissão das Notas Fiscais nº 2428 e 2462, tendo a Impugnante emitido as Notas Fiscais nº 909 e 945 referentes à entrada de mercadoria, em atenção à legislação estadual, e registrado regularmente a entrada às fls. 77 e 80 do seu Registro de Entradas, não havendo qualquer omissão que enseje a imposição de multa. (doc. 7)

f) quanto à ocorrência autuada sob o nº 42, em relação à Nota Fiscal nº 2507, ressaltamos se tratar da mesma situação exposta no parágrafo anterior, qual seja, houve o regular registro de entrada das mercadorias recebidas a título de devolução, consoante notas e folha 88 do Registro de Entradas da Impugnante (doc. 7).

g) quanto à ocorrência autuada sob o nº 42, em relação à Nota Fiscal nº 18689, a Impugnante efetuou regularmente o registro às fls. 2 do Registro de Entradas, vide anexo (doc. 7).

Ao final, requer:

(i) a anulação integral do auto de infração nº 279733.0002/13-7, ante os fundamentos supra aduzidos e, conseqüentemente, a extinção dos créditos tributário e não-tributário constituídos em favor da Fazenda Estadual.

(ii) a apresentação de todos os meios de prova admissíveis, em atenção ao princípio da verdade material.

O autuante, em sua informação fiscal, fls. 831 a 833, ressalta que não há que se falar em decadência ou prescrição de a Fazenda Pública efetuar a cobrança do crédito tributário, transcrevendo o art. 173, inciso I, do CTN.

Em relação à infração 04, aduz que o contribuinte contesta o lançamento do imposto devido por antecipação parcial nos anos de 2008 e 2009, sendo que as notas fiscais que originaram as referidas cobranças se encontram anexadas ao processo e foram objeto de indicação pelo contribuinte do que em sua análise seria comercialização, matéria-prima ou embalagens. Entretanto, continua não ficando muito claro na medida em que o mesmo item aparece como matéria prima e como produto para comercialização, como é o caso do cimento asfáltico que é a maioria dos itens comercializados.

Sobre o que consta na página 347 do processo, salienta que é possível informar o seguinte:

- a) O contribuinte informa que no ano de 2008, os valores de R\$30.778,93 e R\$15.802,16 de fato não foram recolhidos como antecipação parcial, mas teriam sido efetivamente recolhidos de outra forma. Entretanto, o regulamento de ICMS/BA prescreve que nestes casos, o imposto a ser pago é a antecipação parcial. Diz que como não houve pagamento, fica a cobrança referente a 2008 mantida em sua integralidade.
- b) Sobre os valores de 2009, informados pelo contribuinte nos valores de R\$104.292,89 e R\$ 1.966,00 poderiam ter sido explicitados do que se trata, pois para 2009, efetivamente recolhidos como antecipação Parcial existem os valores de R\$20.882,78, em outubro de 2009; R\$158.044,71 em novembro/2009, e R\$48.549,66 em dezembro/2009. Não há outros recolhimentos de antecipação parcial nesse ano, e o valor de R\$49.012, 16 reflete a confusão feita pelo contribuinte entre apuração e recolhimento da antecipação parcial, situação que será vista mais marcadamente adiante, mas que pode ser facilmente resolvida pelo que o próprio contribuinte trouxe sobre o “direito ao uso do crédito da antecipação parcial”, que ocorre “no mês de recolhimento” e não da apuração. Para o caso em que o autuante “inexplicavelmente desconsiderou os valores” de R\$48.549,66 e R\$49.012,16 informa que na planilha em que foi feita a apuração da antecipação parcial que vai da página 15 a 26, tem os valores que foram pagos a título de antecipação. Por exemplo, o valor de R\$158.044,82 foi considerado e está na página 22; da mesma forma o valor de R\$48.549,66 foi considerado em novembro/2009, e está na página 24, da mesma forma que o valor de R\$49.012,16 consta na página 26.
- c) Ainda na página 347, o contribuinte informa que recolheu parte do tributo de outra forma. Entretanto, salienta que o recolhimento antecipado é obrigatório, não podendo o contribuinte escolher a forma como proceder no que se refere ao cumprimento das suas obrigações principais.

Conclui que em função da falta de precisão das informações do contribuinte no que se refere à destinação dos itens adquiridos, bem como da falta de compreensão de sua parte no que se refere à apuração da antecipação parcial, sugeriu manter a autuação total deste item, a não ser que sejam apresentadas mais informações que descrevam minuciosamente a destinação final de cada item comprado.

Quanto à infração 02, opina pela manutenção da mesma infração, alegando que o regulamento “autoriza o uso do crédito no mês do seu recolhimento”, conforme consta na própria informação do contribuinte à página 350 do processo.

No que se refere ao mês de outubro, destaca que conforme descrito pelo contribuinte à folha 350, é possível verificar primeiro o estorno do crédito no valor de R\$9.649,94, conforme demonstrativo às folhas 9 e 14 referente à utilização de crédito sem apresentação de documento idôneo. Em seguida, os valores recolhidos a título de ICMS normal demonstram que o valor recolhido foi de R\$ 134.728,04, dando um saldo a pagar de R\$93.498,59 conforme demonstrativo página 9.

Para o valor referente a novembro/2009 de R\$158.044,71, aduz que estornado da conta corrente fiscal, vale igualmente a informação prestada pelo contribuinte que a “autorização do uso do crédito é no mês de seu recolhimento”, portanto opina pela manutenção do valor total desta infração.

Ressalta que as informações constantes nos itens anteriores desta infração se aplicam igualmente os meses de novembro e dezembro. Sendo assim, mantém a cobrança em sua totalidade.

Em relação à infração 01, opina pela manutenção total da infração, principalmente pelo reforço do contribuinte ao incluir ainda xerox de conhecimento (412 de 24/11/2008) e nota fiscal destinada a outro contribuinte (Nf – 2983 de 14/03/2008).

Relativamente à infração 03, igualmente opina pela manutenção da mesma tendo em vista que o contribuinte deixou de lançar e recolher todos os valores constantes na planilha às folhas 10 e 11 do processo.

No tocante à infração 05, frisa que as notas fiscais indicadas pelo contribuinte de número 30662 e 3740 é fato que nenhuma das duas consta no registro de entrada. Semelhança de valores e datas não podem justificar as notas mencionadas. Os números são claros no próprio documento anexado pelo contribuinte. Em um caso tem uma nota de número 662, que parece o contribuinte indicar que é a de número 30.662 e no caso da nota 3740, ele apresenta um registro de nota de número 3255 que são bem diferentes das que foram indicadas no auto de infração.

No caso da nota fiscal 36.048 de 19/12/2008, diz concordar que seja excluída do cálculo da infração, tendo seu valor reduzido em R\$3.462,87.

Em relação a Nota Fiscal nº 5285 de 21/03/2009, aduz que houve equívoco da parte do contribuinte pois a nota fiscal que lá está registrada é de número 5.283. Mantendo a cobrança no valor de R\$2.518,17.

Concorda com a exclusão das Notas Fiscais nºs 31, 175, 2353, 2355, 873, 875, 876,877, 878, 879, 880, 882, 885 de 2009.

Neste caso, os valores mantidos nesta infração são abaixo descritos:

Data	Nº Nota Fiscal	Valor	Multa	Multa R\$
08/11/2008	30662	21.536,85	10%	2.153,69
26/11/2008	3740	39.958,81	10%	3.995,88
		61.495,66	-	6.149,57

21/03/2009	5285	25.181,71	10%	2.518,17
------------	------	-----------	-----	----------

Sobre à infração 06, aduz que excluiu as Notas Fiscais nºs 447, 448, 2244 e 2423 por força de cancelamento dos fornecedores. E que a Nota Fiscal nº 18689 deve ser excluída por ter sido escriturada, apesar de ter sido escriturada no ano de 2010. Entretanto as demais notas fiscais são mantidas uma vez que as informações prestadas pelo contribuinte não elimina a necessidade do registro dos documentos em sua escrita fiscal.

Data	Nº Da Nota Fiscal	Valor	Multa	Multa R\$
02/04/2009	2	2.000,00	1%	20,00

30/11/2009	2462	9.975,86	1%	99,76
17/11/2009	2428	10.474,27	1%	104,74
		20.450,13	1%	204,50

15/12/2009	2507	3.514,31	1%	35,14
------------	------	----------	----	-------

Ao final, solicito que o auto seja julgado procedente em parte, excluindo apenas os valores constantes nesta informação fiscal, exclusivamente sobre as infrações 05 e 06, que tiveram seus valores reduzidos conforme quadros acima indicados.

Em nova manifestação defensiva, fls. 838 a 865, o autuado reiterou seus argumentos apresentados na defesa inicial, porém, junto como prova do alegado os diversos documentos acostados às folhas 870 a 2.160.

À folha 1.344, o PAF foi convertido em diligência para que fosse produzida nova informação fiscal, analisando os argumentos defensivos, fls. 838 a 865 e os documentos acostados às folhas 870 a 2.160.

Em nova informação fiscal, fl. 1.347, o autuante diz que após analisar a manifestação defensiva e os documentos acostados, considerou que não houve acréscimo de elementos que alterem a informação fiscal anterior. Frisa que a nova manifestação defensiva repete a defesa inicial.

Durante a sessão de julgamento do dia 11 de agosto de 2016, após a leitura dos votos do Relator e do Julgador OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ, este último requereu vista do PAF, na forma do inciso VI do artigo 30 do REGIMENTO INTERNO DO CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL – CONSEF, aprovado pelo DECRETO Nº 7.592 DE 04 DE JUNHO DE 1999.

Na sessão seguinte, dia 12 de agosto de 2016, o advogado do autuado ingressou como nova manifestação defensiva, apresentado novos argumentos, requerendo diligência fiscal.

Considerando que o autuante não teve oportunidade de prestar informação fiscal, a 2ª JF resolveu converter o PAF em diligência para que fosse produzida nova informação fiscal, analisando os argumentos defensivos, fls. 1.370 a 1.381, **observando o previsto** no art. 127, § 6º, do RPAF/99: “**A informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação.**”.

Nessa manifestação, fls. 1.370 a 1.381, o autuado tratou, apenas, das infrações 02 e 04, de forma conjunta, alegando que Autoridade Fiscal partiu da premissa equivocada de que a impugnante estaria obrigada a recolher antecipadamente na forma do artigo 125, inciso II, § 7º e 8º do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Frisa que a capitulação legal foi equivocada, dado que, não observou o fato de que não se aplica o instituto da antecipação tributária, seja por retenção ou antecipação, sobre a mercadoria adquirida em operação interestadual, quando o substituto tributário for o adquirente.

Tece comentários sobre substituição tributária.

Assegura que, no caso específico do asfalto diluído de petróleo e cimento asfáltico de petróleo, classificados nas NCM 2715.00.00 e 2713, argumenta que segundo a legislação vigente à época, a antecipação tributária devia ser executada na modalidade por retenção, transcrevendo:

Art. 353. ...

16.5 - piche, pez, betume e asfalto - NCM/SH 2706.00.00, 2713, 2714 e 2715.00.00;

§ 3º Nas saídas de asfalto diluído de petróleo e cimento asfáltico de petróleo, classificados nos códigos 2715.00.00 e 2713 da Nomenclatura Comum do Mercosul – Sistema Harmonizado - NCM/SH, caberá ao contribuinte que adquirir o produto junto à refinaria de petróleo o lançamento e pagamento do imposto referente às operações subsequentes.

Ao prestar a nova informação fiscal, fl. 1.388, o autuante em relação à infração 02, aduz que trata de utilização de crédito referente a antecipação parcial sem que o recolhimento tenha sido efetuado, conforme descreve a legislação tributária. Portanto, o contribuinte não poderia utilizar de crédito fiscal de antecipação parcial antes do seu efetivo pagamento.

Em relação à infração 04, sobre a alegação da defesa de que o produto estaria enquadrado na Substituição Tributária, salienta que anterior à lavratura do Auto de Infração apenas o produto “piche” estava inserido na substituição tributária, ensejando a cobrança realizada pelo autuante da antecipação parcial.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multa em decorrência de 06 infrações.

No tocante à alegação defensiva de decadência parcial do lançamento tributário, relativo aos fatos gerados ocorridos antes de 19 de julho 2008, não pode ser acolhida, pelos motivos que passo a expor.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial, nos lançamentos tributários sujeitos à homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, como no caso do ICMS, quando do pagamento antecipado, o ente tributante dispõe de cinco anos para realizar o lançamento ou homologação, nos termos do artigo 150 do CTN - Código Tributário Nacional.

Observo que o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, nos termos do artigo acima citado, extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento. Havendo pagamento integral do tributo devido, não havendo outro prazo previsto em lei para homologação, este será de 5 (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.

Para aplicação da referida norma legal, é necessário que sejam atendidos alguns requisitos, entre eles, que o tributo tenha sido apurado e recolhido de acordo com lei, ou seja, o pagamento integralmente do valor devido pelo sujeito passivo; que não exista lei que fixe outro prazo e por fim, que não tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação, requisitos não existentes na lide em questão.

Na presente lide, o sujeito passivo, contribuinte do ICMS no Estado da Bahia, omitiu-se em prestar as informações ao fisco, artigo 149 do CTN, sendo necessária a apuração do imposto devido mediante procedimento administrativo tributário, resultando na lavratura do Auto de Infração em tela, por ter o sujeito passivo omitido informações na apuração do ICMS e realizado o conseqüente recolhimento em valor inferior ao devido.

Portanto, não se pode falar na aplicação da regra do § 4º do artigo 150 do CTN, pois, mediante ação fiscal, restou comprovada a omissão de pagamentos do tributo estadual, não havendo pagamento antecipado não se pode falar em homologação, pois não se pode homologar um pagamento que não foi realizado pelo sujeito passivo.

Também não pode ser arguida a aplicação do § 4º do artigo 150 do CTN, pois o Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981, aplicado aos contribuintes baianos, em seu artigo 107-B, fixou prazo para homologação, exercendo a faculdade prevista no próprio § 4º do artigo 150 do CTN.

O prazo para homologação tácita do lançamento e extinção do crédito tributário, fixado no Código Tributário do Estado da Bahia, no § 5º do artigo 107-B, é de 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, desde que não seja comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, pois, comprovada essa situação, o tributo poderá ser reclamado pelo sujeito ativo, ente tributante, a qualquer época.

Assim, no caso em tela, o prazo para contagem da decadência deve ser observado o previsto no § 5º do artigo 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia, combinado com o artigo 173, inciso I, do CTN, o qual estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, por se tratar de fatos geradores ocorridos no exercício de 2008, o fisco teria até o dia 31/12/2013 para constituir o lançamento tributário. Como o Auto de Infração foi lavrado em 28/06/2013 não se configurou a decadência.

Quanto a alegação de nulidade das infrações 02 e 04, por ter indicado o art. 125, do RICMS, no enquadramento legal, tendo que o procedimento da fiscalização foi o correto, uma vez que

ambas infrações se encontram relacionadas com a falta de pagamento do ICMS devido por antecipação parcial, o que é tratado na alínea “f”, do inciso II, do artigo em questão, conforme abaixo reproduzido:

Art. 125 - ...

II -

f) para fins de comercialização, relativamente à antecipação parcial do ICMS prevista no art. 352-A;

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Superada a questão preliminar, no mérito, na infração 01 é imputado ao sujeito passivo ter utilizado indevidamente de crédito fiscal de ICMS através de cópia de nota fiscal ou documentos ausentes em seus arquivos.

Em sua defesa o sujeito passivo nega a existência de crédito indevido, assegurando que às Notas Fiscais nº 2953, 2983, 3122 e 412 foram regularmente escrituradas, eis que embasados em documentação original, consoante rol probatório denominado de **Doc. 2** e cópia dos Registros de Entrada e Saída, de modo a comprovar a validade da escrituração.

Na informação fiscal o autuante opina pela manutenção na totalidade da infração, principalmente pelo reforço do contribuinte ao incluir, ainda, cópia de conhecimento (412 de 24/11/2008) e nota fiscal destinada a outro contribuinte (Nf – 2983 de 14/03/2008).

Na segunda manifestação defensiva o sujeito passivo informou que estava acostando documentação para comprovar os referidos créditos, apresentada pela Impugnante, dentro dos ditames legais (Anexo 3), folhas 1.306 a 1.310 dos autos.

Ao compulsar os elementos que compõem o contraditório atinente a essa infração verifico que, o impugnante, além apresentar, tão-somente, as cópias da notas fiscais em questão, mesmo em sua segunda manifestação defensiva, ao citar o (Anexo 3), folhas 1.306 a 1.310 dos autos, não carrou aos autos qualquer justificativa que, de forma plausível esclarecesse a motivação da não apresentação do documento original, e sem trazer aos autos a comprovação alguma de iniciativa que tivesse adotado para sanar ou oficializar a SEFAZ acerca de eventual extravio.

A utilização de crédito fiscal é objeto de especial atenção pela legislação de regência que reveste o procedimento a ser adotado de exigências específicas para sua validade como estatui o art. 97 do RICMS-BA/97, *in verbis*:

“Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:

[...]

IX - em face de cópia de documento fiscal ou de qualquer de suas vias que não a primeira, ressalvada a hipótese de documento perdido, extraviado ou desaparecido, caso em que a admissão do crédito é condicionada à comprovação da ocorrência, por parte do contribuinte;”

Logo, não tendo o impugnante, mesmo devidamente intimado para apresentar o documento original, ante a restrição legal acima reproduzida, não há como convalidar o crédito fiscal ora em lide, concluo pela subsistência da infração 01.

Na infração 02 é imputado ao sujeito passivo ter utilizado a maior crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior.

Não acolho o argumento defensivo de que não há qualquer condicionante temporal para a utilização dos créditos decorrentes de antecipação parcial do imposto, uma vez que o § 4º do artigo 101 do RICMS/97, estabelece que:

Art. 101. *A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte nos livros fiscais próprios:*

I - no período em que se verificar a entrada da mercadoria ou a aquisição de sua propriedade ou a prestação do serviço por ele tomado;

II - no período em que se verificar ou configurar o direito à utilização do crédito.

...

§ 4º Tratando-se do imposto antecipado parcialmente, nos termos do art. 352-A, o direito à escrituração do crédito se configurará com o seu recolhimento.

Portanto, o contribuinte somente tem o direito a utilizar o crédito fiscal decorrente do imposto antecipado parcialmente, quando do recolhimento do referido ICMS, razão pela qual ficam mantido os valores relativos aos meses de setembro, novembro e dezembro impugnados pela defesa.

Em relação ao mês de outubro, igualmente entendo que deve ser mantido na autuação, uma vez que os valores recolhidos a título de ICMS normal demonstram que foi de R\$134.728,04, dando um saldo a pagar de R\$93.498,59 conforme demonstrativo folha 09 dos autos.

Em relação ao argumento defensivo de que o produto estaria enquadrado na Substituição Tributária, o mesmo não tem nenhuma pertinência com a infração, a qual trata de crédito fiscal indevido relativo ao ICMS devido por Antecipação Parcial.

Logo, à infração 02 fica mantida.

Na infração 03 é imputado ao sujeito passivo ter deixado de recolher do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Em sua peça defensiva o autuado sustenta que não há como prosperar a autuação lavrada no valor de R\$ 2.840,65, uma vez que incluiu o valor da diferença de alíquotas no cômputo dos débitos fiscais do período, conforme artigo 132 do RICMS/97.

Na informação fiscal, o autuante opina pela manutenção da autuação ressaltando que o contribuinte deixou de lançar e recolher todos os valores constantes na planilha às folhas 10 e 11 do processo.

Concordo com a defesa que contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração do imposto incluirão o valor da diferença de alíquotas no cômputo dos débitos fiscais do período, conforme artigo 132 do RICMS/97, combinado com o art. 116, III, "b", 4, do mesmo regulamento.

Entretanto, o sujeito passivo não comprovou que os valores objeto da autuação, planilha às folhas 10 e 11 dos autos, foram especificados como débitos fiscais, diferença de alíquota, no livro Registro de Apuração do ICMS.

Devo ressaltar que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Logo, fica mantida à infração 03.

Na infração 04 imputado ao autuado ter deixado de recolher do ICMS – antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para comercialização.

Em sua defesa o autuado aduz que não assiste razão ao autuante, tendo em vista não haver materialidade para a autuação, uma vez que pretende cobrar antecipação parcial sobre mercadorias adquiridas para industrialização, mormente sobre matérias-primas e material de embalagem, enquanto que a autorização legal para cobrança de antecipação parcial no Estado da Bahia abrange apenas as mercadorias oriundas de outros estados para fins de posterior comercialização.

Como bem ressaltou o autuante na informação fiscal, as notas fiscais que originaram as referidas cobranças se encontram anexadas ao processo e foram objeto de indicação pelo contribuinte do que em sua análise seria comercialização, matéria-prima ou embalagens. Destacou, ainda, que o mesmo item aparece como matéria prima e como produto para comercialização, como é o caso do cimento asfáltico que é a maioria dos itens comercializados.

Entendo que a infração deve ser mantida na autuação em função da falta de precisão das informações do contribuinte no que se refere à destinação dos itens adquiridos, uma vez que a defesa não apresentou informações que descreva minuciosamente a destinação final de cada item objeto da autuação, não tendo apresentado em suas diversas manifestações, escritas e orais, nenhuma prova que possui qualquer tipo de controle interno que separe quais quantidade foram para industrialização e quais foram para comercialização, mesmo questionado na fase de sustentação oral, o representante da empresa informou que não tinha conhecimento da existência de controles com essa finalidade. Também informou, o advogado do autuado, que a empresa não requereu nenhum tipo de Regime Especial ou apresentou Consulta sobre o tema, por entender não ser devido o pagamento da Antecipação Parcial.

Mais uma vez, devo ressaltar que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Em relação ao argumento defensivo de que o produto estaria enquadrado na Substituição Tributária, o mesmo não pode ser acolhido, uma vez que os fatos geradores são relativo aos meses de fevereiro, março, maio, junho, agosto a dezembro de 2008, março, agosto, novembro e dezembro de 2009, nesse período, conforme redação do item 16.5, do inciso II do artigo 353, vigente à época dos fatos geradores, somente estava enquadrado na Substituição Tributária o produto “*piche (pez)* - 2706.00.00, 2715.00.00”, redação que vigorou de 01/01/09 a 31/01/11, conforme abaixo reproduzido:

Art. 353. ...

16.5 – piche (pez) - NCM/SH 2706.00.00 e 2715.00.00;

Logo, fica mantida à infração 04.

Na infração 05 é imputado ao autuado ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10%.

Em sua defesa o sujeito passivo nega o cometimento da infração, alegando a existência das seguintes situações: notas fiscais canceladas pelo fornecedor; evolução de mercadoria e a existência de registro regular.

Na informação fiscal o autuante acolheu, parcialmente, os argumentos defensivos, tendo revisado o levantamento fiscal, reduziu o valor lançado. Frisa que as notas fiscais indicadas pelo contribuinte de número 30662 e 3740 é fato que nenhuma das duas consta no registro de entrada. Semelhança de valores e datas não podem justificar as notas mencionadas. Os números são claros no próprio documento anexado pelo contribuinte. Em um caso tem uma nota de número 662, que parece o contribuinte indicar que é a de número 30.662 e no caso da nota 3740, ele apresenta um registro de nota de número 3255 que são bem diferentes das que foram indicadas no auto de infração. No caso da nota fiscal 36048 de 19/12/2008, diz concordar que seja excluída do cálculo da infração, tendo seu valor reduzido em R\$3.462,87. Em relação a Nota Fiscal nº 5285 de 21/03/2009 aduz que houve equívoco da parte do contribuinte pois a nota fiscal que lá está registrada é de número 5283. Mantenho a cobrança no valor de R\$2.518,17. Concorda com a exclusão das Notas Fiscais nºs 31, 175, 2353, 2355, 873, 875, 876,877, 878, 879, 880, 882, 885 de 2009. Ficando o valor da infração reduzido para:

Neste caso, os valores mantidos na infração são abaixo descritos:

Data	Nº Nota Fiscal	Valor	Multa	Multa R\$
08/11/2008	30662	21.536,85	10%	2.153,69
26/11/2008	3740	39.958,81	10%	3.995,88
		61.495,66	-	6.149,57
21/03/2009	5285	25.181,71	10%	2.518,17

Acolho o resultado da revisão fiscal, considerando que foi embasada nos documentos fiscais e livros fiscais apresentados pelo contribuinte autuado e devidamente analisado pelo autuante.

Contudo, apesar de restar caracterizada parcialmente à infração em tela, cumpre observar de ofício que o percentual da multa utilizada para o cálculo do débito, constante no artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, foi modificado para o percentual de 1%, conforme alteração promovida pela Lei nº 13.461/2015, com efeito a partir de 11 de dezembro de 2015. Desta forma, o percentual da multa aplicada para o cálculo do débito do item em comento, cabe, com base no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, a aplicação retroativa da multa mais benéfica.

Logo, a infração 05 restou parcialmente caracterizada conforme abaixo:

Data	Nº Nota Fiscal	Valor	Multa	Multa R\$	TOTAL MÊS
08/11/2008	30662	21.536,85	1%	215,36	
26/11/2008	3740	39.958,81	1%	399,58	
SOMA 11/08			-		614,94
21/03/2009	5285	25.181,71	1%	251,81	
SOMA 11/09					251,81
TOTAL					866,75

Na infração 06 é imputado ao autuado ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 1%.

Em sua defesa o sujeito passivo nega o cometimento da infração, alegando a existência das seguintes situações: notas fiscais canceladas pelo fornecedor; mera transferência de bem do ativo imobilizado; devolução de mercadoria e a existência de registro regular.

Na informação fiscal o autuante acolheu, parcialmente, os argumentos defensivos, tendo revisado o levantamento fiscal, reduziu o valor lançado.

Acolho o resultado da revisão fiscal, considerando que foi embasada nos documentos fiscais e livros fiscais apresentados pelo contribuinte autuado e devidamente analisado pelo autuante, o qual comprovou que as Notas Fiscais nºs 447, 448, 2244 e 2423 foram canceladas pelos fornecedores e que a Nota Fiscal nº 18689 foi escriturada, apesar de ter sido escriturada no ano de 2010. Entretanto, as demais notas fiscais foram mantidas na autuação, uma vez que, no entendimento do autuante, as informações prestadas pelo contribuinte não eliminam a necessidade do registro dos documentos em sua escrita fiscal.

Assim, em meu entendimento, em razão das razões acima exposta, ficam excluídas da autuação as Notas Fiscais nºs 447, 448, 2244, 2423 e 18689.

Relativamente as demais notas fiscais objeto da autuação, não acolho os argumentos defensivo, pelas seguintes razões:

- 1- Nota Fiscal nº 02, segundo a defesa se trata “*de mera transferência de bem do ativo imobilizado*”. Tal situação não dispensa a escrituração regular do referido documento fiscal. Fica mantida na autuação.
- 2- Notas Fiscais nº 2428, 2462 e 2507, segundo a defesa se trata “*de devoluções de mercadorias efetuadas por clientes*”. Tal situação não dispensa a escrituração regular do referido documento fiscal. Fica mantida na autuação.

Logo, à infração 06 restou parcialmente caracterizada, conforme abaixo:

Data	Nº Da Nota Fiscal	Valor da Nota	Multa	Multa R\$	TOTAL MÊS
02/04/2009	2	2.000,00	1%	20,00	
SOMA 04/09					20,00
30/11/2009	2462	9.975,86	1%	99,76	
17/11/2009	2428	10.474,27	1%	104,74	
SOMA 11/09					204,50
15/12/2009	2507	3.514,31	1%	35,14	
SOMA 12/09					35,14
TOTAL					259,64

Diante do exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o presente auto de infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	V. HISTÓRICO DEVIDO
1	PROCEDENTE	12.449,60
2	PROCEDENTE	414.511,77
3	PROCEDENTE	2.840,65
4	PROCEDENTE	333.814,75
5	PROCEDENTE EM PARTE	866,75
6	PROCEDENTE EM PARTE	259,64
TOTAL		764.723,16

VOTO DISCORDANTE

Em que pese a robustez e argumentação do voto prolatado, ousou discordar do mesmo relativamente a questão aventada pela defesa, frente a existência de decadência, ainda que parcial.

E justifico os motivos. Durante muito tempo, subsistiu discussão acerca de qual seria o entendimento frente a questões de tal natureza, para reconhecimento ou não da existência da decadência: se deveria ser aplicado o disposto no artigo 173 inciso I, ou o artigo 150 § 4º do CTN.

O entendimento predominante neste Órgão era o que prevalecia em tais hipóteses como a presente, não somente a redação contida no Código Tributário do Estado da Bahia, (Lei 3.956/81), até mesmo após a edição pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Súmula Vinculante 08, a qual aplicável aos créditos tributários.

A Procuradoria Geral do Estado da Bahia, através da sua Procuradoria Fiscal, sustentou, igualmente, por largo período, inclusive no Poder Judiciário, tal entendimento acima exposto, dissonante daquele predominante nas decisões dos Tribunais Superiores, sendo que após diversas derrotas judiciais na apreciação de tal matéria, repensou o pensamento anterior da matéria, culminando com a adoção dos denominados “Incidentes de Uniformização”, os quais visaram unificar o pensamento acerca de questões até então ensejadoras de inúmeros e acalorados debates.

Dentre tais “Incidentes de Uniformização”, destaco o de nº PGE 2016.194710-0, cujo enunciado transcrevo: “*Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150 § 4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que correspondia às operações declaradas*”.

E avança ainda mais o entendimento exposto, ao observar na seguinte Nota 1: “*Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 150 § 4º do CTN, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação*”.

Diante de tal posicionamento, claro está que no caso em comento relativo à infração 01, qual seja, a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS através de cópia de nota fiscal ou documentos ausentes em seus arquivos, relativamente ao fato gerador ocorrido em maio de 2008, assiste razão à defesa, no tocante a decadência parcial, motivo pelo qual o montante de R\$4.609,30 deve ser excluído do lançamento, tornando a mesma procedente em parte, e não procedente como entendeu o Relator.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279733.0002/13-7**, lavrado contra **STRATURA ASFALTOS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 763.616,77**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, “f” e “VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.126,39**, previstas nos incisos IX e XI do mesmo artigo e lei, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de março de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE