

PROCESSO - A. I. N° 148714.3001/16-3
RECORRENTE - L.A. CONCRETO E MADEIRA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0008-04/18
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 27/09/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0217-11/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. INFRAÇÃO 01. Imputação mantida. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. INFRAÇÃO 02. O recorrente pugna pela invalidade, suscitando a questão de mérito do suposto direito de aproveitar os créditos referentes às aquisições que efetuou de boa fé junto a fornecedores com situações cadastrais irregulares. A acusação não tem pertinência com o argumento, pois trata de recolhimento a menor, em decorrência de saídas com alíquota diferente daquela prevista na legislação (utilização de alíquota de 7% nas vendas para contribuintes normais, inaptos ou isentos de inscrição). Imputação mantida. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. INFRAÇÃO 03. Infração elidida, devido ao acolhimento da prejudicial de decadência. 4. BENEFÍCIOS FISCAIS. PROGRAMA DESENVOLVE UTILIZAÇÃO E APURAÇÃO INDEVIDA. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. INFRAÇÃO 04. A constituição do crédito tributário é procedimento administrativo que tem início com a lavratura do Auto de Infração e término com a Decisão da qual não mais caiba recurso, nas hipóteses em que há lide. Infração parcialmente elidida, devido à revisão perpetrada pela auditora e ao acolhimento da prejudicial de decadência. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. SAÍDAS POSTERIORES NORMALMENTE TRIBUTADAS. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO. INFRAÇÃO 05. Infração elidida, devido ao acolhimento da prejudicial de decadência. Acolhida a prejudicial de decadência. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da 4ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal; Acórdão n° 0008-04/18), que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado no dia 20/06/2016 para exigir crédito tributário no valor histórico total de R\$29.346,28, sob a acusação do cometimento de 5 (cinco) irregularidades, assim discriminadas pelo órgão da instância originária:

Infração 01 - Utilização indevida de crédito fiscal do ICMS referente aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. O contribuinte se creditou pela aquisição de cestas de Natal. Período: dezembro de 2011. Valor: R\$630,58 e multa de 60%.

Infração 02 - Recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias. O contribuinte utilizou a alíquota de 7% em vendas à empresas cuja situação fiscal era de Normal, Inapto ou Isento da Inscrição Estadual. Período: junho, agosto e setembro de 2011. Valor: R\$15.640,05 e multa de 60%.

Infração 03 - Recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias. O contribuinte efetuou vendas a microempresas, utilizando a alíquota de 7% para débito do ICMS sem que tenha sido destacado o desconto previsto na legislação. Período: fevereiro e março de 2011. Valor: R\$6.329,80 e multa de 60%.

Infração 04 - Recolhimento a menor do ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal. Dilação de prazo para pagamento do ICMS relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido. Período: fevereiro de 2011 e junho de 2011 a dezembro de 2012. Valor: R\$6.132,94 e multa de 100%.

Infração 05 - Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e devidamente registradas na escrita fiscal. Período: fevereiro de 2011. Valor: multa de 60% no valor de R\$612,91.

A 4^a JJF apreciou a lide na no dia 15/02/2018 e decidiu pela Procedência Parcial por unanimidade, nos seguintes termos (fls. 62 a 168):

VOTO

O presente Auto de Infração se constitui de cinco infrações à norma tributária do Estado da Bahia. O contribuinte não contesta as infrações 01, 02, 03 e 05.

Não havendo lide a ser decidida sobre as mesmas, ficam as mesmas mantidas, que são as seguintes:

[...]

A única infração contestada parcialmente é a de nº 04 que diz respeito ao recolhimento a menor do ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal. A autuante consigna no corpo do Auto de Infração que houve a dilação de prazo para pagamento do ICMS relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE. Período: fevereiro de 2011 e junho de 2011 a dezembro de 2012.

A contestação do impugnante não se prende ao aspecto jurídico da questão, mas, tão somente, a equívocos que diz ter cometido a fiscal autuante em relação aos cálculos dos meses de fevereiro, julho, outubro de 2011 e de dezembro de 2012.

Passo a questão.

FEVEREIRO DE 2011 – a empresa apresenta dois argumentos:

1. *Informa que a autuante considerou o DAE pago em 10/03/2011 no valor de R\$1.782,80 como sendo o imposto referente aos 20% do resultado da dilação do DESENVOLVE (ICMS - parcela incentivada). No entanto, tal valor se refere ao ICMS normal com vencimento no dia 09 do mês subsequente. O DAE referente aos 20% foi devidamente recolhido no dia 28/02/2011 no valor de R\$3.102,58 (parcela não incentivada).*

2. *Que, equivocadamente, ela adicionou à parte incentivada o crédito de R\$1.540,78, proveniente das operações com o CFOP 1102, conforme demonstra em planilha no CD apresentado o que resultou em uma diferença na apuração do imposto incentivado.*

3. *Assim, entende que a diferença a recolher neste mês é de R\$246,52 (R\$3.459,10-3.102,58) e não R\$1.676,34. A autuante, quando de sua informação fiscal não aceita o primeiro argumento do defendente pois entende que se considerar este pagamento na forma explicitada pela empresa, ou seja, que o pagamento no valor de R\$3.102,58 recolhido com o código de receita 2167 - ICMS PROGRAMA DESENVOLVE se refere, de fato, ao ICMS - REGIME NORMAL - INDÚSTRIA - código de receita 0806, por obrigação legal, deverá exigir a perda da dilação do prazo de pagamento do ICMS da parcela incentivada, já que recolhido fora do prazo legal, ou seja, em 17/03/2011, conforme dispõe o art. 18, do Decreto nº 8505/2002.*

Em relação ao segundo argumento, tudo leva a crer que o aceitou já que assim se expressou: No mês de fevereiro o contribuinte chegou ao valor de R\$246,52. Analisando as considerações do contribuinte chegamos a conclusão que o valor de R\$1.540,78 (crédito) deve ser considerado separadamente vez que não se refere às operações industriais.

No entanto, não elaborou novos cálculos. Afora que seria necessário saber se, de fato, o erro detectado no código de receita constante no DAE de recolhimento era verdadeiro.

Esta situação motivou diligência desta 4^a JJF para que a fiscal autuante conclusse as suas considerações, adotando as providências necessárias. Nesta ocasião foi ressaltado de que a planilha excel apresentada pelo

impugnante em CD (fl. 122), embora sem documentos que pudessem provar suas alegações, continha com maior clareza o que foi apresentado em sua defesa.

A autuante, quando de sua manifestação a respeito da diligência solicitada não teceu qualquer consideração sobre o assunto. No entanto, elaborou uma Planilha (fls. 133/134) utilizando os mesmos valores apresentados pelo defensor, chegando à conclusão que o valor da parcela não incentivada do ICMS era de R\$4.186,38. Abateu o valor de R\$1.782,80, encontrando uma diferença de ICMS não sujeita à diliação de prazo no montante de R\$2.403,58. Apurou os créditos fiscais existentes da parcela não incentivada (fls. 135/136) no valor de R\$3.636,20, com diferença a recolher de -R\$1.232,62, valor este que levou como saldo credor para os meses seguintes.

Tomando conhecimento destes cálculos, o próprio autuado os contesta, entendendo incoerentes e observando de que, aparentemente, a fiscal autuante continuava a confundir o pagamento do ICMS PROGRAMA DESENVOLVE com o do ICMS REGIME NORMAL.

Esta, por seu turno, quando se manifesta a respeito das considerações do contribuinte apenas diz: Após análise das considerações do Contribuinte cheguei à conclusão que o contribuinte tem razão nas suas considerações sobre a conta Desenvolve. Portanto, o a ser cobrado pela Infração 4 deverá ser no valor de R\$246,52 mês de fevereiro de 2011.

Diante deste quadro, neste momento somente posso alinhar-me às considerações apresentadas pelo contribuinte, restando neste mês de fevereiro de 2011 o valor de R\$246,52 a ser exigido.

JULHO DE 2011 – o autuado alega que o valor de R\$27,20 autuado se deve ao fato da autuante ter considerado como crédito da parte incentivada o valor de R\$23,63 proveniente das operações com o CFOP 2353 (Aquisição de Fretes Mercadorias p/Revenda). Ao excluir o referido CFOP da parte incentivada, a diferença a recolher apurada é de R\$8,30 e não R\$27,20.

A fiscal autuante, mesmo sendo solicitada por esta 4ª JJF, em qualquer momento se pronunciou a respeito deste referido mês. Apenas na planilha que elaborou (planilha esta que na forma realizada não dá sustentação para a exigência do imposto, inclusive sendo desconsiderada por ela própria quando da exigência do imposto no mês de fevereiro de 2011) apresenta a diferença de ICMS a recolher no valor de R\$10,37, que, nesta planilha foi absorvido pelo saldo credor dito existente nesta mesma planilha.

Em vista desta situação e em obediência ao que determina o art. 140, do RPAF/BA, somente posso entender como verdadeira a alegação de defesa.

Em assim sendo o ICMS deste mês de julho de 2011 passa para R\$8,30.

OUTUBRO DE 2011 – diz o impugnante de que neste mês foi realizado alteração na apuração do imposto, substituindo algumas operações antes lançadas com CFOP 2102 para o CFOP 2403, porém não foi emitido DAE complementar no mês da ocorrência sendo esta diferença ajustada na apuração do mês seguinte, momento em que foi registrado estorno de créditos no valor de R\$2.832,98 no mês de novembro de 2011. Afirma que a autuante, de igual forma, considerou como parte incentivada o crédito de R\$21,20 proveniente das operações com CFOP 2353. Assim, a diferença real a recolher deste mês era de R\$16,96 e não R\$2.866,19.

A autuante a respeito da alegação de que houve estorno de crédito de operações não incentivadas ao invés de pagamentos através de DAE, afirma que para aceitar este argumento seria necessário de que o contribuinte separasse as operações Incentivadas das Não incentivadas. Em assim sendo, nesta informação, solicitava “que sejam efetuados os cálculos considerando as duas Contas Correntes. A das operações de Revenda e as do desenvolve e no mês de outubro anexar Planilha explicitando os cálculos e as Notas Fiscais que foram objeto do estorno de crédito”. Em qualquer momento foi o contribuinte intimado para tomar tal providência.

Quanto ao fato de ter considerado como parte incentivada o crédito de R\$21,20 proveniente das operações com CFOP 2353, não se pronunciou.

Por tal motivo, esta 4ª JJF solicitou que a Fiscal Autuante prestasse sua informação integral a respeito da matéria ora abordada. Afirma que sobre as considerações que fez, adotasse as providências necessárias às mesmas. Inclusive, caso necessário, que intimasse a empresa a fazer prova do alegado.

Esta não tomou qualquer providência. Apenas na planilha que elaborou retirou da parte incentivada o crédito de R\$21,20 e apresentou como ICMS a ser exigido o valor de R\$1.673,31.

Ora, e como já dito, esta planilha apresentada não pode ser considerada, e volto a dizer, desconsiderada pela própria autuante. Afirma existiram equívocos deste fevereiro de 2011, com saldo credor que foi apresentado neste referido mês levado aos demais meses, sendo eles, inclusive, abatidos para exigência do imposto neste mês de outubro de 2011.

Além do mais, qualquer providência não foi tomada por parte da autuante a respeito da alegação da empresa sobre os estornos de crédito, fato, inclusive, requerido por esta 4ª JJF.

E para concluir assim se posiciona a autuante em sua última manifestação: Após análise das considerações do Contribuinte chequei à conclusão que o contribuinte tem razão nas suas considerações sobre a conta Desenvolve. Portanto, o valor a ser cobrado pela Infração 4 deverá ser no valor de R\$246,52 mês de fevereiro de 2011, deixando inconcluso se estava a concordar com a defesa sobre a conta corrente do DESENVOLVE como um todo ou somente em relação ao mês de fevereiro de 2011.

Pelo exposto, somente posso concordar, neste momento, com as considerações apresentadas pelo impugnante, voltando a dizer que seus cálculos apresentados em mídia eletrônica são aqueles que merecem fé.

O valor do ICMS deste mês de outubro de 2011 passa para R\$16,96.

DEZEMBRO DE 2012 – diz o impugnante que a fiscal autuante considerou como crédito da parte incentivada o valor de R\$1.246,43 proveniente das operações com o CFOP 2102 (revenda). Ao excluir o referido CFOP da parte incentivada, a diferença a recolher será R\$20,90 e não R\$1.246,43.

Quando da informação fiscal, a autuante não teceu qualquer consideração a respeito desta alegação, o que motivou o pedido feito por esta 4ª JJF.

Tal pedido não foi atendido, apenas sendo elaborada a já citada planilha referente ao exercício de 2011.

E quando da última manifestação a autuante, de igual forma, não se pronuncia.

Aqui faço a seguinte observação para que no futuro não haja questionamento: embora esta 4ª JJF, por equívoco, na diligência requerida, tenha apontado o mês de dezembro do ano de 2011 e não o de 2012, a defesa resta clara quanto ao mesmo, ou seja, o mês e ano contestados foi o de dezembro de 2012.

Em assim sendo, neste momento, transcrevo as disposições do art. 127, do RPAF/BA que assim dispõe (grifo não original):

Art. 127. O autuante terá o prazo de 30 (trinta) dias, contado da apresentação da defesa, para prestar a informação fiscal.

§ 6º A informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação.

Além do mais, ainda dispõe a nominada norma do processo administrativo fiscal:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Por tudo exposto, alinho-me as alegações de defesa e o ICMS a ser exigido no mês de dezembro de 2012 é da ordem de R\$20,90.

Por tudo exposto, mantendo parcialmente a infração 04, no valor de R\$609,46, conforme demonstrativo de débito a seguir.

[Planilha de fl. 168].

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$23.209,89 referente ao ICMS ora exigido (infrações 01, 02, 03 e 04) e R\$612,91 pela multa de caráter acessória aplicada, correspondente a infração 05.

Com respaldo no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; RPAF-BA/1999), o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 178 a 186.

Informa dedicar-se à fabricação de estruturas previamente moldadas de concreto armado, em série e por encomenda.

Suscita prejudicial de decadência, sob o argumento de que a revisão levada a efeito pela auditora na infração 04, datada de 10 de abril de 2017 (fls. 131/132), caracterizou lavratura de lançamento complementar, fulminado pela caducidade.

Fundamentado no art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), pugna pela extinção do direito do Fisco de lançar os demais valores relativos aos fatos compreendidos no período de janeiro a junho de 2011 (a notificação da lavratura do Auto de Infração ocorreu no dia 27/06/2016).

Com base em jurisprudência do STJ, passa a tecer considerações a respeito da segunda imputação, alegando, por exemplo, à fl. 181, ter direito de aproveitar os créditos referentes às

aquisições que efetuou de boa fé junto a fornecedores com situações cadastrais irregulares. A acusação é de utilização de alíquota de 7% nas vendas para contribuintes normais, inaptos ou isentos de inscrição (recolhimento a menor, em decorrência de uso de alíquota diferente daquela prevista na legislação).

Encerra requerendo a “total nulidade” da infração 02 e o reconhecimento da extinção do direito de lançar os valores relativos aos fatos compreendidos no período de janeiro a junho de 2011.

VOTO

Conforme o Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, o prazo decadencial deve ser contado a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), quando o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas efetuar o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

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 declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas não efetuar o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omitir a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, efetuar o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verificar que o valor recolhido foi menor do que o efetivamente devido, em virtude de dolo, fraude ou simulação, de que não se tem notícias nos presentes autos.

Uma vez que a notificação ocorreu no dia 27/06/2016 (fl. 03), deve-se ter como alcançadas pelo fenômeno decadencial as ocorrências constantes do presente lançamento de ofício anteriores a junho de 2011.

De forma equivocada, a revisão atinente à quarta imputação foi qualificada pelo recorrente como lançamento complementar. A constituição do crédito tributário é procedimento administrativo que tem início com a lavratura do Auto de Infração e término com a Decisão da qual não mais caiba recurso, nas hipóteses em que há lide.

A alteração na infração 04 foi efetuada pela auditora no dia de 10 de abril de 2017 (fls. 131/132), em decorrência da diligência solicitada pela Junta de Julgamento Fiscal às fls. 127/128, em 31 de outubro de 2016, o que encontra amparo no art. 7º, § 2º do RPAF-BA/1999:

§ 2º A autoridade fazendária poderá baixar o processo em diligência, mediante despacho nos próprios autos, para que sejam supridas eventuais falhas ou prestadas informações.

Acolhida parcialmente a prejudicial de decadência.

Devido ao reconhecimento da fruição do prazo de caducidade, julgo IMPROCEDENTES as infrações 03 e 05.

Em função do mesmo motivo, na planilha demonstrativa do valor julgado da infração 04 deverá ser deduzida a quantia de R\$246,52 (fl. 168; R\$609,46), concernente a fevereiro de 2011, razão pela qual este item da autuação sofrerá nova alteração de valor, desta feita para R\$362,94.

Infração 04 PARCIALMENTE ELIDIDA.

Quanto à infração 02, o recorrente pugna pela invalidade, suscitando a questão de mérito do suposto direito de aproveitar os créditos referentes às aquisições que efetuou de boa fé junto a fornecedores com situações cadastrais irregulares (fls. 180/181).

Ocorre que a acusação não tem pertinência com o argumento, pois trata de recolhimento a menor, em decorrência de saídas com alíquota diferente daquela prevista na legislação (utilização de alíquota de 7% nas vendas para contribuintes normais, inaptos ou isentos de inscrição).

De acordo com o art. 10, § 1º, III, “b” do RPAF-BA/1999, a petição será considerada inepta quando não contiver o pedido e os fundamentos ou contiver incompatibilidade entre o pedido e os fundamentos.

Modificada a Decisão recorrida.

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, conforme o demonstrativo abaixo:

INF	JULGAMENTO	VALOR (R\$)	MULTA	ENQUADRAMENTO
1	PROCEDENTE/N.PROVIDO	630,58	60%	42, VII, a
2	PROCEDENTE/N.PROVIDO	15.640,05	60%	42, II, a
3	IMPROCEDENTE/PROVIDO	0,00	----	-
4	PROC. PARTE/P.PROVIDO	362,94	100%	42, IV, j
5	IMPROCEDENTE/PROVIDO	0,00	-----	-
TOTAL		16.633,57		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER EM PARTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 148714.3001/16-3, lavrado contra **L.A. CONCRETO E MADEIRA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$16.633,57**, acrescido das multas de 60% sobre R\$16.270,63 e 100% sobre R\$ 362,94, previstas no art. 42, incisos II, “a”, VII, “a” e IV, “j” da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de agosto de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS