

**A. I. Nº** - 297248.0001/18-4  
**AUTUADO** - ALCATEC PRODUTOS SINTÉTICOS LTDA.  
**AUTUANTE** - MARLON ANTONIO LIMA REGIS  
**ORIGEM** - INFAZ CRUZ DAS ALMAS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 17/06/2019

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0062-04/19**

**EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS PARA USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO.** Comprovado que a exigência fiscal já se encontrava abarcada por denúncia espontânea de débitos apresentada em período anterior ao da autuação. **Infração improcedente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MULTAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS.** Infração mantida em relação ao item “a”. Quanto ao item “b”, autuado comprovou que parte das notas fiscais se encontrava escriturada. Infração parcialmente subsistente. Não acolhidos os argumentos de nulidade e de decadência. Impedimento do órgão julgador administrativo de declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta. Mantido o percentual da multa aplicada em relação às infrações 02 e 03. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe foi expedido em 09/03/2018, objetivando reclamar crédito tributário na ordem de R\$219.111,95, em decorrência das seguintes aquisições:

1 – *Deixou de recolher ICMS no total de R\$20.609,63, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.* Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

2- *Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro da escrita fiscal.* Multa de 1% no total de R\$16.032,45 – *Nota Fiscal não registrada na EFD, com previsão no Art. 42, inciso da Lei nº 7.014/96.*

3 - *Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro da escrita fiscal.* Multa de 1% no total de R\$182.469,87 – *Nota Fiscal não registrada na EFD, com previsão no Art. 42, inciso XI da Lei nº 7.014/96.*

Notificado do lançamento, o autuado, por intermédio de seus patronos, ingressou com a Impugnação de fls. 147 a 172, onde após apresentar uma síntese dos fatos passou a arguir a decadência parcial do mesmo em relação aos fatos geradores anteriores ao mês de março/2013.

Neste passo cita que a intimação do lançamento se deu em 26/03/2018 sendo que os fatos geradores ocorridos antes de 03/13 estão atingidos pela decadência, hipótese extintiva do crédito tributário. Com isso menciona que se cuidando de tributo sujeito a homologação e que teria havido pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido a título de ICMS, sem que tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, o prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário obedece à regra prevista pelo § 4º do Art. 150 do CTN, que considera a hipótese destes autos.

Cita doutrina, legislação e extensa jurisprudência em seu socorro para concluir requerendo a decretação de decadência do direito de lançar o tributo com relação às competências 01 a 03/13, com a consequente alteração no lançamento ante as exclusões pretendidas.

No tópico seguinte passou a arguir a nulidade da autuação por existência de vício material. Para isso se referiu inicialmente a Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular) que ao tratar da anulação de atos lesivos ao patrimônio público permite em seu Art. 2º uma análise comparativa entre os diferentes elementos que compõem o ato administrativo (competência, forma, objeto, motivo e finalidade), onde, após transcrevê-lo, passou a tecer considerações acerca de vício formal, onde cita o Art. 173, II do CTN.

Diz que da análise das acusações constantes nos itens 02 e 03 do Auto de Infração são citadas operações tributadas e não tributadas sem que as mesmas tenham sido lançadas na escrituração fiscal, onde se observa claro equívoco, pois na infração 03 constam notas fiscais de natureza tributada, ou seja, passíveis de inclusão, o mesmo ocorrendo em relação à infração 02, situação esta que provoca cerceamento claro e inequívoco ao direito de defesa, acrescentando que isto sem falar na existência de notas fiscais lançadas no SPED – EFD, porém tidas como não lançadas.

Ao adentrar nas razões de mérito menciona que em relação à infração 01 que trata de exigência de imposto a título de diferença de alíquotas, pontua que as competências se referem aos períodos de 01/13 a 01/14, sendo que, tais valores, de forma espontânea e em momento anterior, reconheceu o débito através da denúncia nº 600000.1109/16-5 datada de 30/08/2016, tendo efetuado o respectivo pagamento.

Quanto às infrações 02 e 03, que tratam de penalidades por falta de escrituração de notas fiscais na escrita fiscal do autuado, assevera que efetuou a escrituração das notas fiscais e, a título de comprovação, apontou as seguintes Notas Fiscais, a título de exemplo nºs: 78.123, 83.981, 74.604, 72.514, 70.846 e 1.572, enaltecendo que tal fato não ocorreu apenas com estes documentos fiscais, mas, sim, com vários outros.

Por estas razões pede que o lançamento seja revisto com a conversão do processo em perícia/diligência para efeito de efetivação das devidas readequações, apontado inclusive profissional para atuar como assistente técnica e apresenta os quesitos que julga necessários serem respondidos.

Passou a suscitar o caráter confiscatório da multa aplicada onde tece comentários jurídicos acerca da questão, cita jurisprudência oriunda de Tribunais Superiores e conclui requerendo o cancelamento da multa de 1% que foi aplicada.

Em conclusão requer o acolhimento das preliminares de decadência e de existência de vício material, da exclusão integral da infração 01 em face de existência de denúncia espontânea anterior ao lançamento bem como das infrações 02 e 03 em face do equívoco perpetrado pelo autuante em face de existência de informação no Sped Fiscal das notas fiscais de entradas de mercadorias, sejam elas sujeitas ou não a tributação, a realização de diligência ou perícia na forma solicitada e que ao final a procedência da Impugnação no sentido do cancelamento do Auto de Infração e que seja declarada confiscatória a multa aplicada.

O autuante apresentou Informação Fiscal conforme fls. 209 a 210, onde sustenta que não deve prosperar o pedido de decadência citando que de acordo com a Súmula 555 do STJ o prazo decadencial para constituir crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do Art. 173, I do CTN, nos casos em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, quando não houver declaração do débito.

Sustenta que também não há o que se falar da existência de vícios insanáveis, nem formais nem materiais, haja vista que foram atendidas todas as formalidades exigidas pela legislação tributária estadual.

Quanto à infração 01 reconhece sua improcedência na medida em que, realmente o autuado efetuou denúncia espontânea e parcelou o débito respectivo em 2016.

No que pertine a infração 02 sustenta que não procedem aos argumentos defensivos já que as notas fiscais mencionadas pela defesa não constam da relação das notas fiscais de entradas não lançadas, conforme se verifica através do demonstrativo de fls. 22 e 23, não havendo necessidade de produção de prova pericial para tal fim.

Quanto à infração 03 cita que não houve impugnação relacionada ao mérito, apenas seu pedido de improcedência ou nulidade.

O autuado foi cientificado via DTE do teor da Informação Fiscal e de acordo com os documentos de fls. 214 a 241 apresentou cópia integral da impugnação inicial.

## VOTO

Inicialmente reporto-me ao pedido de nulidade do Auto de Infração, por existência de vício material ao arrimo da Lei nº 4.717/65. Neste sentido, observo que o processo administrativo fiscal neste Estado é regido pelo Decreto nº 7.629/99 que aprovou o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, o qual em seu Art. 39, disciplina todos os requisitos que deve conter o Auto de Infração, os quais estão atendidos nos presentes autos. Os motivos alegados pelo autuado, para efeito de nulidade do lançamento, são insuficientes para tal fim e, também não houve cerceamento ao amplo direito de defesa, razão pela qual afasto a nulidade suscitada.

No tocante à declaração de decadência requerida para os fatos geradores ocorridos entre 01/2013 e 03/13, observo que não se sustenta, vez que a infração 01 trata de falta de pagamento do imposto à título de diferença de alíquota, enquanto que as infrações 02 e 03, se relacionam a descumprimento de obrigações acessórias, obrigação de fazer, que não se confunde com falta de pagamento.

A este respeito, à regra insculpida pelo Art. 150, § 4º do CTN, citada pela defesa, só se aplica quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, porém efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas, situação esta que não se aplica a infração 01, pois não ocorreu a declaração do fato jurídico tributário.

Já em relação às infrações 02 e 03, relacionadas a penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, aplica-se a regra estabelecida pelo Art. 173, I do CTN já que não há pagamento e, sim, de obrigação que deixou de ser feita, cumprida. Isto posto, observo que a obrigação de escrituração de notas fiscais no respectivo livro fiscal se insere no rol das denominadas obrigações instrumentais ou acessórias (obrigações de fazer). São informações indispensáveis e necessárias para que o fisco possa aplicar os roteiros de fiscalização a partir dos registros de entradas, saídas, estoques etc. O não cumprimento dessas obrigações pelo sujeito passivo enseja a aplicação de penalidades pecuniárias, observado os procedimentos legais para lançamento das mesmas, previstos na legislação.

Tratando-se, portanto, de obrigação de fazer, mediante a escrituração das notas fiscais de entradas nos livros fiscais, como já dito, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 173, inc. I do CTN, cujo prazo “*a quo*” ou inicial tem contagem a partir de 1ª dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado e, diante da inércia do contribuinte da não escrituração, não há ato a ser homologado pelo fisco. Nessa linha de entendimento, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 09/03/2018, o prazo de decadência em relação aos fatos geradores verificados nos exercício de 2013 teve início em 01/01/2014, encerrando-se em 31/12/18, de forma que não se encontrava extinto o direito do Fisco de lançar as penalidades por descumprimento das obrigações instrumentais cobradas neste Auto de Infração em relação às infrações 02 e 03, bem como em relação à infração 01 conforme já explicitado linhas acima.

Desta maneira, não acolho os argumentos trazidos pela Defesa referentes ao pedido de aplicação de decadência para os fatos geradores ocorridos nos períodos aludidos.

No mérito, em relação à infração 01, que se refere à exigência do imposto no valor de R\$20.609,63, a título de diferença de alíquota, assiste razão ao autuado, já que de acordo com a mídia eletrônica de fl. 206, este ingressou com a Denúncia Espontânea de Débito Tributário nº 600000.1109/16-5, no total de total de R\$105.173,89, com a seguinte configuração “*Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio Estabelecimento*” que engloba os mesmos períodos aqui autuados. Desta forma acolho o posicionamento do autuante e voto pela improcedência da infração 01.

Quanto às infrações 02 e 03, inicialmente, observo que o argumento defensivo relacionado à inclusão de notas fiscais tributadas conjuntamente com as não tributadas e vice versa, não tem qualquer repercussão na aplicação da penalidade que se encontra abarcada no mesmo artigo, inciso e percentual do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, não sendo, portanto, motivo para anulação das infrações, conforme já alinhavado linhas acima quando do exame em preliminar.

Por outro lado, observo que não assiste razão ao autuante, quando afirma que as Notas Fiscais nºs 78.123, 83.981, 74.604, 72.514, 70.846 e 1572, não estão incluídas nos demonstrativos de fls. 23 a 52. Analisando esses demonstrativos, constatei que tais documentos fiscais se encontram sim, incluídos no levantamento fiscal referente à infração 03, e tendo o autuado afirmado de forma peremptória que estas notas fiscais estão lançadas no Registro C100 da sua EFD, o autuante não apresentou prova em contrário, tendo apenas dito que não fazem parte da autuação.

Em vista disto, indefiro o pedido de diligência e/ou perícia fiscal suscitado pela defesa, na medida em que as notas fiscais apontadas pelo autuado como escrituradas, referem-se apenas à infração 03, enquanto que este, não apontou outros documentos fiscais que porventura estivessem escriturados, situação esta que demandaria em conversão do processo em diligência, para as devidas averiguações e exclusões, se fosse o caso, entretanto, tendo em vista o pequeno quantitativo de notas fiscais apontadas pelo autuado como escrituradas, acolho o argumento defensivo, e procedo à exclusão das penalidades alusivas aos referidos documentos na forma abaixo:

NOTA FISCAL	FLS.	TOTAL LANÇADO	EXCLUSÃO	DEVIDO
78.123	59 – 07/13	6.694,32	406,31	6.288,01
83.981	62 – 11/13	4.312,21	491,74	3.820,47
74.604	58 – 04/13	6.063,78	437,09	5.626,69
72.514	57 – 03/13	5.626,75	574,96	5.051,79
70.846	56 – 01/13	3.015,80	559,35	2.456,45
01.572	56 – 02/13	4.656,68	7,50	4.649,18

Desta maneira, a infração 02 permanece inalterada no valor de R\$16.032,45, tendo em vista que o autuado não apontou qualquer documento fiscal que estivesse escriturado, enquanto que a infração 03, cujo total lançado originalmente corresponde a R\$182.469,87, após as exclusões das penalidades relacionadas às notas fiscais indicadas pelo autuado como escrituradas, no total de R\$2.476,95, remanesce como devido o valor de R\$179.992,92.

No que diz respeito ao argumento de caráter confiscatório da multa aplicada, destaco que de acordo com o previsto pelo Art. 167, I do RPAF/B, não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta, enquanto que as multas aplicadas devem prevalecer, vez que estão previstas pela legislação tributária em vigor.

Em conclusão, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, no valor de R\$196.055,37, sendo R\$16.032,45 referente a infração 01, e R\$179.992,92 em relação a infração 02.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **297248.0001/18-4**, lavrado contra **ALCATEC PRODUTOS SINTÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$196.025,37**, previstas pelo Art. 42, incisos IX e XI da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR