

PROCESSO - A. I. N° 207095.0009/17-4
RECORRENTE - LOJÃO DOS PARAFUSOS FERRAMENTAS E FERRAGENS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº - 0115-03/19
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA (CENTRO NORTE)
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 27/01/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0310-12/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Restou comprovado que parte das mercadorias não estão enquadradas no regime de substituição tributária. Modificada a Decisão, com redução do débito. Infração 1 procedente em parte. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. a) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. Acolhida a decadência dos fatos anteriores a setembro de 2012. Infrações 3 insubsistente e 5 parcialmente procedentes. Modificada a Decisão recorrida. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. FALTA DE ENTREGA. Documentos juntados ao processo comprovam que os arquivos magnéticos exigidos por meio de intimação foram entregues dentro do prazo legal. Modificada a Decisão. Infração 9 improcedente. Modificada a Decisão recorrida. Afastada as nulidades suscitadas. Acolhido a decadência relativo as infrações 3 e 5. Negado o pedido de realização de diligência. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator quanto às infrações 3 e 5 nas preliminares de decadência. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, com base no art. 169, I, “b” do RPAF/BA, contra a decisão da 3ª JF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 31/08/2017, exigindo tributos em decorrência de dez infrações totalizando R\$158.874,05, sendo objeto deste recurso as infrações 1, 3, 5 e 9 que acusam:

- 1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com pagamento do imposto por antecipação tributária (2012 a 2013) - R\$9.959,34. Multa de 60%;*
- 3. Deixou de recolher o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação (2012 e 2013) - R\$13.055,06. Multa de 60%;*
- 5. Deixou de recolher o ICMS antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas a comercialização (2012 e 2013) - R\$19.123,73. Multa de 60%;*
- 9. Deixou de fornecer arquivos magnéticos exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas (2012 e 2013). Multa fixa de 1%, totalizando R\$15.509,76;*

Na decisão proferida (fls. 274/291), inicialmente foi rejeitada as nulidades suscitadas (infrações 4, 7, 8 e 10), negado o pedido de emissão de parecer por parte da Procuradoria do Estado, ressaltando que a infração 2 foi reconhecida. Acolheu a arguição de decadência dos fatos geradores verificados no período entre 01/01/2012 a 31/08/2012, com aplicação da regra do art. 150, § 4º do CTN, negou a aplicação com relação ao levantamento fiscal em que foi apurado imposto não declarado e não pago, com aplicação da regra estabelecida no art. 173, inciso I do CTN.

Com relação as infrações 1, 3, 5 e 9, em relação a materialização da decadência, considerando a cientificação do contribuinte em 06/09/17, foi apreciado que:

Infração 1 – Afastado os fatos geradores do período de 31/01/2012 e 31/08/2012 (art. 150, §4º do CTN);

Infrações 3 e 5 – Por se tratar de débito não declarado e não pago, aplicou a regra do art. 173, I do CTN, e manteve os valores exigidos.

Infração 9 – Por se tratar de obrigação acessória, apreciou que não se submetem ao regramento do art. 150, § 4º do CTN e manteve os valores exigidos.

Indeferiu o pedido de realização de perícia, por entender que os elementos contidos no processo eram suficientes para formar o juízo e convicção, com fulcro no art. 147, inciso II do RPAF/BA.

No mérito, tendo acolhido e excluído os valores extintos pela decadência, apreciou que:

Na infração 01, remanesceu em discussão, tão somente os fatos geradores dos meses de setembro de 2012 a dezembro de 2013. Após revisão feita pelo preposto da SEFAZ, responsável pela informação fiscal, acatando as alegações defensivas que foram devidamente comprovadas, acolho suas conclusões e declaro parcialmente procedente a infração 01, que assume a seguinte configuração:

Apresentou quadro demonstrativo de fl. 289 com valor devido de R\$4.771,83:

Na infração 03, acolho os novos demonstrativos elaborados pelo preposto do Fisco, que acatou as notas fiscais apontadas pela defesa com o ICMS/ST devidamente recolhido. Após os ajustes realizados, com a exclusão das notas fiscais em que o imposto foi pago, o valor devido remanesce em R\$8.579,90 conforme planilha a seguir. Infração parcialmente subsistente.

ANO	MÊS	VL LANÇADO	VL REVISTO
2012	2	3.417,47	3.417,47
2012	3	3.377,16	3.377,16
2012	4	796,32	796,32
2012	5	988,95	988,95
TOTAL			8.579,90

Para a infração 05, ICMS Antecipação Parcial – Omissão de recolhimento, foram acolhidas as alegações da defesa, e após os ajustes realizados pelo preposto fiscal a infração remanesce em R\$18.263,86. Infração parcialmente subsistente.

ANO	MÊS	VL LANÇADO	VL REVISTO
2012	7	3.689,26	3689,26
2013	12	15.540,89	14.574,61
TOTAL			18.263,87

A infração 09 refere-se ao fato de deixar de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, nos meses de fevereiro de 2012, maio, agosto e dezembro de 2013, sendo aplicada a multa fixa de 1%.

O impugnante alegou que o Autuante não teria detalhado como chegou aos valores autuados e que teria cumprido todas as intimações no prazo.

Em fase de informação fiscal, o preposto do Fisco explicou que os valores foram obtidos nas respectivas DMA's/Saídas, conforme quadro que elaborou fl. 216 do PAF.

Acolho as conclusões do preposto do Fisco e declaro esta infração procedente.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme tabela a seguir, devendo ser homologados os valores reconhecidos e pagos: (...)

No resumo de fl. 291 indicou julgamento pela: Nulidade das infrações 4 e 10; procedência em parte das infrações 1, 3, 5 e 6; procedente as infrações 2, 7, 8 e 9. O débito original de R\$158.874,05 foi reduzido para R\$65.843,71.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 304 a 324) o sujeito passivo inicialmente ressalta a sua tempestividade, descreve as infrações e ressalta que parte delas foram reconhecidas e outras impugnadas que foram julgadas pela 3ª JJF, acolhendo parte dos argumentos de defesa.

Com o recurso, requer reforma da decisão relativo as infrações 1, 3, 5 e 9 conforme expôs.

No tocante a infração 1 (utilização indevida de crédito fiscal/ICMS antecipado), ressalta que

apresentou argumentos relativo a mercadorias não sujeitas a ST, descrição incorreta de mercadorias, CFOP divergente dos indicados nos livros fiscais e NCM divergentes das notas fiscais, bem como materialização da decadência de parte do valor exigido, tendo a decisão prolatada reconhecido a decadência do período de 01/2012 a 08/2012 e parte das alegações de acordo com informação fiscal do autuante, reduzindo o débito de R\$9.959,34 para R\$ 4.771,83.

Argumenta que a decisão merece reforma pelo reconhecimento da sua nulidade em razão da ausência de fundamentação legal e cerceamento do direito do exercício do contraditório, por ficar sem saber como “foi apurado o saldo remanescente”.

Evocando o princípio da eventualidade, afirma que foram mantidas a atuação quanto aos argumentos apresentados 3 (CFOP divergente do indicado nos livros fiscais), 4 (NCM das mercadorias divergentes das notas fiscais) e 5 (reconhecimento parcial com utilização da alíquota de 7%), que fica renovado pugnando pela improcedência desta infração:

Apresenta planilha às fls. 309 a 311 indicando que no período 31/09/2012 a 31/12/2013 alegando que:

- a) Os CFOP's 2403 indicados no arquivo SINTEGRA transmitido estão corretos e diverge dos CFOP's 2102 indicados nos livros fiscais, tendo apurado e recolhido o imposto no prazo regulamentar;
- b) Ocorreu erro formal de obrigação acessória do arquivo SINTEGRA, inexistindo a infração descrita (art. 112 CTN), pois aproveitou o crédito do ICMS, sem implicar na falta de recolhimento do ICMS, nos termos do art. 158 do RPAF/BA;
- c) A fiscalização considerou indevida a utilização do crédito de ICMS-ST, dado a classificação dos NCM's no Anexo I, porém as características das mercadorias (fotos e laudo técnico dos fornecedores anexos) demonstram que não estão sujeitas a ST, visto que embora a NCM conste no Anexo I (construção civil) as mercadorias sujeitam-se a tributação normal.
- d) A descrição no Anexo I faz referência a produtos para uso na “construção civil” e as mercadorias adquiridas são usadas “na indústria de modo geral”, pois não se destinam ao fim especificado no Anexo I, e aproveitado corretamente o crédito do ICMS.

Manifesta que deve ser aplicado o princípio do *in dubio pro contribuinte*, visto que as mercadorias possuem finalidades de uso diversas e a fiscalização não apresentou provas suficientes aos autos de que o uso é exclusivamente para a construção civil.

Apresenta planilha resumida relativa ao período 31/09/2012 a 31/12/2013 às fls. 313 a 317, na qual relacionou o número das notas fiscais, a denominação da mercadoria e a NCM. Conclui requerendo a nulidade da decisão, pela ausência de fundamentação legal, cerceamento do direito do exercício do contraditório e não demonstração de como foi apurado o saldo remanescente.

Eventualmente, no mérito em razão de que 1) Parte das mercadorias foram classificadas de forma equivocada o que implicou em descumprimento de obrigação acessória do Sinetgra, mas não implicou na falta de recolhimento do ICMS; e 2) Parte da mercadoria possuem outras utilizações que não exclusiva da construção civil (Anexo I) e na dúvida seja decidido a seu favor.

Quanto a infração 3, ressalta que foi acolhido a tese de defesa, exceto para as notas fiscais relativos ao período dos meses de 02, 03, 04 e 05 do ano de 2018.

Renova os argumentos pelo reconhecimento da decadência, aplicando o previsto no art. 150, §4º do CTN, com a contagem do prazo a partir da ocorrência do fato gerador, por se tratar de lançamento por homologação e não a aplicação do art. 173, I do CTN.

Discorre sobre a decadência e afirma que deve ser aplicada Súmula nº 555 do STJ, que transcreveu à fl. 319, inclusive parte do conteúdo do Acórdão paradigmático do STJ (AgRg no REsp 1.277.854), que entende ser aplicável a situação presente com o reconhecimento da decadência dos créditos relativos ao período 01/01/2012 a 31/08/2012.

No que se refere a infração 5 (antecipação parcial), ressalta que parte da tese da defesa foi

acatada, contudo merece reparo a decisão de primeira instância, com relação ao mês 07/2012 no valor de R\$3.689,26, cujos argumentos são renovados com relação a decadência.

Quanto as demais competências, afirma que o saldo remanescente não se encontra claramente demonstrado a metodologia dos cálculos e como se chegou ao valor residual, motivo pelo qual requer a nulidade da decisão ou improcedência da infração.

Quanto a infração 9 (multa – não fornecimento de arquivos magnéticos), afirma que não merece prosperar, em razão de que todas as intimações foram cumpridas dentro do prazo estabelecido.

Arguir que não existe qualquer planilha de memória de cálculo que faça referência ao valor que está sendo cobrado, o que contraria o disposto no art. 142 do CTN, nem atende aos requisitos estabelecidos no art. 28, §4º, II c/c art. 39 do RPAF, impondo se a declaração de nulidade prevista nos artigos 18 e 148 RPAF/BA.

No mérito, transcreve a descrição dos fatos, que acusa falta de atendimento de intimações fiscais (DT-e 07/07/2017 e 13/07/2017 - mensagem 32197, 32212 e 322289) para entrega e reenvio dos arquivos magnéticos omissos e outros com inconsistências (2012. Jan. 54, 60, 74 e 75, Mar.54,60, Abr a Out.60; Omissão de envio de arquivos: 2012; fev, 2013. Maio Ago Dez).

Argumenta que foram fornecidas todas as informações e documentos requeridos nas intimações dentro do prazo estabelecido (30 dias - ciência 13/07/2017), enviando o arquivo requerido pelo validador Sintegra (transmitido em 28/07/2017) tendo sido enviados através de e-mail ao fiscal (data de envio do e-mail 28/07/2017 – ASSUNTO LOJÃO DOS PARAFUSO FERRAMENTAS E FERRAGENS LTDA – 050382552.rar), conforme faz prova a cópia dos comprovantes em anexo.

Pondera que a fiscalização pode ter se equivocado em razão do seu preposto ter indicado no corpo do e-mail “o nome de uma terceira empresa, entretanto, no “assunto” do e-mail está consignado em letras GARRAFAIS o nome do Autuado – LOJÃO DOS PARAFUSOS”.

Alega que foi cumprido a entrega do quanto requerido e não merece prosperar a infração.

Por fim, roga pela aplicação do disposto no art. 158 do RPAF, pela redução ou cancelamento da multa, tendo em vista que não ficou provado que as infrações tenham sido praticadas com dolo, fraude ou simulação, ou tenham implicado falta de recolhimento de tributo.

Requer provimento do Recurso Voluntário, pela reforma da decisão de 1ª Instancia para reconhecer a nulidade e/ou a improcedência do lançamento fiscal, e ainda que seja solicitado a emissão de parecer por parte do Procurador do Estado (art. 118, I do RPAF/BA).

Fez presente os advogados, na sessão de videoconferência, Dr. Laércio Guerra Silva – OAB/BA nº 38.367 - para fazer sustentação oral dos fatos da recorrente.

VOTO (Vencido quanto às infrações 3 e 5 – Preliminar de Decadência)

O Auto de Infração acusa o cometimento de dez infrações, sendo que o Recurso Voluntário interposto contra a decisão de primeira instância refere se as infrações 1, 3, 5 e 9.

Inicialmente, quanto ao pedido de encaminhamento do processo para parecer da Procuradoria Geral do Estado, observo que o art. 118 do RPAF/BA estabelece competência de representação junto ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF) e o inciso I, “a” de emitir parecer jurídico, visando à fiel aplicação da lei, nos casos previstos pela legislação ou sempre que solicitado pela autoridade competente. Na situação presente entendo ser desnecessário a solicitação do parecer, bem como o seu representante presente no julgamento manifestou-se sobre as matérias discutidas no processo.

No tocante a infração 1 (utilização indevida de crédito fiscal/ICMS antecipado), o recorrente suscitou a nulidade da decisão sob alegação de ausência de fundamentação legal e cerceamento do direito do exercício do contraditório, por não saber como “foi apurado o saldo remanescente”.

Quanto a ausência de fundamentação e decadência, constato que na defesa apresentada o sujeito passivo apresentou uma extensa argumentação (fl. 127 a 152), que em síntese: a) Requereu a decadência do período de janeiro a agosto/2012; b) NCM indicadas incorretas no arquivo Sintegra que difere da lançada no livro fiscal; c) produtos que não estão enquadrados no regime de ST; c) CFOP indicados incorretos no Sintegra e correto no livro fiscal; d) mercadorias que constam no Anexo I do RICMS/BA mas que não são destinadas a construção civil.

Na informação fiscal o autuante não acatou a decadência e acolheu os argumentos relativo a indicação incorreta da NCM e de produtos que não se enquadram na ST, relacionando as mercadorias e NCM às fls. 212 e 213, que implicou na redução do débito de R\$9.959,34 para R\$7.444,69 conforme demonstrativo de fl. 214.

A 3ª JF converteu o processo em diligência (fl. 230) no sentido de que fosse fornecido a informação fiscal e demonstrativos resultantes, que foram entregues ao autuado (fls. 234/235).

O sujeito passivo se manifestou às fls. 238 a 243, reapresentando apenas os argumentos quanto a decadência e de nulidades suscitada, não contestando os valores mantidos na autuação.

A 3ª JF converteu o processo em segunda diligência (fl. 252) determinando que fosse concedido prazo para manifestação acerca da informação fiscal, o que foi feito (fls. 254/255).

O contribuinte se se manifestou às fls. 257 e 258, argumentando que *“o autuante não reconheceu as preliminares arguidas e apenas parte da defesa do mérito”* e pugnou pelo *“reconhecimento das preliminares de decadência e nulidade”* e improcedência da autuação.

Na decisão ora recorrida, quanto a infração 1, foi fundamentado que remanesceu a discussão apenas com relação aos fatos geradores ocorridos nos meses de setembro/2012 a dezembro/2013, acatando as alegações defensivas que foram comprovadas. Acolheu a preliminar de decadência do período de 01/2012 a 08/2012, implicando na redução do débito de R\$9.959,34 para R\$4.771,83.

Com relação ao argumento de que não sabe como foi apurado a base de cálculo do valor remanescente, observo que no recibo juntado à fl. 234, foi fornecido cópia do CD de fl. 209, no qual consta o demonstrativo analítico e o sintético da infração 1, totalizando R\$7.444,69 conforme demonstrativo impresso de fl. 214. Na decisão proferida a 3ª JF acolheu o pedido de decadência relativo ao período de 01/2012 a 08/2012, remanescendo os valores relativos ao mês 09/2012 a 12/2013 totalizando R\$ 4.771,83. Portanto, os elementos constantes do processo demonstram como foi apurado a base de cálculo remanescente do julgamento.

Pelo exposto, no contexto do relato acima, após a revisão fiscal, em duas manifestações acerca da informação fiscal, o sujeito passivo não contestou objetivamente o mérito em relação aos valores que foram mantidos após a revisão fiscal, tendo reapresentado apenas os argumentos relativos a preliminar de decadência, que foi acatado em relação a infração 1, e nulidade que foi fundamentada na decisão recorrida, bem como comprovado a apuração da base de cálculo, conforme acima apreciado. Por isso, não acato a nulidade suscitada.

No mérito, com relação aos argumentos de que: **i)** CFOP's 2403 indicadas no Sintegra diverge dos CFOP's 2102 dos livros fiscais; **ii)** aproveitou o crédito do ICMS, corretamente; **iii)** considerou indevida utilização do crédito de ICMS-ST, dado a classificação dos NCM's no Anexo I, mas as mercadorias não estão sujeitas a antecipação total; e **iv)** o Anexo I faz referência a produtos para uso na “construção civil”, mas são utilizadas na indústria.

Com relação ao demonstrativo apresentado no recurso às fls. 309/310 que indicam CFOP 2403 divergentes do CFOP 2102 e que aproveitou os créditos corretamente, observo que tanto no demonstrativo original (mídia de fl. 49) como no demonstrativo refeito (mídia de fl. 209, cuja cópia foi fornecida ao contribuinte: fls. 234 e 254), foram indicados o CFOP 2102 (compra para comercialização) e não o CFOP 2.403 (Compra para comercialização/mercadoria sujeita a ST). Entretanto, a questão que se apresenta é se os produtos estão ou não enquadrados na ST.

Com relação aos argumentos de que as mercadorias possuem NCM's relacionadas no Anexo I, do RICMS/BA, mas não se destinam a uso na "construção civil" e sim na indústria, observo que tomando por exemplo no demonstrativo refeito (fl. 209) foi indicado como enquadrado no regime de ST os produtos:

- 1) 09/2012: Notas Fiscais nºs 45.793 e 48.821 - *produtos clips p/cabo aço; esticador cabo de aço; esticador hidráulico; manilha reta p/cabo de aço; mosquetão e sapatilha para cabo de aço* com a NCM 7616. O item 8.62 descreve com esta NCM "Abraçadeiras".
- 2) 10/2012: Notas Fiscais nºs 18.867 e 18.885 - *produtos boina politriz carn 05* com a NCM 9603.9, que não está relacionado no Anexo I do RICMS/BA.
- 3) 10/2012: Notas Fiscais nºs 12.159 - *produtos pasta desengraxante* com a NCM 3401.20.9 que não está relacionado no Anexo I do RICMS/BA.
- 4) 10/2012: Notas Fiscais nºs 18.493 e 18.509 - *produtos vaselina pasta* com a NCM 2710.19.3, não está relacionado no Anexo I do RICMS/BA.

Pelo exposto, embora o demonstrativo remanescente indique alguns produtos relacionados no Anexo I do RICMS/BA (Protocolos ICMS 104/09; 26/2010 e 74/2014), a maior parte não se encontra relacionadas, o que demandaria mais uma diligência fiscal.

Como já foram realizadas duas diligências, o que resultou em valor remanescente de R\$4.771,83 no julgamento da primeira instância, e considerando que vários produtos foram reconhecidos na defesa (adesivo, eletrodo, óleo multiuso, massa calafetar, entre outros) acato o demonstrativo que foi apresentado na defesa (gravado na mídia à fl. 205) e modifico o julgamento da primeira instância, reduzindo o débito da infração 1 para R\$634.02.

Infração procedente em parte (os valores exigidos de janeiro a agosto/2012, foram afastados na decisão da Primeira Instância, que acolheu a decadência), conforme demonstrativo abaixo.

ANO	MÊS	VL LANÇADO	VL REVISTO
2012	9	312,65	88,95
2012	10	52,94	0,00
2012	11	401,34	10,93
2013	12	166,82	7,71
2013	1	146,14	0,00
2013	2	56,51	0,00
2013	3	167,76	55,55
2013	4	1.604,23	62,61
2013	5	347,67	0,00
2013	6	534,60	101,44
2013	7	710,73	38,42
2013	8	109,99	26,87
2013	9	382,22	22,92
2013	10	253,54	0,00
2013	11	399,97	217,07
2013	12	580,63	1,55
Total		6.227,74	634,02

Quanto aos valores mantidos relativos à infração 3 (meses 02, 03, 04 e 05/2012 [2012]) e na infração 5 (mês 07/2012 no valor de R\$3.689,26) o recorrente reapresentou os argumentos da defesa de que materializou se a decadência, ao teor do art. 150, §4º do CTN e que quanto as demais competências, requereu a nulidade por não saber como foi apurado a base de cálculo.

Com relação a nulidade suscitada sob alegação de desconhecer como foi apurado o valor remanescente, é válida a apreciação feita com relação a infração 1, ou seja, conforme recibo de fl. 234, foi fornecido cópia do CD de fl. 209, no qual consta o demonstrativo analítico e o sintético da infração que resultaram na redução do débito indicados no demonstrativo impresso de fl. 214/verso (infração 3: R\$8.579,90) e 215 e verso (infração 5: R\$18.263,86). Portanto, os elementos

constantes do processo demonstram como foi apurado a base de cálculo remanescente do julgamento, com fornecimento de cópia dos demonstrativos analíticos e sintéticos ao recorrente.

Em conclusão, fica rejeitada a nulidade suscitada.

No tocante a materialização de decadência, observo que a infração 3 acusa falta de recolhimento do ICMS-ST e a infração 5 refere-se a falta de pagamento do ICMS antecipação parcial.

A decisão da Primeira Instância fundamentou que o Incidente de Uniformização nº 2016.194710, da Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS), manifestou entendimento de que o lançamento por homologação em que o sujeito passivo antecipa o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, aplica-se a regra do art. 150, § 4º do CTN, porém se apurado a existência de débito de tributo não declarado e não recolhido aplica-se o disposto no art. 173, I do CTN, deslocando a contagem para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado.

Conforme explicitado no Incidente de Uniformização da PGE:

Recorde-se que, consoante explicitamos ao tecermos algumas ponderações acerca do real conteúdo semântico da expressão “homologação do lançamento”, quando não há declaração, pelo contribuinte, da realização operação ou prestação tributável e, por conseguinte, inexistiu o respectivo pagamento, não há o que o Fisco homologar, razão pela qual se aplica a regra inserta no art. 173, inciso I, do CTN.

Na situação presente com relação a infração 3, o contribuinte escriturou as notas fiscais relativa às aquisições de mercadorias que se submetem ao pagamento do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, conforme previsto no art. 8º da Lei nº 7.014/96, porém não apurou, nem recolheu qualquer valor relativo a obrigação tributária.

Da mesma forma, com relação a infração 5, adquiriu mercadorias de contribuinte localizados em outras unidades da Federação, destinadas a comercialização e da mesma forma, não apurou, nem recolheu o ICMS antecipação parcial, previsto no art. 12-A e 23 da Lei nº 7.014/96.

Portanto, considerando que tanto na infração 3, como na infração 5, o sujeito passivo não apurou e nem pagou o ICMS relativo a operações com mercadorias enquadradas no regime de ST e destinadas a comercialização, entendo que não declarou o fato jurídico tributável (ICMS-ST e Antecipação Parcial), inexistindo o respectivo pagamento relativo a estes institutos tributários, considero correta a fundamentação da decisão ora recorrida de que se aplica no caso o disposto no art. 173, I do CTN, ficando mantida as exigências destas infrações em relação aos fatos ocorridos antes de 31/08/2012, considerando a data da ciência do Auto de Infração ocorreu em 06/09/2017 e o prazo decadencial se encerraria em 31/12/2017.

Pelo exposto, fica mantida a decisão pela procedência parcial da infração 3, com valor devido de R\$8.579,90 e da infração 5, com valor remanescente de R\$18.263,87 conforme demonstrativo de débito de fl. 289.

Com relação a infração 9 (multa/não fornecimento de arquivos magnéticos) o recorrente alegou:

- i) Desconhecer como foi apurado a base de cálculo.
- ii) Ter atendido todas as intimações dentro do prazo estabelecido;

Com relação a apuração da base de cálculo, constato que:

- i) Na defesa à fl. 166 o sujeito passivo alegou que “não existe qualquer planilha de memória de cálculo que faça referência ao valor que está sendo cobrado”.
- ii) Na informação fiscal à fl. 216, o autuante contestou afirmando que “Quanto aos valores, os mesmos foram obtidos nas respectivas DMA’s/Saídas, vejamos” e apresentou um quadro indicando valor “devido R\$15.287,73” e lançado de R\$15.509,73”.

Na decisão proferida foi fundamentado que “Acolho as conclusões do preposto do Fisco e declaro esta infração procedente”.

Pela análise dos elementos contidos no processo, não identifiquei no Auto de Infração (fls. 1 a 109) juntada de qualquer demonstrativo, nem DMAs mensais, tendo sido juntado às fls. 36 a 39 as consolidadas dos exercícios de 2012 e 2013, porém não há indicação da base de cálculo dos meses de 02/2012 e 05, 08 e 12/2013. Também, não está gravada na mídia de fl. 49.

Constato ainda, que no demonstrativo de débito do auto de infração foi indicado no mês 12/2013, base de cálculo de R\$461.784,43 e na informação fiscal (fl. 216) para o mesmo mês, base de cálculo de R\$439.581,95 sem juntar a DMA correspondente para justificar a alteração da base de cálculo.

Também, há de se considerar que na decisão proferida a 3ª JJF manteve a exigência original, desconsiderando a informação fiscal e valor diferente indicado pelo autuante.

Pelo exposto, restou comprovado que o contribuinte não teve conhecimento como foi apurada a base de cálculo da multa aplicada, preterindo o direito de defesa, além da ausência de elementos para determinar com segurança a infração nos termos dos incisos II e IV, do art. 18 do RPAF/BA.

Quanto ao argumento de mérito de que atendeu as intimações fiscais, constato que:

- i) Na defesa à fl. 167, o sujeito passivo alegou que foi intimado para apresentar os arquivos em 13/07/2017 e enviou os arquivos no dia 28/07/2017, dentro do prazo de 30 dias;
- ii) Na informação fiscal à fl. 216, o autuante indicou quanto a esta alegação “Alega que todas as intimações foram cumpridas no prazo”, mas não contestou.

Na decisão proferida foi indicado esta alegação “... *que teria cumprido todas as intimações*”, mas não foi apreciado esta alegação.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que na defesa o sujeito passivo juntou:

- i) Fl. 196, intimação cientificada em 13/07/2017, concedendo prazo de 30 dias para entrega de arquivos magnéticos com “falta de registros” e omissos nos meses 02/2012 e 05, 08 e 12/2013.
- ii) Fls. 198 a 201, Protocolos de entrega dos arquivos magnéticos com recepção no dia 28/07/2017 relativo aos meses 02/2012 e 05, 08 e 12/2013.

Pelo exposto, restou comprovado que o recorrente juntou com a defesa prova de que entregou os arquivos do Sintegra dentro do prazo legal concedido e não tendo sido contestado pela fiscalização na informação fiscal e nem fundamentado na decisão ora recorrida, deve ser reconhecido que assiste razão a alegação defensiva e aplicável o disposto no art. 140 do RPAF/BA, de que 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.

Em conclusão, tendo sido apreciado a nulidade desta infração e restando comprovado a improcedência total desta infração, aplico o disposto no art. 155, § Único do RPAF/BA, não declarando a nulidade, modificando a decisão recorrida pela improcedência total da infração 9.

Por tudo que foi exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, com redução do débito da infração 1 de R\$4.771,83 para R\$634.02 e improcedência total da infração 9.

VOTO VENCEDOR (Quanto a Decadência das infrações 3 e 5)

Fatos ocorridos antes de 31/08/2012, considerando a data da ciência do Auto de Infração ocorreu em 06/09/2017.

Na infração 03, Total.

ANO	MÊS	VL LANÇADO	VL REVISTO
2012	2	3.417,47	3.417,47
2012	3	3.377,16	3.377,16
2012	4	796,32	796,32
2012	5	988,95	988,95
TOTAL			8.579,90

Para a infração 05, - o mês de Julho/2012

Permaneço o mês 12/2013.

ANO	MÊS	VL LANÇADO	VL REVISTO
2012	7	3.689,26	3689,26
2013	12	15.540,89	14.574,61
TOTAL			18.263,87

Assim, o montante do Auto de Infração é conforme demonstrativo abaixo.

INFRAÇÃO	AUTUADO	JULGADO 3ª JJF	JULGADO 2ª CJF	SITUAÇÃO
01 / 01.02.05	9.959,34	4.771,83	634,02	PROCEDENTE EM PARTE
02 / 03.01.04	12.907,94	12.907,94	12.907,94	PROCEDENTE
03 / 07.01.01	13.055,06	8.579,90	0,00	IMPROCEDENTE
04 / 07.01.02	14.731,49	0,00	0,00	NULA
05 / 07.15.01	19.123,73	18.263,87	14.574,61	PROCEDENTE EM PARTE
06 / 07.15.02	46.538,27	5.620,41	5.620,41	PROCEDENTE EM PARTE
07 / 16.04.06	140,00	140,00	140,00	PROCEDENTE
08 / 16.04.11	50,00	50,00	50,00	PROCEDENTE
09 / 16.12.15	15.509,76	15.509,76	0,00	IMPROCEDENTE
10 / 16.12.26	26.858,46	0,00	0,00	NULA
TOTAL	158.874,05	65.843,71	33.926,98	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **207095.0009/17-7**, lavrado contra **LOJÃO DOS PARAFUSOS FERRAMENTAS E FERRAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$33.736,90**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, incisos VII, “a” e II, alíneas “b” e “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$190,00**, previstas nos incisos XVIII, “b” e XXII do citado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Quanto a Decadência das infrações 3 e 5) – Conselheiros(as): Leila Barreto Nogueira Vilas Boas, Henrique Silva de Oliveiras, Ildemar José Landin e Antonio Dijalma Lemos Barreto.

VOTO VENCIDO (Quanto a Decadência das infrações 3 e 5) – Conselheiros: Eduardo Ramos de Santana e Mauricio Souza Passos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Decadência - infrações 3 e 5)

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS - VOTO VENCEDOR
(Decadência - infrações 3 e 5)

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS