

A. I. N° - 120018.0104/15-0
AUTUADO - BONI ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - AIDIL ISABEL DE SOUSA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09.01.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0164-02/17

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. a) DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. b) DESTINADAS A USO E CONSUMO. Diante da apresentação de provas pela defesa, acolhidas pela autuante, as infrações são insubsistentes. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração reconhecida. b) RECOLHIMENTO A MENOR.** Na informação fiscal foi acatado argumento da defesa. Infração parcialmente subsistente. **3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA TRIBUTÁVEL. b) MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL.** Estando incluídas nos demonstrativos notas fiscais cujas operações foram anuladas, em sede de informação fiscal foram as mesmas retiradas dos demonstrativos. Infrações parcialmente procedentes. Acolhida parcialmente a arguição de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 28 de dezembro de 2015 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$34.453,63 referente às seguintes infrações:

Infração 01. **06.01.01.** Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no montante de R\$ 10.053,69, multa de 60%, ocorrências verificadas em março e setembro de 2013.

Infração 02. **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 destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro, maio, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2012, março a agosto, outubro a dezembro de 2013, no total de R\$ 3.127,13, multa de 60%.

Infração 03. **07.01.01.** Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, fatos ocorridos em maio e outubro de 2013, totalizando R\$ 8.561,22, bem como multa de 60%.

Infração 04. **07.01.02.** Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da federação e/ou do exterior, nos meses de maio, junho, setembro e dezembro de 2010, e janeiro de 2012, resultando em R\$ 7.564,31, além da multa de 60%.

Infração 05. **16.01.01.** Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a março, maio, julho,

outubro e novembro de 2012, janeiro, março a junho, agosto e setembro de 2013, no valor de R\$1.035,40, correspondente à aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Infração 06. 16.01.02. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, totalizando R\$4.112,88, para os meses de janeiro a maio, julho a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013.

A empresa autuada, através de seus advogados, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 35 a 39, na qual, após descrever as infrações, requer, sob pena de nulidade, que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, seus legítimos representantes na ação administrativa que ora se instaura, tudo conforme poderes especificados na procuração anexa.

Como preliminar, suscita a decadência do direito de constituição dos créditos, cujos fatos geradores ocorreram até 28 de dezembro de 2010, posto que, tendo sido intimada da autuação em 29 de dezembro de 2015, decorreram mais de cinco anos, estando decaído do direito do Estado quanto à constituição do crédito tributário, observados os efeitos da Lei nº 13.199/14. Assim, pede a exclusão de todas as parcelas indicadas no lançamento, cujos fatos geradores tenham ocorrido até 28 de dezembro de 2010, em relação aos itens 01 a 06 do lançamento.

No que tange aos itens 01 e 02, relativos ao diferencial de alíquota pelas aquisições, respectivamente, de bens do ativo e mercadorias para uso e consumo, aponta não ter observado a autuante que as notas fiscais de aquisições foram devidamente lançadas e que os valores foram quase que integralmente pagos, sendo a quitação realizada no contexto do “conta corrente fiscal”, conforme comprovantes anexos (LRAICMS e comprovantes de pagamentos – Cód. 0806).

Quanto à infração 03 diz ser “procedente”, já tendo providenciado o pagamento correspondente.

Para a infração 04, observa que as importâncias relativas aos meses de maio, junho e setembro, de 2010, estão alcançadas pela decadência, além do que a parte relativa a dezembro de 2010 se reporta à Nota Fiscal 10753, cujo pagamento da antecipação foi realizado a menor (no valor de R\$ 3.589,26). No particular, diz que, por equívoco, se apropriou de crédito de 12%, quando o correto seria 7%. A diferença foi quitada antes da presente defesa, como consta do sistema da SEFAZ.

Esclarece, ainda quanto a este item 04, que ocorreu outro erro formal, qual seja, na alocação, no DAE, do período de competência. A Nota Fiscal foi expedida em dezembro de 2010, contudo, o pagamento, realizado muito antes da ação fiscal, foi feito constando no DAE o mês de competência 01/11, já tendo solicitado a retificação do erro no sistema da SEFAZ (comprovante anexo). Contudo, aduz não poder ser novamente compelida a pagar a mesma parcela já anteriormente recolhida.

No que diz respeito às infrações 05 e 06, pertinentes a multa por ausência de registros de entradas na escrita fiscal, algumas notas foram canceladas, a saber:

NF-E 10631 cobrada no Auto

11024 corresponde a entrada anulando a NF-E 10631

NF-E 10991 cobrada no lançamento

11365 entrada anulando a NF-E 10991

NF-E 10998 cobrada no Auto de Infração

11366 entrada anulando NF-E 10998.

Para a Nota Fiscal 01.529, correspondente ao item 05, diz ter sido escriturada, porém por equívoco no Livro Registro de Entradas na BONI LOGISTICA LTDA., conforme cópia anexa. Além disso, se trata de Nota Fiscal de “Remessa para Armazenagem”. Dentro dessas circunstâncias, ou seja, não tendo ocorrido a infração (falta de registro) e sim registro equivocado e diante da natureza da aplicação, requer a exclusão da multa respectiva.

Ante o exposto, protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a posterior juntada de documentos e, se necessário, revisão fiscal, protesta pela procedência parcial da autuação, com a exclusão das parcelas atingidas pela revelia, cujos comprovantes das alegações de defesa estão sendo apresentados, assim como na Nota Fiscal 001.529 do item 05, pelas razões já expostas.

Informação fiscal constante às fls. 176 e 177 esclarece, após resumo dos fatos, que a discussão sobre decadência não procede, pois a autuada mencionou o texto da Lei que estabelece o prazo decadencial como o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento seria efetuado.

Quanto aos demais argumentos defensivos, reconhece os pagamentos efetuados a título de diferença de alíquotas, nas aquisições de material para uso e consumo ou ativo fixo do estabelecimento, e tendo em vista a comprovação trazida referente a parte do imposto antecipado “a dezembro de 2010”, acata o mesmo.

Em relação à multa por falta de escrituração de notas fiscais no livro Registro de Entradas, considerou as notas fiscais comprovadamente canceladas, tendo feito novo demonstrativo de débito, na forma de planilhas acostadas às fls. 178 e 179.

Intimada do teor da informação fiscal, e dos novos levantamentos efetuados (fls. 185 e 186), a autuada retorna ao feito (fls. 188 a 200), a autuada retorna ao feito, no sentido de renovar o pedido de que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da Autuada na ação administrativa que ora se instaura.

Da mesma forma, ratifica o pleito concernente à decadência do direito de constituição dos créditos, cujos fatos geradores ocorreram até 28/12/2010, posto que, tendo sido intimada da autuação em 29/12/15, decorreram mais de cinco anos, estando decaído do direito do Estado quanto a constituição do crédito tributário, observados os efeitos da Lei nº 13.199/14.

Acrescenta que a situação em tela, que atinge as ocorrências listadas no item 04 (do novo demonstrativo de débito às fls. 178 e 179), por se reportar em “recolhimento a menor”, se enquadram perfeitamente no Incidente de Uniformização PGE 2016.194710-0. Assim, pede a exclusão de todas as parcelas indicadas no lançamento, cujos fatos geradores tenham ocorrido até 28/12/2010, mantidas na infração 04, aduzindo ter o CONSEF, por seu turno, editado recentes decisões sobre o tema, a saber, os Acórdãos CJF 0278-11/16 e CJF 0265-11/16, cujas Ementas transcreve.

Ante o exposto, protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a posterior juntada de documentos e, se necessário, revisão fiscal, pede a procedência parcial da autuação, com a exclusão das parcelas atingidas pela “revelia”, cujos comprovantes das alegações de defesa foram anexados, pelas razões já expostas.

Instada a se manifestar mais uma vez, a autuante mantém a informação anteriormente prestada, ratificando todos os seus termos, e indicando que remanesce débito de R\$ 14.108,54, de acordo com demonstrativo de fl. 178.

Constam às fls. 196 a 198 extratos de pagamentos de valores reconhecidos pela empresa.

Na sessão de julgamento, a defesa compareceu, realizando sustentação oral e reiterando os argumentos defensivos já expostos.

VOTO

O lançamento constitui-se em cinco infrações arroladas pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada.

A autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de

multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos das infrações trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Como questão prejudicial, a defesa invoca a ocorrência de decadência, ao entendimento de que os fatos ocorridos até 28 de dezembro de 2010 estariam alcançados pela mesma, tendo a autuante refutado tal arguição.

A legislação, especialmente o Código Tributário Nacional (CTN), determina em seu artigo 150, §4º, que *“o lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, e se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”*.

Nesta seara, destaco que 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 entendimento anterior, 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 n.º PGE 2016.194710-0, aliás, invocado pela defesa, 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. 173 I 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”*.

Inequívoco o fato de o contribuinte ter não somente lançado o imposto, como, da mesma forma, antecipado o pagamento de que nos fala o dispositivo legal acima enunciado, sendo clara e inquestionável a aplicação do mesmo.

Diante de tal posicionamento, claro está que no caso em comento relativo à infração 04 lançada, a Secretaria da Fazenda se manteve inerte frente ao ocorrido, ou seja, ao recolhimento a menor de imposto devido, diante do longo lapso temporal em que se manteve passiva, deixando ocorrer a decadência ora aventada para as ocorrências dos meses de maio, junho e setembro de 2010.

Em relação ao pedido para que a realização de diligência, nego o mesmo, com base no artigo 147 inciso I, alínea “a” do RPAF/99, vez que os elementos constantes no feito são suficientes para o deslinde do julgamento, além do que, a própria autuante, em sede de informação fiscal, procedeu aos ajustes necessários, atendendo ao clamor da defesa.

No mérito, a infração 03 foi devidamente reconhecida como cometida pela autuada, estando, pois, fora da presente lide, e tida como procedente.

Para as infrações 01 e 02, a autuante, em sede de informação fiscal acatou os argumentos defensivos, motivo pelo qual as infrações tiveram seus valores zerados, posição que acolho e acompanho, sendo as mesmas improcedentes, à vista dos documentos apresentados.

Para a infração 04, após a exclusão daquelas parcelas acolhidas pela decadência, remanesceram apenas e tão somente as ocorrências dos meses de dezembro de 2010, e janeiro de 2012.

Tendo a defesa arguido que em período anterior ao início da ação fiscal fez o recolhimento do imposto da nota fiscal, porém equivocou-se no momento de emitir o Documento de Arrecadação, constando no mesmo o mês de competência 12/10, tendo solicitado a retificação do erro no sistema da SEFAZ, o que ocorreu, motivo pelo, concordando com a autuante, entendo que o valor para tal período deva ser reduzido, restando os seguintes valores:

Dezembro 2010	R\$ 1.782,45
Janeiro 2012	R\$ 378,87
TOTAL	R\$ 2.161,32

Nas infrações 05 e 06, a empresa apenas contesta documentos fiscais que teriam sido cancelados, com o que concorda a autuante, realizando a exclusão dos mesmos do levantamento, na forma dos demonstrativos de fls. 178 (infração 05), e 179 (infração 06), os quais acompanho nos valores ali indicados, restando as mesmas subsistentes em parte, nos valores respectivos de R\$97,40 e R\$1.474,87.

Com base nos fatos e argumentos expostos, voto pela procedência parcial do lançamento, de acordo com a tabela abaixo:

Infração 01	ZERO
Infração 02	ZERO
Infração 03	R\$ 8.561,22
Infração 04	R\$ 2.161,32
Infração 05	R\$ 97,40
Infração 06	R\$ 1.474,88
TOTAL	R\$ 12.294,82

Quanto à solicitação para que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o

quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, com a instituição do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei 13.199 de 28/11/2014, a qual que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127–D.

Desta forma, os advogados da empresa poderão ser comunicados através de tal meio, na condição de “Perfil 3”, de procurador eletrônico, na qual o acesso será com e-CNPJ ou com e-CPF oportunidade na qual o sistema verificará a lista dos estabelecimentos escolhidos no momento da criação da Procuração.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato do processo judicial eletrônico já ser adotado pelo Poder Judiciário a algum tempo, sem que se tenha conhecimento de qualquer contestação neste sentido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **120018.0104/15-0** lavrado contra **BONI ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.722,54**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória de no valor de **R\$1.572,28**, prevista no artigo 42, incisos IX e XI do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05, devendo o órgão competente homologar os recolhimentos realizados.

Sala de Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA