

A. I. N° - 207095.0010/17-2
AUTUADA - LOJÃO DOS PARAFUSOS FERRAMENTAS E FERRAGENS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ PEDRO ROBERTSON DE SOUSA
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27.07.2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0100-05/18

EMENTA ICMS. 1. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Revisão dos valores autuados na fase de informação fiscal. Mantida a cobrança de parte dos valores segundo a apuração efetuada pelo contribuinte na peça de defesa. **2. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. a) DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O APURADO NOS LIVROS FISCAIS. b) IMPOSTO DEVIDO A TÍTULO DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL E PARCIAL.** Revisão dos valores autuados na fase de informação fiscal. Exclusão parcial de débitos e extinção de parte dos valores lançados pela decadência. **3. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. a) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. Infração insubsistente. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. Item nulo.** Desconformidade da acusação fiscal com os fatos efetivamente apurados na ação fiscal. **4. LIVROS FISCAIS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXERCÍCIO FECHADO. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS NA ESCRITA FISCAL. REGISTRO DE INVENTÁRIO. UTILIZAÇÃO E/OU APRESENTAÇÃO FORA DAS ESPECIFICAÇÕES PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO.** Não demonstrada nos autos a desconformidade apontada na peça de defesa. Item anulado. **5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. a) FALTA DE ENTREGA. Infração mantida.** Não comprovada a entrega dos arquivos exigidos mediante intimação. Valores mensais da penalidade lançados com base nas informações constantes das DMAs fornecidas pelo contribuinte. Afastada a alegação de nulidade da cobrança. **b) OMISSÕES DE OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES.** Inexiste nos autos planilhas com a demonstração dos cálculos efetuados para quantificar os registros omitidos nos arquivos magnéticos. Vício insanável do procedimento fiscal. Item nulo. Excluídos da exigência fiscal os fatos geradores ocorridos no período entre 31/12/2012 e 31/08/2012, em razão da extinção dos débitos fiscais pela perda do Estado do direito de processar o lançamento fiscal de ofício. Aplicação do art. 150, § 4º, do CTN (Código Tributário Nacional). Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 31/08/2017, para exigir ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor principal de R\$54.792,73, contendo as seguintes imputações:

Infração 01 - 01.02.05 — Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias (s) adquiridas (s) com pagamento de impostos por antecipação tributária. Valor exigido: R\$2.147,99, acrescido da multa de 60%.

Infração 02 - 03.01.04 — O contribuinte recolheu a menor o ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos magnéticos. Valor exigido: R\$18.863,14, acrescido da 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 exterior. Valor exigido: R\$2.725,69, acrescido da 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 exterior. Valor exigido: R\$2.116,91, acrescido da multa de 60%.

Infração 05 — 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 fins de comercialização. Valor exigido: R\$3.804,23, acrescido da multa de 60%.

Infração 06 — 07.15.02 - Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Valor exigido: R\$16.465,88, acrescido da multa de 60%.

Infração 07 — 16.04.11 - Utilização e/ou apresentação de livros fiscais fora das especificações de impressão e/ou numeração e/ou costura e/ou encadernação estabelecida no RICMS/BA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa fixa de R\$50,00.

Infração 08 — 16.12.15 — Deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação das operações ou prestações realizadas. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor das entradas/saídas. Valor exigido: R\$1.507,14.

Infração 09 — 16.12.26 - Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requerido mediante intimação com omissão de operações ou prestações ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saída e prestações de serviços realizadas em estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas. Descumprimento de obrigação acessória. Valor exigido: R\$7.111,75.

O autuado foi cientificado do auto de infração no dia 06/09/2017, através de correspondência enviada pelos correios, via AR (aviso de recebimento), documento anexado às fls. 165/166.

Em 10/11/2017 o contribuinte atravessou petição nos autos, firmada por seu advogado devidamente constituído através do instrumento juntado à fl. 220, ocasião em que procedeu a juntada e DAE (documento de arrecadação estadual) e demonstrativos (planilhas), apontando os valores, por infração, que foram objeto de reconhecimento parcial. Infração 01: R\$92,52; Infração 02: R\$7.377,23; Infração 04: R\$44,05; Infração 06: R\$5.119,26. Os valores reconhecidos e pagos totalizaram a cifra principal de R\$12.633,06, sendo recolhido aos cofres públicos após cálculo dos acréscimos legais e multa, o montante total de R\$20.182,29, conforme comprovante de pagamento (doc. fl. 172).

Na peça de defesa que se encontra juntada às fls. 174 a 204 da PAF, o contribuinte, através de seu advogado, suscitou a decadência de todos os créditos tributários reclamados, do período compreendido entre 01/01/2012 a 31/08/2012, considerando que a ciência do lançamento de ofício se deu em 06/09/2017, momento em que se perfectizou o ato administrativo. Entende ser aplicável ao caso as disposições do art. 150, § 4º, do CTN, contando-se o início do prazo decadencial a partir da ocorrência dos respectivos fatos geradores. Fez referência a julgados do STJ (Superior Tribunal de Justiça) acerca desse tema, transcrevendo na peça defensiva a Súmula 555 daquele tribunal e o Agravo Regimental no REsp nº 1.277.854.

Suscitou também a possibilidade de se decretar a nulidade do Auto de Infração se não se proceder a juntada aos autos da correspondente Ordem de Serviço (OS), a fim de se averiguar se houve o cumprimento do prazo de 90 dias para o encerramento da ação fiscal, nos termos do art. 28, § 1º, do RPAF/99 e a posterior prorrogação por igual prazo.

No mérito, passou a discorrer na peça defensiva acerca de cada uma das infrações que lhe foram imputadas. Inicialmente afirmou em que pese já ter arguido a preliminar de decadência para que sejam declarados extintos os créditos relativos às ocorrências dos períodos de 31/01/2012 a 31/08/2012, caso não seja esse o entendimento do colegiado de julgamento e em razão do princípio da eventualidade, apresentou impugnação no mérito também para aqueles períodos.

Assim, no tocante à infração 01, após reiterar a decadência dos créditos reclamados do período entre 31/01/2012 a 31/08/2012, declarou que o autuante, nessa imputação, analisou tão somente as informações do arquivo SINTEGRA sem fazer um cotejo dos lançamentos existentes nos livros fiscais (entradas, saídas e apuração) com as notas fiscais emitidas. Disse que diversas mercadorias objeto da ação fiscal estão sujeitas à antecipação parcial, ou seja, estão submetidas ao regime de tributação normal (débitos vs. créditos) e que o autuante ao analisar os arquivos SINTEGRA observou apenas as NCMs ali declaradas. Todavia, as mesmas foram transmitidas com equívocos, em razão de problemas técnicos no software, havendo desconformidade com os lançamentos existentes nos livros fiscais. Visando provar o alegado juntou tabela relativa a essas ocorrências (Planilha 01 – NCM), reproduzida no CD anexo (fl. 222) e apresentou seus argumentos em tópicos específicos. Enfatizou que houve no caso um mero erro formal, configurando simples descumprimento de obrigação acessória, sem a presença dos elementos dolo, fraude ou simulação, passível, portanto, de dispensa da penalidade nos termos do art. 158 do RPAF/99.

Na infração 02 a defesa afirmou que os destinatários das mercadorias não estavam inscritos no cadastro do ICMS na condição de contribuintes do referido imposto, não sendo possível aos mesmos usufruir os benefícios da redução da base de cálculo de 41,176%, previsto no Decreto nº 7.799/00. Em decorrência a defesa reconheceu a procedência dessa cobrança, no valor de R\$7.377,23, excluídos dessa cobrança o período entre 31/01/2012 e 31/08/2012 que teriam sido atingidos pela decadência.

Na infração 03, a defesa informou que em relação à competência de fevereiro de 2012 não houve recolhimento em relação à NF indicada na planilha do auditor, reconhecendo assim o valor lançado. Na competência de março de 2012, a defesa disse se tratar da NF 164.394 que acobertou operação com o produto escada para uso doméstico, submetida ao regime de recolhimento normal, conforme livro de apuração e DAE juntado na peça defensiva. Para as competências de abril a maio de 2012 a defesa reconheceu os valores lançados no Auto de Infração. Quanto à competência de junho de 2012 disse que o ICMS foi regularmente recolhido, mas que houve um erro na planilha do autuante que considerou o crédito de ICMS à alíquota de 7% nas operações com as notas fiscais 79345 e 8002.

Na infração 04, afirmou, em relação à competência de Agosto/2012 que a NF 508834 é relativa à mercadoria “furadeira elétrica” que não está enquadrada no regime da substituição tributária. Para a NF 78526 disse que foi recolhido o ICMS-ST através do DAE 1145, conforme planilha de apuração e cópia do DAE.

Quanto à competência do mês de Novembro/2012 observou que há 02 erros na planilha do fiscal autuante: As NFs de número 260.057, 259.232, 8780, 491.824, 498.563 estão lançadas com valor divergente do “total dos produtos” e nas NFs 20.398 e 2.999 não foram considerados os créditos de ICMS no valor de R\$58,43. Ao final reconhece ser devida a quantia de R\$44,00, conforme planilhas anexas no cd room: (duas planilhas relativas ao primeiro período 01/01/2012 a 31/08/2012 e segundo período 31/09/2012 a 31/12/2013).

No tocante à infração 05 afirmou que essa exigência fiscal é totalmente improcedente, visto que: a) para a competência Fevereiro/2012 foi recolhido o valor de R\$1.336,02; b) para a competência de Abril/2013 foi pago o valor de R\$84,43 referente à NF 70333. Já em relação à NF 70160 afirmou que a

mesma foi devolvida ao fornecedor, conforme NF de devolução 5526, emitida em 15/04/2013, tudo de acordo com os anexos da pasta respectiva, contida no cd room juntado ao PAF.

Ao se debruçar sobre a Infração 06 disse reconhecer apenas parte do valor que foi autuado, pois houve de fato uma redução indevida de 41,176% na base de cálculo. Entretanto, afirmou que parte do valor foi recolhida corretamente na forma exigida pela legislação, restando apenas o recolhimento do valor remanescente do imposto, no importe principal de R\$5.119,26, relativamente aos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2012 e janeiro e abril de 2013.

Na infração 07, a defesa pontuou que em pese ser irrisório o valor lançado neste item, a exigência da multa não merece prosperar, visto que o Fiscal não consignou com a imperiosa precisão os fatos e a respectiva capitulação legal da norma supostamente infringida, cerceando o direito de defesa do impugnado. Frisou que o autuante consignou tão somente que o livro de inventário se encontrava em desacordo com as normas regulamentares, mas não apontou especificamente qual a irregularidade. Sustenta que a constituição do crédito tributário compreende o dever de indicar com a imperiosa precisão a matéria tributável ou a infração cometida, (art. 142 do CTN); devendo o lançamento ser acompanhado de demonstrativos do débito em relação a cada fato (art. 28, §4º, II c/c art. 39 do RPAF/99), com elementos suficientes que possibilite o autuado exercer o direito de defesa (art. 148 RPAF/99), sob pena de não contendo todos os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração ser declarado nulo o lançamento (art. 18 RPAF/99).

Ante a ausência de informações imprescindíveis a fim de possibilitar o exercício do contraditório e ampla defesa, pede que esse item da autuação seja declarado **nulo**. Consignou, por fim, que os livros fiscais foram entregues conforme cópia do protocolo de entrega de documentos (cópia anexo na pasta da infração 07).

No tocante à infração 08 a defesa também sustenta que a mesma não deve prosperar, pois todas as intimações foram cumpridas dentro do prazo estabelecido. Afirmou ainda que não existe nos autos qualquer planilha ou memória de cálculo que faça referência ao valor que está sendo cobrado e que o autuante não indicou qual intimação deixou de ser cumprida.

Pede que essa infração também seja declarada nula com base nas determinações dos arts. 18 e 148 RPAF, e tendo em vista que foram tempestivamente cumpridas todas as intimações fiscais.

Para a infração 09 a defesa ponderou que essa cobrança relacionada à multa por descumprimento de obrigação acessória, também não merece prosperar, inicialmente porque sequer foi juntada planilha nos autos que faça referência ao valor e metodologia aplicada para se chegar à presente reclamação, em afronta ao que estabelece o art. 142 do CTN e art. 28, § 4º, II, do RPAF/99, que prescrevem que a constituição do crédito tributário através do lançamento de ofício compreende o dever de indicar com a imperiosa precisão a ocorrência da infração, determinando a matéria e demonstrando os cálculos e a penalidade aplicável.

Acrescentou, mais à frente, que nos comprovantes de envio do validador Sintegra, em anexo, foram enviadas todas as informações de todos os registros, entretanto o Registro 60, que representa as operações de ECF/cupom fiscal, é modalidade de venda que o autuado não utiliza.

Em decorrência, seja pela ausência da planilha, e no mérito, em razão da entrega dos arquivos com todos os registros utilizados, pede a defesa que essa infração seja excluída do lançamento de ofício.

Requeru a realização de prova pericial e formulou quesitos, reproduzidos às fls. 197 a 199, para que sejam respondidos pelo perito contábil.

Ao finalizar a peça impugnatória a defesa pede que a mesma seja recebida e processada para:

1. *Acolher a preliminar de Decadência, extinguindo os créditos relativos às ocorrências do período de 31/01/2012 a 31/08/2012;*
2. *Acostar aos autos a OS (ordem de serviço) e demais autorizações de prorrogação, e sendo verificada qualquer irregularidade formal, seja declarada a nulidade do feito infracional.*

3. *Acolher as demais preliminares de nulidade arguida e pontualmente declinadas em cada uma das infrações.*
4. *Converter o feito em **DILIGÊNCIA** a fim de apurar as informações prestadas no corpo da impugnação.*
5. *Notificar o nobre Fiscal Autuante para se manifestar acerca da impugnação.*
6. *Intimar novamente o Autuado para se manifestar após as diligências*
7. ***AO FINAL**, no mérito, demonstrada a insubsistência seja **JULGANDO TOTALMENTE IMPROCEDENTE** o Auto de Infração, determinando o arquivado do feito.*
8. *Seja notificado o Procurador do Estado, para assumir a custus legs, na forma do RPAF/BA, no sentido que seja produzido Parecer na forma do inciso I do artigo 118 do RPAF, nas questões de direito suscitadas.*
9. *Que seja deferida a juntada dos documentos e planilhas anexas, devidamente gravadas em mídia CD room, deferindo prazo juntada fichas técnicas e informações acerca dos produtos enviados pelos fornecedores.*

A informação fiscal foi prestada por auditor fiscal estranho ao feito, em razão do autuante, à época, se encontrar em gozo de licença prêmio. Essa peça processual se encontra anexada às fls. 227 a 232 dos autos.

No tocante à alegação de decadência no período de 01/01/2012 a 31/08/2012 foi informado que o prazo decadencial para o lançamento de imposto omitido é a norma do art. 173, inc. I, do CTN e que o marco inicial desse prazo é o primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência dos fatos geradores. Que em relação às parcelas autuadas em que não houve pagamento aos cofres estaduais não se pode invocar a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN uma vez que não se pode homologar tributo não recolhido ou omitido quando da apuração feita pelo contribuinte. Disse que tal entendimento se coaduna com o que vem decidindo o STJ e o CONSEF-BA. Reproduziu na peça informativa decisões originárias daqueles órgãos judicantes.

Quanto à PRELIMINAR DE NULIDADE por falta de exibição da Ordem de Serviço pelo Autuante, declarou a autoridade fiscal informante, que a OS é de cunho administrativo não cabendo exteriorizá-la o preposto fiscal, dado que, segundo o RPAF, o início da ação fiscal é dado na forma estabelecida no seu art. 26, inc. III, com a seguinte redação:

Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;

Que a partir da ciência da intimação, corre prazo de 90 (noventa) dias para encerramento da ação fiscal, independentemente da data de emissão da OS (Ordem de Serviço), conforme prescreve o art. 28, § 1º do RPAF.

Frisou ainda que o RPAF enumera de forma taxativa, no art. 18, inc. IV, as situações que podem levar à nulidade do auto de infração, não estando a situação descrita pela defesa no rol normativo citado.

Em relação à infração 01, que contempla a acusação de crédito indevido por aquisições de mercadorias enquadradas em regime ST, foi acatado o argumento defensivo de que as notas fiscais que contêm os NCM, base de classificação do produto em ST, divergem das informações lançadas nos arquivos Sintegra e portanto há produtos que compõem a autuação que não estão inseridos no regime de substituição tributária. Que deve prevalecer a descrição das mercadorias nas notas fiscais registradas nos livros em confronto com os arquivos e que procedeu a essa correção.

Quanto aos CFOPs não foram acatados os argumentos da defesa, dado que o próprio contribuinte apresentou os CFOPs corretos, todos com código 2403 (Compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária), sendo assim reconhecido que as

mercadorias acobertadas por essa codificação envolviam operações sujeitas ao regime da ST, sendo, portanto, indevido o crédito fiscal apropriado.

Quanto às notas fiscais elencadas pela defesa nas quais se alegou que a utilização das mercadorias era para uso diverso da construção civil, razão pela qual as mesmas não estariam sujeitas ao regime da substituição tributária, também não foi acatado o argumento defensivo, dado que o estabelecimento comercial tem como atividade mercantil vendas de máquinas, ferramentas e outros congêneres, os quais tem utilização na construção civil. O pedido de laudo técnico para o deslinde da questão foi entendido como desnecessário pois o mesmo deveria ter sido trazido na peça de defesa e anexado aos autos. Pontuou ainda o auditor informante que, em visita ao estabelecimento, constatou que o contribuinte vende ferramentas, brocas, maquinários, utilizados na construção civil.

No tocante ao argumento de divergência de alíquotas, sustenta a defesa que o correto seria a utilização da alíquota de 7% ou 4% e não a alíquota de 17%. Esse argumento não foi acatado com a alegação de que o sistema do Auto de Infração da Bahia calcula a infração à alíquota de 17%, sendo mero indicativo, para a formação da base de cálculo, não modificando o valor apurado pelas alíquotas corretas para as respectivas infrações (cálculo do imposto).

Em decorrência dos ajustes efetuados, sem a exclusão das cobranças dos períodos entendidos pela defesa como extintos pela decadência, o valor do débito da infração 01 foi reduzido de R\$2.147,99 para R\$1.778,24, conforme Demonstrativo reproduzido à fl. 230 dos autos.

Relativamente à infração 02 declarou que a defesa não apresentou argumentos capazes de elidir a infração e que ainda reconheceu devida a autuação, mantendo os valores originais, no importe de R\$18.863,14.

No tocante à infração 03 acatou os argumentos de mérito da defesa, exceto em relação à decadência, procedeu à exclusão de algumas notas fiscais, e reduziu o débito de R\$2.793,45 para R\$2.455,63, conforme reproduzido no Demonstrativo de fl. 230 verso.

Na infração 04 a alegação defensiva de que as notas fiscais 508834, 78526, 260057, 259232, 8780, 491824, 498563, 20398 e 2999, não devem ser computadas no levantamento por não estarem submetidas ao regime da antecipação tributária foi acatada na peça informativa. Em decorrência o valor do débito dessa ocorrência foi “zerado”, conforme se encontra espelhado no Demonstrativo reproduzido às fls. 230v/231.

Para a infração 05, ICMS Antecipação Parcial – Omissão de recolhimento, disse concordar com as alegações da defesa, dado que o auto de infração imputa como omissos os meses de 02/2012 no valor de R\$2.189,26 e de 04/2013 no valor de R\$ 1.614,97. Na realidade não houve omissão de recolhimento e sim recolhimento a menor. Posto isso, como a capitulação legal da infração formal diverge da material, sugeriu a anulação desse item por cerceamento do direito de defesa.

Na infração 06, relacionada ao ICMS Ant. Parcial – Recolhimento a menor em aquisições interestaduais, em que a defesa sustenta que houve redução indevida da base de cálculo no cômputo do crédito fiscal, foram refeitos os cálculos pelo auditor informante, observando-se, ao final, a ausência de valores a recolher neste item do Auto de Infração, conforme se encontra detalhado na planilha reproduzida às fls. 231/231 verso.

Na infração 07, foi exigida penalidade fixa pela utilização e/ou apresentação dos livros fiscais fora das especificações de impressão e/ou costura e/ou encadernação estabelecida no RICMS (livro de Inventário). Na fase de informação fiscal foi afirmado que o motivo da aplicação da multa foi a apresentação de Livro Fiscal por e-mail ao invés de encadernação/numeração consoante determina o RICMS/2012. Não foram acatados os argumentos defensivos, haja vista que a impugnante não fez prova do não cometimento da infração.

Em relação à infração 08 a exigência fiscal refere-se à aplicação de multa pela falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação. As alegações defensivas de falta de detalhamento da forma como foram apurados os valores lançados no Auto de Infração e de

que todas as intimações foram cumpridas no prazo, não foram acatadas pelo auditor que prestou a informação fiscal. Acrescentou que os valores que serviram de base para aplicação da multa foram obtidos das DMAs e se referem a operações de saídas declaradas. Manteve a exigência fiscal no valor de R\$1.507,14, conforme planilha reproduzida à fl. 231 verso.

Quanto à infração 09 que diz respeito à aplicação de penalidade pelo fornecimento de informações em arquivo magnético, exigido mediante intimação, com omissão de operações ou prestações mercantis. Quanto a este item, somos pelo acatamento da defesa, haja vista que não consta nos autos planilha onde demonstra a metodologia de cálculo nem os valores devidos para se chegar ao montante lançado no auto de infração. Pede que este item da autuação seja cancelado (declarado nulo), por cerceamento do direito de defesa.

Ao finalizar a peça informativa apresentou resumo, em planilha, dos valores que entende devam ser mantidos na autuação e a exclusão dos demais, após acolhimento parcial das razões de defesa.

RESUMO:

INFRAÇÃO	VL LANÇADO	VL REVISTO
01.02.05	2.147,99	1.778,24
03.01.04	18.863,14	18.863,14
07.01.01	2.725,69	2.455,63
07.01.02	2.116,91	0,00
07.15.01	3.804,23	0,00
07.15.02	16.465,88	0,00
16.04.11	50,00	50,00
16.12.15	1.507,14	1.507,14
16.12.26	7.111,75	0,00
	54.792,73	24.654,15

Às fls. 235 a 238 foi anexado ao PAF relatório extraído do sistema interno da SEFAZ-Ba (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – SIGAT), contendo a informação de pagamento efetuado pelo contribuinte, no valor principal de R\$12.633,06.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 09 (nove) imputações, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Quanto à preliminar de nulidade por falta de exibição da ordem de serviço observo que a ação fiscal foi deflagrada com a lavratura do Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e Prestação de Informações, documento que se encontra anexado às fls. 11 e 12 do PAF. O contribuinte foi cientificado do referido Termo em 10/07/2017 e a ação fiscal concluída em 31/08/2017, com a lavratura do Auto de Infração, dentro, portanto, do prazo de 90 (noventa) dias para a conclusão da ação fiscal, apontados pelo contribuinte na peça de defesa. A ciência do lançamento de ofício ao contribuinte, por sua vez, realizou-se em 06/09/17, através dos correios – AR, anexado às fls. 165/166 deste PAF. Portanto, a alegação defensiva de nulidade não se sustenta. Ademais ainda que ação fiscal extrapolasse o prazo de 90 dias poderia ser prorrogada por igual prazo e não se processando a prorrogação ao contribuinte seria devolvida a espontaneidade para cumprir eventuais obrigações tributárias não adimplidas.

Passo doravante ao exame da arguição de decadência dos fatos geradores verificados no período entre 01/01/2012 a 31/08/2012. A questão encontra-se hoje pacificada através do Incidente de Uniformização nº 2016.194710, da Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS). Firmou-se o entendimento de que conta-se 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 corresponderia às operações declaradas.

Na vigência das normas revogadas do COTEB (Código Tributário do Estado da Bahia) a contagem do prazo decadencial era unificada sendo considerado como “*dies a quo*” para qualquer situação, independentemente da conduta do contribuinte:

I – o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento administrativo poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornasse definitiva a decisão anulatória, por vício formal, de lançamento administrativo anteriormente efetuado.

Essa matéria, no Supremo Tribunal Federal (STF), foi objeto da edição da Súmula Vinculante (SV) nº 08, de 12 de junho de 2008. A Corte Superior ao expor as razões que serviram de embasamento para a edição da citada Súmula, fez menção aos RE's (Recursos Extraordinários) 560.626-1, 556.664-1 e 559.943-4, sinalizando que tanto sob a égide da Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, III, "b", da CF de 1988), a prescrição e a decadência só poderiam ser disciplinadas por LEI COMPLEMENTAR, de âmbito nacional, por serem institutos gerais de direito tributário. Para o STF, somente o CTN poderia prever prazos prescricionais e decadenciais em torno da matéria tributária, visto que regulação normativa distinta por cada ente da federação implicaria em ofensa a diversos princípios, entre eles a isonomia e a segurança jurídica.

Destaco que as razões ou fundamentos de decidir que conduziram à edição da SV nº 08 não integraram o verbete sumular que se ateve à inconstitucionalidade de dispositivos de normas federais que tratavam de decadência e prescrição de contribuições previdenciárias. Eis o teor da Súmula: “***São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Dec-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212, que tratam da prescrição e da decadência de crédito tributário***”. Todavia, foi indicado, com bastante precisão o entendimento do plenário do STF a respeito do tema da decadência tributária, afastando-se a tese da possibilidade e regulação desse instituto do direito em legislação firmada por cada ente da Federação.

Em sintonia com os entendimentos acima alinhavados, especialmente nas hipóteses de pagamento parcial de tributos lançados por homologação, foram proferidas, mais recentemente, decisões originárias do Tribunal de Justiça da Bahia, a exemplo da Apelação nº **0510938-28.2013.8.05.0001** – Rel. Des. Des. Livaldo Reaiche Raimundo Britto e Agravo Regimental nº **0566887-03.2014.8.05.0001/50000** - Rel. Des. Mauricio Kertzman Szporer. No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no AgRg no REsp (Agravo Regimental no Recurso Especial) nº **1532105 -RR** – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho (data do julgamento: 15/03/2016) e no AgRg no REsp nº **131802015- RS** – Rel. Min. Benedito Gonçalves (data do julgamento: 15/08/2013).

Diante desse quadro e antes da publicação do Incidente de Uniformização nº 2016.194710, diversas DILIGÊNCIAS em processos que versaram sobre esta matéria foram encaminhadas para a PGE/PROFIS para que a temática da decadência fosse reanalisada à luz da novel jurisprudência dos tribunais superiores.

A PGE/PROFIS ressaltou em seus Pareceres Jurídicos que vieram a ser posteriormente consolidados no Incidente de Uniformização nº 2016.194710, a inafastabilidade do entendimento consagrado na Súmula Vinculante nº 8 do STF, no sentido de que as regras concernentes à decadência e prescrição se encontravam reservadas pela C.F. à regulação por lei complementar, não havendo possibilidade de êxito de tese contrária na esfera judicial, vinculada à aplicação de normas previstas na legislação estadual. Esboçou na parte final da peça as seguintes conclusões:

- a exemplo do que fez o próprio STF quando da edição da Súmula Vinculante (SV) nº 08, seria pertinente a aplicação da técnica da modulação de efeitos dos atos de interpretação voltados ao reconhecimento da decadência, de forma que a Administração judicante poderia decidir pela invalidação dos autos de infração que aplicassem o prazo previsto pelo art. 107-B, § 5º, do COTEB, se lavrados em data posterior à pacificação do entendimento do STF, ou seja, após a edição da SV nº 8, em 12 de junho de 2008;*
- ao reconhecer a mudança de orientação jurisprudencial com o fim de atender o interesse*

público primário no sentido de evitar a litigiosidade do Estado e a ocorrência de sucumbências judiciais desnecessárias o Parecer sugere que seja reconhecida a decadência de constituir o crédito tributário apenas quanto aos lançamentos lavrados após a consolidação da dessa mudança de entendimento, ou seja, somente em relação aos autos de infração lavrados em data posterior a 12 de julho de 2008;

- Assim, aplicando a orientação fixada pela SV nº 08 do STF foi sugerido no Parecer da PGE a dispensa de intervenções judiciais pelos Procuradores do Estado observados os seguintes critérios, abaixo reproduzidos:

i) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e não pago ou simplesmente ausência de declaração e pagamento (omissão de operação ou prestação de serviços tributáveis), deve ser aplicada a regra do art. 173, inciso I, do CTN e do art. 107-B, §5º do COTEB (prazo decadencial contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato gerador);

ii) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de dolo, fraude ou simulação quanto a débito declarado e pago, integral ou parcialmente, deve ser aplicada a regra do art. 150, §4º, c/c art. 173, inciso I e parágrafo único, do CTN (prazo decadencial contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte à expedição de ato declarando a existência de dolo, fraude ou simulação ou da notificação ao sujeito passivo de medida preparatória para constituir o fato jurídico dolo, fraude ou simulação);

iii) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de dolo, fraude ou simulação quanto a débito declarado e pago, integral ou parcialmente, e, havendo notificação do sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento, deve ser aplicada a regra do art. 150, §4º, c/c 173, parágrafo único do CTN (prazo decadencial contado a partir do recebimento da notificação pelo sujeito passivo);

*iv) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e pago, integral ou parcialmente, **em data anterior à 12 de junho de 2008**, deve ser aplicada a regra do art. 107-B, §5º do COTEB;*

*v) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e pago, integral ou parcialmente, **em data posterior à 12 de junho de 2008**, deve ser aplicada a regra do art. 150, §4º, do CTN;*

Fixadas as premissas teóricas acima expostas, observo que o lançamento de ofício em exame foi formalizado com o objetivo de corrigir os atos de apuração e pagamento realizados pelo contribuinte em relação ao ICMS mensal, no tocante às infrações de utilização indevida de crédito fiscal, recolhimento a menor do imposto por divergência entre os valores declarados e informados pelo contribuinte nos arquivos magnéticos, recolhimento a menor da antecipação por substituição tributária nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação, recolhimento a menor da antecipação parcial e da falta de recolhimento do ICMS antecipação total e antecipação parcial. Trata-se de operações que foram regularmente escrituradas e levadas à apuração na conta corrente fiscal do imposto, seja por tributação normal ou de forma antecipada. Portanto, são fatos tributáveis levados à apuração nas contas correntes fiscais do imposto, nos regimes de substituição tributária e normal, de forma que se enquadram nas situações que se amoldam perfeitamente à regra contida no § 4º, do art. 150 do CTN. Ou seja, as situações descritas envolvem hipóteses submetidas a lançamento por homologação que somente ocorre nos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de “antecipar” lançamento e o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sujeitando-se a posterior homologação, expressa ou tácita, por aquela autoridade.

Importante ressaltar ainda que a questão relativa à modulação dos efeitos da Súmula Vinculante nº 08 do STF, que estabeleceu que as regras concernentes à decadência e prescrição se encontravam reservadas pela C.F. à regulação por lei complementar, deve também ser analisada a partir do que foi efetivamente decidido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. Em 12/06/2008, o pleno do STF, declarou a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei Federal nº 8.212/1991, com efeitos “*ex nunc*” (para frente), salvo em relação às ações judiciais propostas até 11/06/2008. A modulação de

efeitos teve em vista a repercussão e a insegurança jurídica que poderia se verificar em relação à possibilidade de repetição de indébitos de valores já recolhidos, administrativamente ou por execução fiscal, antes da decisão que declarou a inconstitucionalidade com efeitos vinculantes. Mas não alcançou as questões pendentes, ou seja, em discussão, nas esferas administrativa ou judicial.

Em decorrência, a declaração de inconstitucionalidade do STF alcançou não só a norma geral, ou seja, a Lei, que esteja em desconformidade com a Carta Magna, mas também os atos administrativos que se fundamentaram na legislação inválida. Transcrevo o trecho de um Parecer Jurídico da PGE, no PAF nº 206891.0030/13-8, que aponta conclusão nesse sentido (pág. 729 daquele PAF): ***“Por conseguinte, reputamos ser apropriado à Administração judicante decidir pela invalidade dos autos de infração que aplicarem o prazo previsto pelo art. 107-B, § 5º do COTEB, se lavrados em data posterior à pacificação do entendimento do STF, ou seja, depois da edição da Súmula Vinculante nº 8, em 12 de junho de 2008”***.

Dessa forma, a partir de 12/06/2008, as disposições do art. 107, § 5º do COTEB não seriam mais válidas assim com os atos administrativos que se fundamentassem nessa norma integrante do ordenamento jurídico do Estado da Bahia.

No caso concreto, o A.I. em exame foi lavrado em 31/08/2017, com ciência ao contribuinte em 06/09/2017, quando a SÚMULA VINCULANTE do STF nº 08 já se encontrava produzindo efeitos no ordenamento jurídico. O entendimento ali consignado, portanto, é plenamente aplicável aos fatos geradores lançados neste Auto de Infração, no que se refere às obrigações de pagar imposto (obrigações de dar pecúnia).

Assim, considerando que o ato de lançamento formalizado através do presente A.I. nº 207095.0010/17-2, se tornou perfeito e acabado com a ciência do contribuinte verificada em 06/09/2017, os fatos geradores anteriores a essa data, relacionados com as infrações 01, 02, 03, 04, 05 e 06, ocorridos entre 31/01/2012 e 31/08/2012, foram fulminados pela decadência, de forma que os créditos tributários reclamados naquelas datas ficam extintos, incidindo a regra do art. 156, inc. V, do CTN, que apresenta o seguinte teor:

Art. 156 – Extinguem o crédito tributário:

(...)

V – a prescrição e a decadência.

As infrações relacionadas com o descumprimento de obrigações acessórias, que compõem os itens 07, 08 e 09 da peça de lançamento não se submetem ao regramento do art. 150, § 4º, do CTN (Código Tributário Nacional), pois se referem a obrigações de fazer (escrever livros, entregar arquivos magnéticos), não havendo, em relação às mesmas, ato de lançamento ou pagamento a ser homologado pelo fisco. Em decorrência, se submetem ao prazo de contagem geral, estabelecido no art. 173, I, do CTN, que tem início a partir de 1º dia do exercício seguinte à ocorrência dos respectivos fatos geradores. Logo, os débitos lançados para as infrações acessórias não foram atingidos pela decadência, pois o fisco dispunha de prazo até 31/12/2017 para formalizar o lançamento de ofício.

Passo doravante ao exame de cada uma das infrações que compõem a peça de lançamento, em relação aos valores remanescentes, após a exclusão daqueles extintos pela decadência, ressaltando, de início, a decisão de indeferir o pedido de perícia fiscal - contábil formulado na inicial, em razão das questões suscitadas pela defesa não demandarem análise técnica especializada por perito contador. Ademais grande parte dos valores que remanesceram na autuação já foram recolhidos pelo contribuinte, e o acolhimento da arguição de decadência eliminou a discussão de mérito da maioria das infrações, por descumprimento de obrigação principal, que foram imputadas ao sujeito passivo.

Na infração 01, remanesceu em discussão, tão somente os fatos geradores dos meses de setembro a dezembro de 2012. Após revisão feita pelo auditor responsável pela informação fiscal acolho as reduções processadas neste item, operadas na fase de defesa, remanescendo o valor de R\$92,52, já

recolhido pelo contribuinte, composto pela soma das ocorrências dos meses de novembro e dezembro, no importe, respectivamente, de R\$63,07 e R\$29,45, conforme demonstrado na planilha anexada à fl. 169 deste PAF.

Na infração 02, remanesceu na exigência fiscal, os meses não atingidos pela decadência (set, out, nov e dez de 2012 e jan de 2013), no importe principal de R\$7.377,23, também já recolhidos pelo contribuinte. O detalhamento desse pagamento se encontra demonstrado também na planilha juntada à fl. 169 do PAF.

A infração 03 é improcedente na sua totalidade, visto que todos os valores ali lançados foram extintos pela decadência. (Fevereiro a junho de 2012).

Em relação à infração 04 o valor recolhido pelo contribuinte para o mês de novembro de 2012, no importe de R\$44,05 deve ser homologado, em conformidade com o que se encontra detalhado à fl. 169. Item mantido em parte.

Para a infração 05, ICMS Antecipação Parcial – Omissão de recolhimento, foram acolhidas as alegações da defesa, visto que o auto de infração imputou ao sujeito passivo omissão de pagamentos do tributo nos meses de 02/2012 no valor de R\$2.189,26 e mês 04/2013 no valor de R\$1.614,97. Na realidade não houve omissão de recolhimento e sim recolhimento a menor. Posto isso, como a capitulação legal da infração formal diverge da material, restou configurada a nulidade desse item do Auto de Infração, conforme foi reconhecido na fase de informação fiscal.

Na infração 06 o contribuinte reconheceu apenas parte dos valores que foram autuados, pois houve redução indevida de 41,176% na base de cálculo em algumas operações. Todavia, parte das operações foi objeto de recolhimento correto, na forma exigida pela legislação, restando apenas a ser pago o valor remanescente do imposto, no importe principal de R\$5.119,26, relativamente aos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2012 e janeiro e abril de 2013. Esses valores, no entanto, já foram recolhidos pelo sujeito passivo, conforme atesta a planilha juntada à fl. 170 e DAE (documento de arrecadação estadual) juntado às fls. 171/172.

Passo agora ao exame das infrações por descumprimento de obrigações acessórias, que integram os itens 07, 08 e 09 da peça de lançamento.

Na infração 07, relativa à utilização ou apresentação do livro de inventário fora das especificações estabelecidas na legislação não restou evidenciado nos autos a que desconformidade teria incidido o contribuinte. Por sua vez, além do valor da penalidade ser irrisório, somente R\$50,00, não ficou evidenciado que prejuízo a “desconformidade” descrita na peça acusatória teria causado aos procedimentos de fiscalização empreendidos pela autoridade fiscal. Diante dessas circunstâncias anulo esse item do Auto de Infração, fundamentado nas disposições do art. 18, inc. IV, letra “a”, do RPAF/99, visto que inexistem elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator. Item, portanto, anulado.

No tocante à infração 08, relacionada à penalidade de 1% pela falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com as informações das operações e prestações, dos períodos mensais de fevereiro e março de 2012 e de maio, agosto, setembro de outubro de 2012, o contribuinte foi intimado a apresentar esses arquivos, conforme atesta a intimação juntada à fl. 12. Foi concedido prazo de 30 (dias) para o fornecimento daquelas informações em meio magnético. Por sua vez, os valores que compõem essa infração foram extraídos das DMAs (Declarações Mensais do ICMS) apresentadas pelo sujeito passivo à SEFAZ-Ba, atinentes às saídas processadas pela empresa naqueles meses. Não houve o cerceamento ao direito de defesa apontado na peça impugnatória, visto que os valores que compõem a base de cálculo da infração têm origem em informações geradas pelo próprio contribuinte. Ademais a defesa não se desincumbiu do ônus processual de provar que procedeu à entrega dos arquivos requisitados via intimação regular. Item da autuação mantido, no valor principal de R\$1.507,14.

Por fim, em relação à infração 09, referente à penalidade dos arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com ausência de informações (registros), observo que na fase de informação

fiscal foi reconhecida, em relação a este item, a ausência de planilhas com a demonstração dos cálculos efetuados para os valores apurados, ou seja, da metodologia de cálculo empregada para quantificar os valores dos registros omitidos. Diante da ausência dessa peça processual, que nos parece caracterizar vício insanável nessa fase do feito, declaramos a nulidade do item 09 da autuação, em conformidade com manifestação trazida na informação fiscal.

Nosso voto, portanto, é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração. Os valores já recolhidos pelo sujeito passivo deverão ser homologados pela repartição fiscal de origem do processo (Inspetoria de Feira de Santana).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207095.0010/17-2**, lavrado contra **LOJÃO DOS PARAFUSOS FERRAMENTAS E FERRAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.633,06**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alíneas “b” e “d” e inc. VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias, no valor principal de **R\$1.507,14**, prevista no art. 42, inc. XIII-A, letra “j”, do mesmo diploma legal, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos pelo sujeito passivo.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de junho de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE /RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – JULGADOR