

A. I. Nº - 298958.3028/16-0
AUTUADO - CASAS FREIRE.COM COMERCIAL DE ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27.12.2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0195-05/18

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. a) REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração mantida com base na revisão da ASTEC/CONSEF. Não constatada as inconsistências apontadas na peça de defesa. **b) DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O APURADO NOS LIVROS FISCAIS.** Excluídos os valores atingidos pela decadência. Item parcialmente mantido. Impossibilidade de compensação de valores pagos a maior na fase do contencioso administrativo. **c) APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO NAS OPERAÇÕES DE SAÍDAS REGULARMENTE ESCRITURADAS.** Infração não impugnada. **d) ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. CREDITAMENTO DE OPERAÇÕES BENEFICIADAS PELO DECRETO nº 4.316/95 (PRODUTOS DE INFORMÁTICA E ELETRO-ELETRÔNICOS).** Excluídos da autuação os períodos mensais atingidos pela decadência. Nulidade das demais ocorrências por inexistência de prova nos autos de que o contribuinte efetivamente compensou os créditos fiscais na conta corrente do ICMS. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS (EFD). DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO; b) MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS.** Não acolhida a preliminar de decadência no tocante ao descumprimento de obrigações acessórias. Mantida a cobrança das multas. Excluídos da exigência fiscal os fatos geradores relacionados ao descumprimento de obrigação principal, ocorridos no período entre 31/01/2011 e 19/12/2011, 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), e Incidente de Uniformização da PGE/PROFIS. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração lavrado em 08/12/2016, para a exigência de ICMS e multas no valor principal de R\$107.174,38.

A peça acusatória apresentou 06 (seis) imputações conforme detalhamento abaixo.

Infração 01 – 02.01.03: *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor exigido: R\$17.538,02, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96. Respalda a exigência fiscal o*

Demonstrativo juntado às fls. 15 a 20, com o detalhamento dos períodos mensais, produtos comercializados e documentos fiscais emitidos.

Infração 02 – 03.01.01: *Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Valor exigido: R\$30.591,70, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “b”, da Lei nº 7.014/96. Respalda a exigência fiscal o Demonstrativo juntado às fls. 21 a 24, com o detalhamento dos períodos mensais, valores dos créditos e débitos de ICMS apurados, valores recolhidos e diferenças apuradas.*

Infração 03 – 03.02.02: *Recolher a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor exigido: R\$167,70, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96. Respalda a exigência fiscal o Demonstrativo juntado à fl. 25, com o detalhamento dos períodos mensais, produtos comercializados e documentos fiscais emitidos.*

Infração 04 – 03.02.04: *Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Acrescentou o autuante: “No cálculo mensal da apuração do ICMS a recolher, o contribuinte não estornou o crédito de aquisições para comercialização de mercadorias fabricadas no Estado da Bahia por estabelecimento beneficiário do tratamento previsto nos artigos 1º e 1º-A do Decreto 4.316/95”. Valor exigido: R\$58.181,21, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96. Respalda a exigência fiscal o Demonstrativo juntado às fls. 26 a 46, com o detalhamento dos dias das ocorrências, totalização dos períodos mensais, produtos adquiridos e notas fiscais de entrada.*

Infração 05 – 16.01.01: *Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens e serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Penalidade de 1% sobre o valor das entradas. Descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96, com redução da multa em obediência à Lei nº 13.461/2015 c/c a alínea “c”, inc. II, do art. 106 do CTN. Valor exigido: R\$427,72. Respalda a exigência fiscal o Demonstrativo juntado às fls. 47/48, com o detalhamento das datas das ocorrências, notas fiscais não escrituradas e respectivos valores.*

Infração 06 – 16.01.02: *Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Penalidade de 1% sobre o valor das entradas. Descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 42, inc. XI, da Lei nº 7.014/96. Valor exigido: R\$268,03. Respalda a exigência fiscal o Demonstrativo juntado às fls. 49/56, com o detalhamento das datas das ocorrências, notas fiscais não escrituradas e respectivos valores.*

O contribuinte foi notificado do lançamento em 19/12/2016, pela via postal e ingressou com defesa administrativa protocolada em 17/02/2017, peça processual que se encontra às fls. 63/66 do PAF.

O contribuinte não contestou as infrações 03, 05 e 06. No tocante aos itens impugnados apresentou as razões abaixo expostas.

Nas **infrações 01 e 02**, vinculadas às imputações de falta de recolhimento do ICMS em razão de ter lançado operações tributáveis como não tributáveis e de recolhimento a menor do imposto em decorrência de desencontro entre os valores do tributo recolhido e o escriturado na apuração. A defesa alegou um único fato para afastar as acusações: a existência de erros na confecção e transmissão do SPED EFD-ICMS que teriam gerado as diferenças apuradas. Em decorrência, informou ter pedido ao Sr. Inspetor da IFEP NORTE a retificação dessas EFD's no intuito de equiparar as mesmas aos livros de Registro de Entradas e Declaração Mensal do ICMS (DMA).

Na fase de informação fiscal, peça que se encontra juntada às fls. 73/78 dos autos o autuante declarou, em relação à **infração 01**, que a partir da análise das planilhas de débito de fls. 15 a 20 constata-se que o contribuinte procedeu à saída de diversos produtos que deveriam ser tributados sem a devida tributação.

Para a **infração 02**, informou que o recolhimento a menor apurado na ação fiscal decorreu da comparação entre as EFDs e os DAEs de pagamento mensal do ICMS, conforme planilha de débito

anexada às fls. 21 a 24 deste PAF.

Manteve a integralidade das cobranças lançadas nos itens 01 e 02 do Auto de Infração.

A **infração 04** envolve cobrança de ICMS por erro de apuração do tributo que resultou em recolhimento a menor, devido à falta de estorno do crédito do imposto relacionado às entradas de mercadorias beneficiadas com o tratamento previsto no Decreto Estadual nº 4.316/1995.

O contribuinte declarou na peça de defesa que em relação às notas fiscais de entrada que acobertaram as mercadorias recebidas não se processou a utilização dos créditos fiscais cobrados na ação fiscal, de forma de que houve a correta e fidedigna apuração fiscal do ICMS do período analisado na infração 04.

Pontuou o autuante na fase de informação fiscal, que o artigo 3º do Decreto nº 4.316/95, que trata de benefícios fiscais relacionados ao setor dedicado à fabricação de produtos de informática, eletrônicos e telecomunicações, por estabelecimentos industriais localizados no Estado da Bahia, especialmente no Polo de Informática de Ilhéus, estabelecia o seguinte regramento, de acordo com a redação dada ao seu *caput* pelo Decreto Estadual nº 11.396, de 30/12/2008, com efeitos de 31/12/2008 a 15/06/2012:

"Art. 3º - Ao estabelecimento comercial que promover saídas de produtos fabricados neste estado por contribuintes que tenham utilizado em sua produção o tratamento previsto no art. 1º ou no art. 1-A, fica vedada a utilização do crédito fiscal da entrada da mercadoria, podendo lançar como crédito o valor do imposto destacado na nota fiscal de saída".

Essa regra e a subsequente, derivada do Decreto alterador nº 14.033/12, vedava a utilização de créditos fiscais relativamente às mercadorias objeto da autuação, dentro da cadeia estadual de circulação mercantil. Frisou o autuante que essa norma é cogente, ou seja, obrigatória, já que o lançamento a crédito do débito gerado nas saídas é uma autorização concedida ao contribuinte que poderá exercê-lo dentro do prazo decadencial. Registrou ainda que a apuração do ICMS é por estabelecimento, e que o estabelecimento no qual foi realizada a auditoria fiscal estaria obrigado a estornar o crédito apurado nas operações fiscalizadas no momento da apuração e não o fez. Acrescentou mais à frente, que se o estabelecimento que efetuou as transferências ao autuado tiver procedido na forma alegada, poderá, dentro do período decadencial, lançar o estorno do débito, a exemplo do próprio estabelecimento autuado e de tantos outros que comunicaram esse procedimento junto à Inspeção Fiscal.

Em decorrência, foram esboçadas as seguintes conclusões quanto à infração 04:

a) De acordo com as planilhas anexadas pelo autuante, às fls. 26 a 46, que respaldam esta infração, a exigência fiscal recaiu sobre a glosa de créditos fiscais decorrentes de operações internas de aquisição (CFOP 1403); de transferências internas entre estabelecimentos do mesmo contribuinte (CFOP 1152 e CFOP 1409) e de devoluções internas (CFOP 1202) de produtos de informática (computadores e tablets); eletroeletrônicos (ventiladores; DVDs, espremedores, batedeiras, liquidificadores, grills, ferros de passar, sanduicheiras, celulares etc) e também de outros produtos, incluídos no regime da substituição tributária (colchões, travesseiros, bicicletas etc);

b) O fundamento jurídico da autuação foi a glosa de créditos fiscais de produtos beneficiados pelo Dec. nº 4.316/95, que trata de benefícios fiscais relacionadas ao setor dedicado à fabricação de produtos de informática, eletrônicos e telecomunicações, por estabelecimentos industriais localizados no Estado da Bahia, especialmente no Pólo de Informática de Ilhéus.

Diante da controvérsia estabelecida o PAF foi encaminhado em DILIGÊNCIA PARA A ASTEC/CONSEF, ocasião em que foram formulados quesitos relacionados aos itens impugnados, a seguir transcritos:

REVISÃO DOS PROCEDIMENTOS FISCAIS PELA ASTEC (Infrações 01 e 02):

I) informar se há desconformidade entre a escrita fiscal apresentada pelo contribuinte

na defesa (arquivos juntados no CD – fl. 68) e os arquivos SPED EFD enviados a SEFAZ-Ba nos respectivos períodos mensais e, em caso de divergência, apontar os valores que devem prevalecer a partir das notas fiscais emitidas e se o contribuinte de fato protocolizou junto a Inspetoria Fiscal pedido de retificação dos arquivos eletrônicos (SPED FISCAL/SPED EFD-ICMS), conforme foi declarado na peça impugnatória.

II) revisar a conta corrente do ICMS do contribuinte a partir da escrita fiscal, no período objeto da autuação, verificando, com base nas notas fiscais de saídas emitidas nos meses objeto das exigências fiscais, se houve efetivamente lançamento de operações tributáveis declaradas como não tributáveis e de recolhimento a menor do imposto em decorrência de desconhecimento entre os valores do tributo recolhido e o escriturado no Registro de Apuração do imposto.

REVISÃO DOS PROCEDIMENTOS FISCAIS PELA ASTEC (Infração 04):

- Deverá o revisor da ASTEC/CONSEF:

I – verificar se efetivamente o contribuinte se apropriou na sua escrita dos créditos fiscais lançados nas notas fiscais de entrada (transferência, aquisições e devoluções) dos produtos listados nas planilhas apensadas às fls.26 a 46;

II – caso seja comprovado, conforme alegado na peça de defesa, a não apropriação de créditos de ICMS na escrita fiscal, excluir da autuação as notas fiscais em que não tenha se configurada a infração imputada pelo autuante. Verificar, com especial atenção, as operações com CFOP 1403;

III – na hipótese dos créditos fiscais relativos às entradas por compras, aquisições por transferências ou devoluções terem sido lançados no todo ou em parte na escrita do ICMS, deverá o diligente revisar a conta corrente do ICMS do contribuinte. Verificar qual o tratamento tributário dado às operações subsequentes de saídas. Se as mesmas foram tributadas, com posterior apropriação do crédito presumido do imposto destacado nas Notas Fiscais ou CF's-ECF (Cupons Fiscais - ECF) de saídas, conforme determina o art. 3º do Dec. nº 4.316/95 ou se foi dado outro tratamento distinto a essas operações na escrita fiscal do sujeito passivo.

IV – emitir parecer fiscal - contábil informando se a forma de proceder do contribuinte gerou prejuízo em desfavor da Fazenda Pública Estadual, acarretando recolhimento a menor do ICMS nos períodos mensais objeto da exigência fiscal que envolve a infração 04.

Do procedimento revisional executado pela ASTEC resultou o Parecer Técnico nº 00011/2018, de 02/03/2018, juntado às fls. 89 a 94 e correspondentes anexos (fls. 95 a 303).

Em relação às infrações 01 e 02 o revisor fiscal declarou ter efetuado o confronto entre a escrita fiscal apresentada pelo contribuinte na defesa (arquivos juntados no CD – fl. 68) e os arquivos SPED EFD enviados a SEFAZ-BA nos respectivos períodos mensais, bem como os livros fiscais apresentados pelo autuado e anexo às fls. 101/300, não se constatando divergências de valores.

Acrescentou ainda que o contribuinte foi intimado, conforme termo de fls. 99/100, a apresentar os comprovantes dos protocolos junto a Inspetoria Fiscal do pedido de retificação dos arquivos eletrônicos (SPED FISCAL/SPED EFD-ICMS), conforme declaração contida na peça impugnatória, informando que não fez as retificações.

Disse também que foi pesquisado junto ao sistema INC – Informações do Contribuinte, não se constatando nenhuma retificação para o período autuado, conforme documento de fls. 301/303.

Em seguida, declarou que foi revisada a conta corrente fiscal do ICMS do contribuinte a partir da escrita fiscal apresentada, conforme livros fiscais de Registro de Entradas de Mercadorias, Registro de Saídas de Mercadorias e Registro de Apuração do ICMS, documentos de fls. 101/300 no período objeto da autuação, sendo elaborado demonstrativos por exercício fiscal com base nos citados livros fiscais, conforme fls. 95/98.

Em relação à infração 04, informou que com base nos Livros fiscais de Registro de Entradas de Mercadorias, fls. 113/123, 147/160, 185/201, 232/244 e 272/285, ficou comprovado que efetivamente o contribuinte se apropriou na sua escrita, dos créditos fiscais lançados nas notas fiscais de entrada (transferência, aquisições e devoluções) dos produtos listados nas planilhas apensadas às fls. 26 a 46. Que os valores apurados pelo autuante são divergentes dos constantes no Livro de Registro de Entradas de Mercadorias, ou seja, foi efetuada a apropriação em menor valor, conforme a seguir descrito, a título de exemplificação:

Autuante n. f. nº	Valor apropriado	LREM
52	289,22	
52	84,13	
52	53,23	
52	115,12	
52	161,48	
TOTAL	703,18	2.617,86

Autuante n. f. nº	Valor apropriado	LREM
277	22,64	
277	42,62	
277	96,90	
277	98,92	
TOTAL	261,08	1.909,93

Registrou mais à frente, que o demonstrativo de fls. 26 a 46 contém aproximadamente 2.400 notas fiscais de entradas de mercadorias, ficando comprometida a verificação dos produtos que foram apropriados pelo autuante, bem como os que foram lançados no todo ou em parte na escrita fiscal do ICMS do contribuinte. Disse que também ficou prejudicado verificar qual foi o tratamento tributário dado às operações de saídas, devido ao grande volume de documentos fiscais emitidos. Porém, o contribuinte efetua vendas de mercadorias tributáveis e isentas, conforme se verifica no Livro de Registro de Saídas de Mercadorias anexo, doc. fls. 124/134, 161/172, 202/219, 245/259 e 286/300.

Apresentou ao final, Demonstrativo de Débito remanescente para a infração 02, no importe principal total de R\$42.347,26 (doc. fl. 93).

Contribuinte e autuante foram notificados do resultado da diligência, conforme termos de intimação, anexados às fls. 304 e 305, respectivamente.

O contribuinte apresentou Manifestação escrita nos autos. Esta peça processual se encontra apensada às fls. 309 a 312. A referida peça foi subscrita por advogado, habilitado a atuar neste PAF através do instrumento de procuração (doc. fl. 332).

Inicialmente, pede a defesa, sob pena de nulidade, que todas as notificações e intimações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente habilitados, legítimos representantes da Autuada neste processo administrativo.

Acrescentou nessa nova peça defensiva o pedido de reconhecimento da decadência do direito de constituição do crédito tributário, no que tange a todas as ocorrências verificadas até **19/12/2011**. Afirmou que a empresa autuada somente foi intimada do lançamento no dia 19/12/16, já decorridos mais de 05 (cinco) anos dos supostos fatos geradores. Disse que a alegada decadência alcança as infrações 02, 04, 05 e 06, cujas importâncias apontadas, referentes a até 19/02/11, devem ser excluídas, em consonância com a jurisprudência dominante no CONSEF e a posição firmada pela PGE. Solicita que seja ouvida a PROFIS sobre a matéria de direito, destacando a postura firmada pelo Órgão de Controle de Legalidade, inclusive em situações reconhecidas “de ofício”. Reproduziu na Manifestação defensiva decisões originárias deste CONSEF relacionadas com o reconhecimento, de ofício, da decadência de parte dos créditos tributários lançados.

Feitas as exclusões acima reportadas, observou o defendente que o parecer da ASTEC abordou os itens 01, 02 e 04.

Com referência à infração 01, afirmou que a ASTEC não apresentou no seu Parecer valores a pagar, informando tão somente que não foi realizada retificação na EFD e que não constatou valores divergentes entre os arquivos SPED EFD e os Livros Fiscais, fls. 101/300. Sustenta, em conformidade com a inicial, que não existem lançamentos de operações tributáveis como não tributáveis, sendo improcedente o item.

Quanto ao item 02, registra que foi apresentado o demonstrativo de débito inserido à fl. 93, incluindo valores relativos aos meses de dezembro/12 e janeiro/13, que não existiam no lançamento original e, portanto, não podem ser cobrados, pois oneram o lançamento de ofício. Além disso, consignou que os demonstrativos de fls. 95 a 98 comprovam que a autuada recolheu importâncias a maior, de abril a setembro de 2011, totalizando R\$24.874,22, montante que, em se tratando de refazimento da conta corrente fiscal, deveria ser deduzido ou creditado em períodos posteriores/somados AOS SALDOS CREDITORES ENTÃO EXISTENTES, zerando a apuração.

Finalmente, no que concerne ao item 04, disse que foram detectadas divergências nos valores apurados pelo autuante (em detrimento da autuada). Entende que se encontra comprometida a verificação dessa ocorrência, em razão do volume de notas fiscais e que a ASTEC indicou que seria necessária nova ação fiscal, restando assim caracterizada a nulidade do item, por insegurança na determinação da infração e apuração dos valores, prejudicando também a apuração, pedida pelo Julgador, sobre o Dec. nº 4.316/95, com o consequente cerceamento do direito de defesa. Acrescentou ainda que a ASTEC não se pronunciou sobre o item IV de fl. 90, ou seja, não emitiu parecer fiscal/contábil sobre a existência ou não de prejuízo ao Erário, não apresentando, de igual forma, demonstração do débito correspondente e que toda a instrução realizada aponta, apenas, para a impropriedade da exigência.

Ao finalizar a Manifestação a defesa ratificou todos os seus termos, requerendo mais uma vez o reconhecimento da decadência, nulidade ou improcedência dos itens contestados e objetos da diligência realizada pela ASTEC/CONSEF.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 06 (seis) ocorrências, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

As 04 primeiras ocorrências se referem a descumprimento de obrigação principal, relacionadas, respectivamente, à falta de recolhimento do imposto por declaração de operações tributáveis como não tributáveis (infração 01); recolhimento a menor do imposto lançado na escrita fiscal (infração 02); recolhimento a menor do ICMS por erro na aplicação da alíquota (infração 03); e recolhimento a menor do ICMS pela falta de estorno do crédito do imposto relacionado às entradas de mercadorias beneficiadas com o tratamento previsto no Decreto Estadual nº 4.316/1995 (infração 04).

As duas últimas ocorrências (infrações 05 e 06) se referem a descumprimentos de obrigações acessórias, pela falta de registro de mercadorias tributáveis e não tributáveis.

O contribuinte, em sua última Manifestação nos autos, suscitou a decadência de parte dos créditos tributários lançados, visto que a intimação do ato de lançamento se deu em 19/12/2016, (doc. fl. 61), de forma que o imposto e as multas cobradas em relação aos fatos geradores anteriores a 19/12/2011 estariam extintos, em conformidade com a mais recente jurisprudência do CONSEF e Pareceres da Procuradoria do Estado da Bahia.

Essa questão foi levantada em relação às cobranças lançadas nos itens 02, 04, 05 e 06.

As controvérsias relacionadas com o tema da decadência no ICMS, encontram-se hoje pacificadas através do Incidente de Uniformização nº 2016.194710, da Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS). Firmou-se o entendimento de que 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 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 (Código Tributário Nacional), poderia prever prazos prescricionais e decadenciais em torno da matéria tributária, visto que a 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/STF nº 08, não integraram o verbete sumular que se ateve à inconstitucionalidade de dispositivos de normas federais que tratavam de decadência e de 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 de 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. Lidivaldo 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 2016.19471-0, diversas DILIGÊNCIAS em processos que versaram sobre esta matéria foram encaminhadas para a PGE/PROFIS, para que essa 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 2016.19471-0, 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 junho 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 a 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 a 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 recolhimento a menor do imposto, pelas razões já acima expostas. Todas as ocorrências citadas foram levadas à apuração pelo contribuinte na conta corrente do ICMS e devidamente informadas pelo mesmo ao fisco estadual, não havendo fato omissivo que demandasse a aplicação de roteiros de auditoria que envolvessem maiores investigações ou aprofundamentos na fase de apuração. Portanto, o caso em exame abrangeu operações de circulação de mercadorias amplamente declaradas e escrituradas.

Essas situações se enquadram perfeitamente na regra contida no § 4º, do art. 150 do CTN (Código Tributário Nacional), pois envolvem operações submetidas a lançamento por homologação, que somente ocorre nos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de “antecipar” o lançamento e o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa, sujeitando-se a posterior homologação, expressa ou tácita, por aquela autoridade daqueles atos.

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 efeito “*ex nunc*” (efeitos 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 estava 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 como 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 08/12/2016, com ciência ao contribuinte em 19/12/2016, 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 298958.3028/16-0, se tornou perfeito e acabado com a ciência do contribuinte verificada em 19/12/2016, os fatos geradores anteriores a 19/12/2011, relacionados com as infrações 02 e 04, foram fulminados pela decadência, de forma que os créditos tributários reclamados 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 05 e 06 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 (registrar notas fiscais), 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 do 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 31/12/2016 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.

Em relação à infração 01, que não foi objeto da arguição de decadência, a cobrança recaiu sobre a falta de recolhimento do imposto por ter o contribuinte praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Essa infração totalizou o montante de R\$17.538,02, abrangendo as ocorrências de fev. a out. de 2012, set. a dez. de 2013 e nov de 2014. O Demonstrativo de Débito dessa infração está inserido às fls. 15 a 20 dos autos e abrangeu

operações com diversos produtos, entre eles, *pendrives, cases, DVDs, estofados, televisores, ventiladores, liquidificadores, camas, fornos micro-ondas, tablets, cadeiras* etc.

Essa cobrança foi submetida à revisão da ASTEC, não sendo constatada na revisão da conta corrente fiscal do contribuinte, a desconformidade entre a SPED EFD ICMS do contribuinte e os documentos fiscais emitidos nos respectivos períodos mensais. Registre-se que até prova em contrário, o SPED/EFD fiscal em que se baseou a fiscalização, constitui a escrita oficial do contribuinte, não prevalecendo registros em papel, que não possuem qualquer validade legal. Ademais o contribuinte não apontou de forma específica onde estariam as divergências alegadas nas peças de defesa. A ASTEC, por sua vez, observou que o contribuinte não procedeu a qualquer retificação na sua escrita fiscal digital (EFD). Em decorrência, fica mantida a Infração 01 em sua totalidade.

Na infração 02, relacionada ao recolhimento a menor do ICMS por desconcontro entre os valores escriturados e pagos pelo contribuinte, foi acolhida a decadência dos créditos tributários lançados entre 28/02/2011 e 31/10/2011. Excluída dessa exigência fiscal, em razão da caducidade, a quantia de R\$12.148,02.

No que se refere aos valores remanescentes, a cobrança está respaldada nos Demonstrativos de fls. 22 a 24 deste PAF. Por sua vez, o Demonstrativo de Débito apresentado pela revisão da ASTEC à fl. 93, lista valores superiores aos que foram apurados na ação fiscal, com acréscimo de meses que não constavam do lançamento inicial, a exemplo do ocorrido em dezembro de 2012 e em janeiro de 2013. Neste aspecto, a revisão do lançamento não pode agravar a situação fiscal do contribuinte.

No tocante à alegação de recolhimentos a maior expostos na Manifestação após diligência, o contribuinte poderá se valer do procedimento de restituição de indébito, não cabendo na fase do contencioso a autoridade julgadora fazer compensações de valores, por se tratar de processos submetidos a ritos e autoridades fazendárias distintas no que se refere à competência legal. Neste item da autuação, portanto, subsiste tão somente as cobranças não alcançadas pela decadência, conforme demonstrativo de débito integrante do Auto de Infração, para os meses de jun, set, out e nov. de 2012, fev, mai e dez. 2013 e jan, ago, set e dez de 2014, no importe principal de R\$18.443,68, em conformidade com o que foi apurado na ação fiscal.

A infração 03 não foi contestada pela defesa. Abrange ocorrências do exercício de 2012, e contempla a acusação de recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas operações de saídas de mercadorias. Essa cobrança está respaldada no Demonstrativo de fl. 25 dos autos, e totalizou a cifra principal de R\$167,70. Item PROCEDENTE.

A Infração 04 está relacionada ao recolhimento a menor do ICMS, pela falta de estorno do crédito do imposto nas entradas de mercadorias beneficiadas com o tratamento previsto no Decreto Estadual nº 4.316/1995, que trata de benefícios fiscais concedidos ao setor dedicado à fabricação de produtos de informática, eletrônicos e telecomunicações, por estabelecimentos industriais localizados no Estado da Bahia, especialmente no Polo de Informática de Ilhéus.

Foi acolhida a decadência dos créditos tributários lançados entre 31/01/2011 e 30/11/2011. Excluída dessa exigência fiscal, em razão da caducidade, a quantia de R\$5.029,27.

No que refere aos valores remanescentes, observo que essa cobrança está respaldada nos Demonstrativos de fls. 26 a 46 deste PAF. Na revisão efetuada pela ASTEC, que resultou no Parecer Técnico nº 00011/2018 (fls. 89/94), foi consignado pelo diligente que os valores apropriados a título de crédito fiscal, foram inferiores aos apurados pela fiscalização na ação fiscal. Foram apresentados como exemplo, os valores escrituralmente lançados para as notas fiscais 52 e 277, conforme detalhado pelo revisor às fls. 91 e 92 dos autos. A ASTEC não emitiu Parecer conclusivo quanto às repercussões desse procedimento adotado pelo contribuinte, em razão do grande volume de notas fiscais de entradas envolvidas nas operações, em torno de 2.400 documentos. Da mesma forma, não foi o revisor conclusivo quanto ao tratamento dado às mercadorias nas operações de saídas, também pelo grande volume de documentos fiscais

envolvidos na apuração, dizendo apenas que o contribuinte efetuou vendas de mercadorias tributadas e isentas.

O autuante limitou-se a apor o seu ciente no que se refere às inconsistências apontadas na revisão fiscal, sem nada acrescentar. Diante desse cenário, acolho a tese defensiva para declarar a nulidade dos valores remanescentes da infração 04, após a exclusão dos fatos geradores alcançados pela decadência, compreendendo o período entre abril de 2012 a dezembro de 2015, considerando que as divergências de valores de créditos fiscais apropriados são significativas, na amostra apresentada pela ASTEC, e o volume de documentos fiscais envolvidos demandaria a realização de uma nova ação fiscal. Observo ainda que o simples fato do contribuinte ter lançado nos livros fiscais créditos de ICMS, não configura por si só descumprimento de obrigação principal, sendo necessário demonstrar, se efetivamente esses créditos foram compensados com débitos do imposto na conta corrente do ICMS.

O item 04 da autuação é, portanto, improcedente no que se refere aos fatos verificados entre 31/jan/2011 e 30/nov/2011, em razão da decadência, e nulo em relação às demais ocorrências.

Em relação às parcelas anuladas, recomenda-se a renovação da ação fiscal, a fim de que se verifique se o procedimento adotado pelo contribuinte gerou prejuízo para a Fazenda Pública Estadual.

No que se refere às infrações 05 e 06, relacionadas ao descumprimento de obrigações acessórias, o contribuinte deu entrada no estabelecimento, de mercadorias, bens e serviços sujeitos à tributação e não tributados, sem o devido registro na escrita fiscal. Não acolhemos a alegação defensiva de decadência para estes itens, com base nas disposições do art. 150, § 4º do CTN, conforme fundamentação já exposta linhas acima. No que tange às demais questões de mérito, o contribuinte não impugnou essas cobranças. Esses itens do A.I. relacionados ao descumprimento de obrigações instrumentais pela falta de registro de notas fiscais de aquisição, são, portanto, PROCEDENTES, nos valores respetivamente de R\$427,72 e R\$268,03.

Pelas razões acima expostas, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor principal de R\$36.845,15, conforme composição abaixo, por item autuado:

Infração 01 – R\$17.538,02 – PROCEDENTE;

Infração 02 – R\$18.443,68 – PROCEDENTE EM PARTE;

Infração 03 – R\$ 167,70 – PROCEDENTE;

Infração 04 – R\$ 0,00 – PARTE IMPROCEDENTE E PARTE NULA;

Infração 05 – R\$ 427,72 – PROCEDENTE;

Infração 06 – R\$ 268,03 – PROCEDENTE.

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 **298958.3028/16-0**, lavrado contra **CASAS FREIRE.COM COMERCIAL DE ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36.149,40**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alíneas “a” e “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de **R\$695,75**, previstas no art. 42, incs. IX e XI do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, em 06 de novembro de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADOR