

PROCESSO - A. I. Nº 206837.0008/17-0
RECORRENTE - TECNICO COMERCIAL DE EQUIPAMENTOS S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0128-02/18
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/01/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0318-11/19

EMENTA: ICMS. DECADÊNCIA. RECOLHIMENTO DE ICMS. A MENOR. NORMAL E POR SUBSTITUIÇÃO. EXERCÍCIO DE 2012. Foi possível verificar mediante documentação acostada pelo Autuante às fls. 13/17, que no exercício de 2012 e, por conseguinte, no período passível de decadência - fatos geradores ocorridos entre 31/01/2012 e 31/08/2012 – houve o pagamento do ICMS, ainda que a menor, seja ele normal ou por substituição tributária. o STJ já pacificou o entendimento de que nos casos de pagamento parcial do Contribuinte, a constituição de eventuais diferenças apuradas pelo Fisco estará sujeita ao prazo do §4º do art. 150 do CTN. Prejudicial de mérito acolhida para declarar a decadência dos débitos cujos fatos geradores ocorreram entre 31/01/2012 e 31/08/2012. MÉRITO. Recorrente não trouxe documentação apta a elidir as infrações. Simples alegação de não cometimento, insuficiente para cancelar a cobrança. Alegações vagas que não apontar efetivamente a discordância do sujeito passivo. PREJUDICADOS. Não foram apreciados os pedidos de redução da multa decorrente de obrigação principal e de afastamento da Taxa SELIC, tendo em vista não ser esta Câmara competente para tanto. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Indeferido o pedido de redução da multa por descumprimento de obrigação acessória. Não restou comprovado que a infração não resultou na falta de recolhimento de tributo. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão proferida pela 2ª JJF em 15/08/2018 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado com o objetivo de exigir crédito tributário no valor histórico de R\$190.615,76, em decorrência do cometimento de treze infrações.

Infração 01. – Utilização indevida de crédito fiscal em valor superior ao destacado no(s) documentos(s) fiscal(is). (RV).

Data da Ocorrência: Entre 31/01/2012 e 30/11/2012. **Valor:** R\$ 5.262,62.

Infração 02. – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. (RV).

Data da Ocorrência: 31/09/2012. **Valor:** R\$ 23.727,79.

Infração 03. – Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não

escrituradas nos Livros Fiscais próprios. (RV).

Data da Ocorrência Em 31/02/2012 e 31/08/2012. **Valor:** R\$ 56.497,85.

Infração 04. – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. (RV).

Data da Ocorrência: Em 31/08/2012 e 31/12/2012. **Valor:** R\$ 1.376,87.

Infração 05. – Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desconcontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. (RV).

Data da Ocorrência: Entre 31/03/2012 e 31/12/2012. **Valor:** R\$ 4.692,54.

Infração 06. – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. (RV).

Data da Ocorrência: Em 31/08/2012. **Valor:** R\$ 30.571,09.

Infração 07. – Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou do exterior. (RV).

Data da Ocorrência: Entre 31/01/2012 e 30/11/2012. **Valor:** R\$ 40.521,90.

Infração 08. – Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizadas neste estado. (RV).

Data da Ocorrência Em 29/02/2012 e 31/08/2012. **Valor:** R\$ 1.018,69.

Infração 09. – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) sujeito a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. (RV).

Data da Ocorrência Entre 29/02/2012 e 31/12/2012. **Valor:** R\$ 3.247,13.

Infração 10. – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (eis) sem o devido registro na escrita fiscal. (RV).

Data da Ocorrência: Entre 31/01/2012 e 31/12/2012. **Valor:** R\$ 2.699,28.

Infração 11. – Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais através da DMA. (RV).

Data da Ocorrência: Entre 31/01/2012 e 31/12/2012. **Valor:** R\$ 1.680,00.

Infração 12. – Apresentação da Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA, fora do prazo regulamentar. (RV).

Data da Ocorrência: Entre 31/01/2012 e 30/06/2012. **Valor:** R\$ 2.760,00.

Infração 13. – Falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD – ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária. (RV).

Data da Ocorrência: Entre 31/01/2012 e 31/12/2012. **Valor:** R\$ 16.560,00.

O Autuado apresentou defesa administrativa face ao auto de infração em epígrafe (fls. 47/61v), pugnando pela improcedência total do Auto de Infração.

O Autuante apresentou informação fiscal face à defesa do contribuinte (fls. 75/82), mantendo as infrações, por entender não terem sido apresentadas justificativas capazes de descaracterizar as irregularidades.

A instrução foi concluída e os autos remetidos para apreciação pela 2ª JF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe nos seguintes termos:

“Como acima relatado, o presente Auto de Infração conduz 13 (treze) infrações pelas quais exige o valor de R\$190.615,76.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 07, 11, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 35, 37, 38, 39, 40 e 42, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o

disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 08-40 e CD de fl. 41); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Ademais, tendo em vista: a) as disposições da seção XV do RICMS-BA que disciplina a Escrituração Fiscal Digital – EFD (arts. 247 a 256); b) que no curso da fiscalização e antes da lavratura do AI o sujeito passivo foi exaustivamente instado a esclarecer e corrigir dúvidas e/ou incorreções constatadas nos prévios procedimentos de natureza tributária a seu cargo e informadas ao fisco - como atestam os documentos de fls. 26 e CD de fl. 41, dos autos -, a ponto de, ao final, o sujeito passivo declarar o acerto dos dados transmitidos e ajustados como correto reflexo de sua movimentação empresarial com repercussão no ICMS, rejeito o pedido de nulidade formulado, ainda que, como veremos, a Defesa ser um tanto ambígua e titubeante, nela o Impugnante não tenha sido explícito quanto a tal intento.

De pronto, ressalto tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Neste caso, cabe também frisar que o procedimento do qual resultou o AI deu-se mediante aplicação de regulares roteiros de Auditoria Fiscal com base nos arquivos eletrônicos informados pelo sujeito passivo, contendo os registros de sua Escrituração Fiscal, bem como nas suas NF-es de entradas e saídas e demais informações acerca de sua movimentação empresarial, integrantes da base de dados da SEFAZ.

Cabe salientar que, neste caso, a constatação das infrações que culminaram no AI em juízo administrativo neste órgão judicante decorreu de largo e profundo procedimento investigatório de auditoria, inicialmente levado a cabo pela corregedoria da SEFAZ que, não tendo a necessária competência para tanto, encomendou ao órgão próprio de circunscrição do sujeito passivo o reexame das suas constatações de modo a concretizar o crédito tributário e aplicar a consequente sanção.

O art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia – RPAF informa que a impugnação relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser impugnada de uma só vez, apresentando-se, nessa oportunidade, toda a prova documental a sustentar suas alegações, precluindo o direito para tanto, salvo: I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; II - se refira a fato ou a direito superveniente; III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

Contudo, embora contendo 13 (treze) distintas e bem identificadas infrações, o Impugnante, em desacordo com o mandamento regulamentar acima citado, sem contestá-las individual ou objetivamente contestar seus valores e dados, neles apontando inconsistência ou irregularidade, limita-se a reproduzir as 13 infrações em duas partes da sua longa e ambígua peça defensiva, cheia de obscuridades, já que apenas apresenta esparsas considerações relacionadas a dispositivos constitucionais, legislação tributárias, doutrinas, e decisões administrativas e judiciais – especialmente relacionadas com questões ocorridas no Estado de São Paulo – desvinculadas das matérias veiculadas no presente PAF.

Em resumo, vê-se que elencando a Defesa em 13 (treze) tópicos que diz relativos ao Direito (fls. 50-51), alega que a autuação decorre de presunções sem provas; que há dúvida quanto ao ilícito e à boa fé da autuada; que a multa aplicada é indevida; fala da possibilidade de redução ou exclusão da multa que alega violar o direito de propriedade por entendê-la com caráter de confisco; que a exação fiscal viola o princípio de capacidade contributiva; sem nada aportar com vistas a sustentar seu argumento diz que os provará e, colmatando sua confusão argumentativa, como que traindo seu intento, de certo modo ratifica as obrigações tributárias convertidas no crédito veiculado no AI, pois se restringe a pedir: a) que a impugnação – e não o AI – seja julgada totalmente procedente; b) alternativamente, que a multa proposta seja relevada ou reduzida.

Vê-se no demonstrativo resumo de fl. 27 - cuja cópia foi entregue ao contribuinte autuando – assim como dos demais demonstrativos suporte das infrações -, que as acusações fiscais são claras, de fácil compreensão e caso houvesse contraprova em favor do autuado, não só poderia contestar as infrações especificadamente de modo objetivo, como deveria ter consubstanciado os argumentos com provas documentais quando da impugnação, senão vejamos.

A Infração 01 se refere a uso de credito fiscal em valor maior que o destacado nas NFs de entrada identificadas no demonstrativo de fl. 28, documentos na posse do autuado; a Infração 02 se refere a crédito registrado pelo

autuado sob o título de “outros créditos” no seu LAICMS sem que tenha comprovado os documentos de origem, como se vê à fl. 29; a Infração 03 se refere a ICMS destacado nas NF-es emitidas pelo autuado, identificadas e relacionadas no demonstrativo de fl. 30, mas que ele não as escriturou nos livros fiscais próprios para efeito de apuração do imposto devido e não recolhido oportunamente; A Infração 04 se refere ao ICMS destacado nas NFs válidas, identificadas e relacionadas no demonstrativo de fl. 31, emitidas pelo autuado, mas, aqui objetivamente contrariando o argumento de boa fé do sujeito passivo exposto na Impugnação, as informou ao fisco como “canceladas” ou “denegadas”; a Infração 05 se refere a débito de ICMS que o autuado escriturou nos livros fiscais próprios em valor menor que o destacado nas NFs identificadas e relacionadas no demonstrativo de fl. 32, emitidas pelo autuado, documentos na sua posse; as Infrações 06, 07 e 08 se referem a ICMS ST devido pelo autuado e decorrente das operações de venda consubstanciadas e identificadas nas NFs emitidas pelo autuado, conforme demonstrativo de fl. 41 e arquivos do CD de fl. 41, também na sua posse; as Infrações 09 e 10 se referem a sanção por entradas de mercadorias no estabelecimento, cujas NFs identificadas e relacionadas nos demonstrativos de fls. 34-37, o autuado não registrou nos livros próprios; a Infração 11 se refere a sanção por elaboração e apresentação das DMAs, conforme demonstrativo de fl. 38, feita pelo autuado com valores divergentes ao de sua real movimentação empresarial; Idem, para a Infração 12, conforme demonstrativo de fl. 39, mas por apresentação de DMAs fora do prazo regulamentado; a infração 13 se refere a sanção por atraso na apresentação da Escrituração Fiscal Digital – EFD, por parte do autuado.

Assim, compulsando os autos observa-se que todas as infrações decorrem de incongruências detectadas em documentos produzidos pelo próprio sujeito passivo, corroboradas por vastas e específicas provas oportunamente aportadas pela Autoridade fiscal para constituir o AI, procedimento fiscal que, por ser regido pelo princípio da inquisitorialidade, contou com a participação do sujeito passivo, ainda dela pudesse prescindir sem prejuízo a direito do contribuinte.

Pois bem, conforme já aventado na apreciação preliminar, tendo em vista a colaboração determinada pelo art. 6º do Código do Processo Civil (que subsidiariamente se aplica ao processo administrativo) e especificada em direitos e deveres do administrado (arts. 3º e 4º da Lei nº 9.784/99, que embora regule o processo administrativo no âmbito federal, também se aplica ao processo administrativo dos demais entes federativos), seja na fase contenciosa em face da previsão constitucional do art. 5º, LIV e LV da CF/88, seja na fase procedimental culminada pelo lançamento que estabelece a relação jurídica (ainda que predominantemente seja regida pelo princípio inquisitório), vê-se que a exação fiscal em apreço ocorreu com ampla interação da Autoridade Fiscal autuante com o sujeito passivo.

Nesse sentido, cabe matizar que a colaboração e cooperação mútua existe em face do princípio da confiança e boa-fé que devem reinar entre a autoridade fiscal e o contribuinte, já que em face da ordem constitucional vigente, ambos estão estreitamente ligados com noções éticas, expedindo diretrizes comportamentais pautadas em valores reinantes na moral e bons costumes que orientam o agir da Administração Pública e que balizam o comportamento do contribuinte, pois os atores envolvidos na relação obrigacional tributária respondem pela incolumidade do patrimônio alheio, ou seja, a Autoridade fiscal pelo patrimônio particular e o administrado pelo patrimônio do público em geral, representado pelo bem e interesse comum, razão maior de existência do Estado e que a Administração, por comando da própria sociedade, tem a irrenunciável função de concretar.

É que, como já insinuado na apreciação preliminar desse caso, o art. 123 do RPAF assegura o direito de impugnar o AI de uma só vez, oportunidade em que o sujeito passivo deverá pontuar e apresentar todas as provas que lhe favoreçam, sustentando seu direito. Ocorre que, como visto, isso não ocorreu nesse caso.

Ocorre que com a inserção da Escrituração Fiscal Digital (EFD) pelo Ajuste SINIEF 02/09 e prevista no art. 247 do RICMS/2012, toda escrituração fiscal do contribuinte passou a ser feita por ele em ambiente digital que se culmina no Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), administrado pela Receita Federal e compartilhado com as administrações tributárias estaduais. Neste aspecto, o autuado está obrigado à escrituração fiscal digital usando o SPED, único formato legal de escrituração fiscal-contábil para efeito de prova a favor do autuado, desde 01/01/2011.

É que tal sistema consiste na centralização da sistemática do cumprimento das obrigações - principais e acessórias transmitidas pelo contribuinte às administrações tributárias e aos órgãos fiscalizadores, utilizando-se da certificação digital para fins de assinatura dos documentos eletrônicos, garantindo assim a validade jurídica dos mesmos apenas na sua forma digital.

No que interessa para o instante, o Ajuste SINIEF 02/09, dispõe o seguinte:

Cláusula décima O arquivo digital da EFD gerado pelo contribuinte deverá ser submetido à validação de consistência de leiaute efetuada pelo software denominado Programa de Validação e Assinatura da Escrituração Fiscal Digital - PVA-EFD que será disponibilizado na internet nos sítios das administrações tributárias das unidades federadas e da RFB.

§ 1º O PVA-EFD também deverá ser utilizado para a assinatura digital e o envio do arquivo por meio da internet.

§ 2º Considera-se validação de consistência de leiaute do arquivo:

I - a consonância da estrutura lógica do arquivo gerado pelo contribuinte com as orientações e especificações técnicas do leiaute do arquivo digital da EFD definidas em Ato COTEPE;

II - a consistência aritmética e lógica das informações prestadas.

§ 3º O procedimento de validação e assinatura deverá ser efetuado antes do envio do arquivo ao ambiente nacional do Sistema Público de Escrituração Digital - SPED.

§ 4º Fica vedada a geração e entrega do arquivo digital da EFD em meio ou forma diversa da prevista nesta cláusula.

Cláusula décima primeira O arquivo digital da EFD será enviado na forma prevista no § 1º da cláusula décima, e sua recepção será precedida no mínimo das seguintes verificações:

I - dos dados cadastrais do declarante;

II - da autoria, autenticidade e validade da assinatura digital;

III - da integridade do arquivo;

IV - da existência de arquivo já recepcionado para o mesmo período de referência;

V - da versão do PVA-EFD e tabelas utilizadas.

§ 1º Efetuadas as verificações previstas no caput, será automaticamente expedida pela administração tributária, por meio do PVA-EFD, comunicação ao respectivo declarante quanto à ocorrência de um dos seguintes eventos:

I - falha ou recusa na recepção, hipótese em que a causa será informada;

II - regular recepção do arquivo, hipótese em que será emitido recibo de entrega, nos termos do § 1º da cláusula décima quinta.

§ 2º Consideram-se escriturados os livros e o documento de que trata o § 3º da cláusula primeira no momento em que for emitido o recibo de entrega.

§ 3º A recepção do arquivo digital da EFD não implicará no reconhecimento da veracidade e legitimidade das informações prestadas, nem na homologação da apuração do imposto efetuada pelo contribuinte. (grifos meus)

Ora, a atual sistemática das informações fiscais tem a finalidade de possibilitar ao Fisco o conhecimento e o direto acesso à movimentação empresarial no que diz respeito às obrigações tributárias do contribuinte, de modo a que os procedimentos tributários regidos pelo princípio da inquisitorialidade, à exemplo do lançamento tributário, possam ser levados a cabo unilateralmente pela Administração ativa, até sem a necessidade da participação do contribuinte, em certos casos.

Nesse contexto, é fato que a regular EFD oferece a possibilidade para o Fisco atuar de ofício no sentido de homologar ou não as prévias atividades do contribuinte com respeito ao ICMS e, quando a EFD se apresentar inconsistente, intimar o contribuinte a regularizá-la, como aconteceu nesse caso.

Nesse sentido, a amplitude e intensidade da correspondência entre a Autoridade fiscal e prepostos do contribuinte, alertando-lhes acerca de irregularidades constatadas nos procedimentos prévios a cargo do sujeito passivo, demonstra o empenho da Autoridade Fiscal para levar excelência à auditoria entabulada.

Assim, considerando: a) que a boa fé alegada pelo Impugnante é negada pela força das provas autuadas; b) que as provas aportadas pela Autoridade fiscal atestam inverdade no cumprimento de obrigações tributárias do sujeito passivo, tanto principais como acessórias, atitude com a qual não pode beneficiar-se em face de que a ninguém é permitido lucrar de sua conduta ilícita ou beneficiar-se de sua própria torpeza, princípio esparsamente acolhido pelo Direito brasileiro (CPC, art. 774; CC, arts. 150 e 1814); c) que ao contrário do pretendido, a própria impugnação contendo matérias genéricas e alheias aos fatos geradores do auto de infração, ao solicitar a relevação ou redução de multa - que, como pedida, por se referir a descumprimento de obrigação principal não se subsume ao disposto no dispositivo legal aventado (Lei 7.014/96: Art. 42, § 7º) -, confirma o acerto do lançamento tributário constituído pelo AI, tenho todas as infrações como subsistentes.

Quanto ao ônus probatório, ao fisco cabe provar o cometimento das infrações, o que no caso foi feito com aporte de documentação comprobatória aos autos, como já vastamente especificado. Do mesmo modo, compete ao sujeito passivo comprovar indubitavelmente as alegações defensivas, o que não ocorreu neste PAF, especialmente apontando objetiva e analiticamente todas as inconsistências que veja no procedimento fiscal. Impõe-se, portanto, as disposições expostas nos artigos do RPAF abaixo reproduzidos:

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. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

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

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 122/151)**, com juntada de documentos, com base nas seguintes alegações:

- a) Inicialmente, alega que parte dos débitos estariam extintos pela decadência, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em 14/09/2017 e os débitos objeto da autuação são todos referentes ao exercício de 2012. Segue aduzindo que, no caso em concreto, o compute do prazo decadencial se dá pela regra do § 4º, do art. 150, do CTN;
- b) Alega que a empresa recolheu o imposto, mês a mês, conforme foi apurado à época pelo próprio sujeito passivo, conforme atestam os documentos juntados ao Recurso Voluntário;
- c) Posteriormente, aduziu a inconstitucionalidade da multa, por entender que a mesma tem natureza confiscatória e que a multa deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, o que não ocorreu no presente caso. Assim, concluiu requerendo que as multas por descumprimento da obrigação principal sejam reduzidas para o patamar de 10%, bem como requereu que as multas por descumprimento de obrigação acessória sejam canceladas, com fundamento no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, uma vez que não houve dolo, fraude ou simulação, e as supostas infrações não implicaram falta de pagamento de imposto;
- d) Além disso, alega que a utilização da Selic como índice de atualização não encontra respaldo jurídico e enseja o enriquecimento ilícito do Estado, tendo em vista que a referida taxa não foi criada por Lei, mas apenas por ato do Poder Executivo Federal, em flagrante ofensa aos princípios da legalidade, da segurança jurídica e da repartição dos poderes;
- e) Segue aduzindo que a Selic se configura como verdadeiros juros remuneratórios do capital investido pelos adquirentes de títulos públicos, não se adequando com o instituto dos juros moratórios, tendo em vista que os juros moratórios têm caráter indenizatório e punitivo, natureza esta que, por implicar majoração do crédito tributário, deve sua incidência ser de conhecimento prévio do contribuinte e veiculado por lei;
- f) Assim, requer que seja afastada a aplicação da taxa Selic como juros moratórios incidentes sobre o crédito tributário objeto deste Auto de Infração, para que sejam utilizados os juros de 1%, previstos no art. 161, § 1º, do CTN;
- g) No tocante ao mérito, reitera tudo o que foi dito na defesa, chamando atenção ao quanto disposto no art. 269, I, 380 e 381, todos do RICMS/12, cujos preceitos alega não terem sido observados pela Junta de Julgamento. Além disso, aduz que não ficou demonstrado pela Fiscalização a ocorrência de qualquer uma das infrações imputadas contra o Recorrente.

Posteriormente, os autos foram distribuídos para esta 1ª CJF, com o objetivo de ser apreciado o Recurso Voluntário.

VOTO

Mediante o presente Auto de Infração, são imputadas ao Contribuinte o cometimento de 13 Infrações, sendo parte delas referente à utilização indevida de crédito fiscal, parte referente à falta de recolhimento ou recolhimento a menor de ICMS próprio ou por substituição, e parte referente ao descumprimento de obrigações acessórias.

Na análise do Recurso Voluntário.

Inicialmente, alega o Recorrente que os débitos cujos fatos geradores ocorreram até 13/09/2012 estariam extintos em razão da decadência, tendo em vista ter ocorrido o pagamento do ICMS, ainda que parcial, no período fiscalizado, de modo que a contagem do prazo se daria pela regra do § 4º do art. 150 do CTN.

Foi possível verificar mediante documentação acostada pelo Autuante às fls. 13/17, que, no exercício de 2012 e, por conseguinte, no período passível de decadência - fatos geradores ocorridos entre 31/01/2012 e 31/08/2012 – houve o pagamento do ICMS, ainda que a menor, seja ele normal ou por substituição tributária.

Dessa forma, considerando que o STJ já pacificou o entendimento de que, nos casos de pagamento parcial do Contribuinte, a constituição de eventuais diferenças apuradas pelo Fisco estará sujeita ao prazo do § 4º do art. 150 do CTN, conforme bem destacado no seguinte excerto, extraído do julgamento do AgRg no Resp 1.277.854:

“deve ser aplicado o entendimento consagrado pela Primeira Seção, em recurso especial representativo da controvérsia, para a contagem do prazo decadencial de tributo sujeito a lançamento por homologação. O referido precedente considera apenas a existência, ou não, de pagamento antecipado, pois é esse o ato que está sujeito à homologação pela Fazenda Pública, nos termos do art. 150 e parágrafos do CTN. Assim, havendo pagamento, ainda que não seja integral, estará ele sujeito à homologação, daí porque deve ser aplicado para o lançamento suplementar o prazo previsto no §4º desse artigo (de cinco anos a contar do fato gerador). Todavia, não havendo pagamento algum, não há o que homologar, motivo porque deverá ser adotado o prazo previsto no art. 173, I do CTN” (g.n.).

Assim, acolho o argumento de decadência parcial, para declarar extintos os créditos tributários cujos fatos geradores ocorreram entre 31/01/2012 e 31/08/2012, nos termos do art. 156, V, do CTN, de modo que as infrações passam a subsistir da seguinte forma:

Infração	V. AI	V. Julgamento
01	R\$ 5.262,62	R\$ 216,66
02	R\$ 23.727,79	R\$ 23.727,79
03	R\$ 56.497,85	0,00
04	R\$ 1.376,87	R\$ 1.209,43
05	R\$ 4.692,54	R\$ 3.723,58
06	R\$ 30.571,09	0,00
07	R\$ 40.521,89	R\$ 5.264,28
08	R\$ 1.018,69	0,00
09	R\$ 3.247,13	R\$ 2.039,69
10	R\$ 2.699,28	R\$ 2.469,15
11	R\$ 1.680,00	R\$ 560,00
12	R\$ 2.760,00	0,00
13	R\$ 16.560,00	R\$ 5.520,00
TOTAL	R\$ 190.615,75	R\$ 44.730,58

Com relação ao mérito, o Recorrente reitera, de forma vaga, os termos da defesa, indicando ainda alguns dispositivos do RICMS/12 que entende não terem sido observados na decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal, sem, contudo, tecer qualquer comentário específico relacionando os dispositivos indicados ao caso concreto.

Conforme bem indicado pela Junta, *“compulsando os autos observa-se que todas as infrações decorrem de incongruências detectadas em documentos produzidos pelo próprio sujeito passivo, corroboradas por vastas e específicas provas oportunamente aportadas pela Autoridade fiscal para constituir o AI”*, de modo que caberia ao sujeito passivo trazer elementos de prova aptos a desconstituir as infrações contra si atribuídas, o que não foi feito no presente caso.

Ademais, julgo prejudicada a análise do mérito da autuação, tendo em vista que, além de não ter sido acostado aos autos qualquer elemento probatório, as alegações do Recorrente são demasiado genéricas. Nos termos do art. 143 do RPAF, *“a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”*.

Com relação ao pedido de redução da penalidade decorrente do descumprimento de obrigação principal e da não utilização da Taxa Selic como índice de correção monetária, não há como esta Câmara apreciar tais pedidos, nos termos do art. 167 do RPAF/BA, razão pela qual julgo-os prejudicados.

Ademais, o art. 158 do RPAF/BA só autoriza o uso da prerrogativa de redução ou cancelamento da multa para os casos de inadimplemento de obrigação acessória, desde que não se verifique a ocorrência de dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo. Tratando especificamente do caso em apreço, não restou comprovado pelo Recorrente que sua conduta não tenha implicado na falta de recolhimento de tributo, de modo que não se preencheu um dos requisitos da norma em apreço devendo, conseqüentemente, ser afastado o requerimento do sujeito passivo.

Ante tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para declarar a extinção de parte dos débitos em razão da verificação da decadência.

VOTO DISCORDANTE

Peço vênha para divergir do nobre Relator quanto à extinção dos créditos em razão da decadência, aplicada para as infrações 8 a 13 do lançamento de ofício, sob o fundamento de que, tendo ocorrido o pagamento do ICMS, ainda que parcial, no período fiscalizado, a contagem do prazo se daria pela regra do § 4º, do art. 150 do CTN.

Em relação à infração 8, a minha divergência decorre do fato de que se trata de uma infração de apropriação indébita, ao não recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado da Bahia, o que implica em não poder contar o prazo decadencial pela regra prevista no §4º, do art. 150 do CTN, o qual estabelece que:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

[...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Portanto, vislumbro que, no caso em questão de apropriação indébita do imposto retido de terceiro para ser entregue ao erário estadual, o recolhimento parcial do imposto das **operações próprias** do sujeito passivo não o exime e muito menos se mistura com o dever de recolher o **ICMS retido de terceiros** (relativo às operações subsequentes e futuras a serem realizadas pelos seus adquirentes, por delegação do Ente Tributante), de modo a configurar a contagem do prazo prevista na regra do art. 150, § 4º, do CTN.

Assim, não havendo pagamento algum do ICMS retido, **relativo a outros contribuintes e a operações futuras**, não há o que se homologar, motivo porque deverá ser adotado o prazo previsto no art. 173, I do CTN, conforme excerto do julgamento do AgRg no REsp 1.277.854, transcrito no voto do Relator.

Inerente às infrações 9 a 13 do Auto de Infração, por se tratarem de exações por descumprimento de obrigações tributárias acessórias (de fazer ou não fazer), obviamente inexistente lançamento por homologação a se verificar e muito menos recolhimento. Em consequência, o prazo decadencial não se sujeita a contagem prevista no art. 150, § 4º do CTN, mas, sim à regra geral estabelecida no art. 173, I do CTN, cujo direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Tal conclusão é corroborada pela própria PGE/PROFIS que, ao editar o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, para efeito de aplicação do prazo decadencial previsto no art. 150, §4º do CTN, reporta-se sempre a expressão “*ocorrência do fato gerador*” (também contido no art. 150, § 4º do CTN), pela qual se refere à obrigação tributária principal, ou seja, quando o contribuinte tem por prestação (dever) o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária (multa em dinheiro), visto que a obrigação tributária acessória é quando, por força de lei, a prestação a ser cumprida é a de fazer ou não fazer alguma coisa, ou permitir que ela seja feita pelo Fisco, tudo no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, conforme art. 113, §2º do CTN.

Diante de tais considerações, divirjo do i. Relator, unicamente, quanto à extinção dos créditos em razão da decadência, aplicada para as infrações 8 a 13 do lançamento de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206837.0008/17-0**, lavrado contra **TECNICO COMERCIAL DE EQUIPAMENTOS S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$34.141,74**, acrescidos das multas de 60%, prevista no art. 42, Incisos VII, alíneas “a”, “b” e “d” da Lei nº 7.014/96, dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$10.588,84**, previstas nos IX, XI, XVIII, “c” e XVIII-A do citado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Laís de Carvalho Silva, Leonel Araújo Souza, Luiz Alberto Amaral de Oliveira, José Rosivaldo Evangelista Rios e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DISCORDANTE – Conselheiros(as): Fernando Antonio Brito de Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 novembro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LEONEL ARAÚJO SOUZA – RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – VOTO DISCORDANTE

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS