

A. I. N° - 279733.0009/20-4
AUTUADO - JFM INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - LINDOMAR PINTO DA SILVA
ORIGEM - INFACENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 21.12.2020

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0143-05/20-Vd

EMENTA: ICMS. 1. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO.

a) MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração 1 **b)** AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração 2; **c)** DOCUMENTOS FISCAIS FALSOS OU INIDÔNEOS. Infração 3; **d)** REGISTRO DE DOCUMENTOS FISCAIS EM DUPLICIDADE. Infração 4; **e)** IMPOSTO APROPRIADO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. Infração 5; **f)** DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIOR NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infração 6. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a)** OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Infração 7; **b)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração 8. 3. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. **a)** DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O INFORMADO NOS LIVROS FISCAIS OU DECLARAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. Infração 9. **b)** APLICAÇÃO DE ALÍQUOTAS DIVERSAS. SAÍDAS DE MERCADORIAS. Infração 10. **c)** VENDAS DE MERCADORIAS A NÃO CONTRIBUINTES DO IMPOSTO LOCALIZADOS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL. Infração 11. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração 12. Acolhidas as arguições de decadência dos créditos tributários das infrações 04, 09, 10, 11 e 12, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, em relação aos fatos geradores ocorridos até 30 de junho de 2015. 4. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. ENTRADAS DE MERCADORIAS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL. Infração 13. Item mantido integralmente. A arguição de decadência de parte dos créditos tributários lançados no item 13 da autuação não foram acolhidas. Obrigação acessória. Inexistência de ato de lançamento e pagamento a ser homologado pela autoridade fiscal. Inaplicabilidade das disposições do art. 150, § 4º do CTN. Rejeitadas as preliminares de nulidades suscitadas na peça de defesa. Mantidas no mérito as demais cobranças. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 10/06/2020, para exigir ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor principal de R\$204.414,89, contendo as seguintes imputações fiscais:

Infração 01 – 01.02.02 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Ocorrência verificada nos meses de jan, mar, abr, mai, jun, jul, set. e dez. de 2016. Valor exigido: R\$5.100,31. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 01.02.06 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária. Ocorrência verificada nos meses mar, abr, mai, jun. e jul. de 2016. Valor exigido: R\$1.028,83. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – 01.02.11 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos. Ocorrência verificada nos meses de ago. e out. de 2015. Valor exigido: R\$7.529,18. Multa de 100%, prevista no art. 42, inc. IV, letra “j” da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 – 01.01.20 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade. Ocorrência verificada nos meses de jun, set, out, nov. e dez. de 2015 e jul. de 2016. Valor exigido: R\$21.176,86. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 – 01.02.40 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado em documentos fiscais. Ocorrência verificada no mês de jan. de 2016. Valor exigido: R\$ 2.499,99. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 – 01.02.41 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais. Ocorrência verificada nos meses de jul, set, out e nov. de 2015. Valor exigido: R\$1.502,58. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 07 – 02.01.02 – Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Ocorrência verificada nos meses de ago. e out. de 2015 e fev. e jun. de 2016. Valor exigido: R\$68.490,27. Multa de 100%, prevista no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96.

Infração 08 – 02.01.17 – Operação com mercadorias tributadas, caracterizada como não tributadas. Ocorrência verificada no mês de nov. de 2015. Valor exigido: R\$212,50. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f” da Lei nº 7.014/96.

Infração 09 – 03.01.04 – O contribuinte recolheu a menor ICMS em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos. Ocorrência verificada nos meses de fev. de 2015 e mar. de 2016. Valor exigido: R\$2.984,16. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “b” da Lei nº 7.014/96.

Infração 10 – 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Ocorrência verificada no mês de fev. de 2015. Valor exigido: R\$2.075,96. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 11 – 03.02.07 – Recolheu a menor do ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual. Ocorrência verificada nos meses de fev. e abr. de 2015. Valor exigido: R\$2.075,96. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 12 – 06.02.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação destinada a consumo do estabelecimento. Ocorrência verificada nos meses de jan. a dez. de 2015, mar, jun, ago, set, out. e dez. de 2016. Valor exigido: R\$66.812,89. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f” da Lei nº 7.014/96.

Infração 13 – 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Descumprimento de obrigação acessória. Ocorrência verificada nos meses de jan. a dez. de 2015 e jan. a jul. de 2016. Valor da multa (1%) exigida: R\$24.296,64, prevista no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do lançamento em 07/07/2020, através dos Correios, AR (aviso de recebimento) juntado aos autos à fl. 15.

Ingressou com defesa administrativa protocolada em 28/08/2020, em petição juntada a este PAF, às fls. 17 a 28, subscrita por advogado, devidamente habilitado a atuar no processo através da procuraçāo de fl. 32. Assinou a inicial defensiva o advogado João Chagas Rebouças, OAB/Ba nº 23.775.

Após fazer uma síntese das acusações fiscais e ressaltar a tempestividade da medida impugnatória ao presente lançamento, o contribuinte, em razões preliminares, suscitou a nulidade da intimação do Auto de Infração, ao argumento de que a correspondência foi entregue na residência de um dos sócios da Impugnante, procedimento que, segundo a defesa, não encontra lastro no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Transcreveu as disposições dos arts. 108 e 109 do RPAF/99 para afirmar ser cediço que a pessoa do sócio e da empresa não se confundem, além de possuírem personalidades jurídicas diversas. Afirmou, na sequência, que o sócio a quem a intimação foi dirigida não possuía poderes para receber notificações e intimações em nome da pessoa jurídica. Entende que mormente a inteireza do prazo de 60 (sessenta) dias para a apresentação da impugnação, presume prejudicado o ato de comunicação processual ora atacado. Portanto, para a impugnante, a intimação feita no endereço residencial do sócio da empresa, procedimento que não dispõe de previsão no RPAF, foi realizada em desconformidade com as normas processuais vigentes, inclusive resultado em conhecimento não imediato de seu teor pelo contribuinte autuado, resultando em prejuízo para o exercício do direito de defesa.

Em razões preliminares o contribuinte suscita a nulidade da autuação se valendo do argumento de que nada foi informado na peça acusatória acerca dos acréscimos moratórios cobrados. Diante dessa evidência e após transcrever as disposições do art. 39 e 51 do RPAF/99, sustenta a defesa que o A.I. em lide apresenta vício intransponível de nulidade, na medida em que lhe faltam informações indispensáveis para o conhecimento da integralidade do débito apurado na ação fiscal, especialmente a legalidade da cobrança relativa aos acréscimos moratórios, resultando, também, em prejuízo para o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Ainda no campo das nulidades, a defesa fez referência à multa prevista no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96, para afirmar que a autoridade fiscal não enquadrou objetivamente a infração cometida, na medida em que, de maneira genérica, citou os arts. 217 e 249, do RICMS/Ba, sem pormenorizar os fatos relacionados com os parágrafos e incisos citados na peça acusatória, mormente que tipo de mercadoria ou quais documentos ou informações pertinentes à escrita fiscal restaram vulnerados. Frisou que a inexistência de descrição específica do fato que ensejou a aplicação da penalidade impossibilita a confirmação da infração, prejudicando a impugnante em demonstrar eventual equívoco da autoridade fiscal. Sendo assim, diante da ausência de tais elementos no corpo do A.I. a defesa sustenta, também neste item, a nulidade do lançamento da multa por comprometimento do direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa, dificultando a produção da contraprova.

Ao ingressar nas razões de mérito o contribuinte formula pedido para que seja reconhecida a decadência de parte dos créditos tributários lançados através do presente Auto de Infração. Ressalta de início ser o ICMS tributo lançado por homologação, no qual o contribuinte a partir das suas operações de circulação de mercadorias, emite notas fiscais, discrimina o tributo devido e efetua o pagamento das guias de recolhimentos. Por sua vez, o Fisco dispõe, nos termos da legislação vigente, do prazo decadencial de 05 (cinco) anos, contados a partir do fato gerador, para efetivar a homologação dos pagamentos. Transcorrido *in albis* o quinquênio decadencial, implica na homologação tácita do lançamento efetuado pelo contribuinte, perdendo o fisco o

direito a eventuais diferenças, vindo a reboque a perda ao direito de efetuar o lançamento fiscal, conforme previsto no art. 156, VII do CTN.

No caso concreto, a defendente afirma que os lançamentos referentes aos fatos geradores ocorridos até o dia 30 dos meses de janeiro a junho de 2015, estão homologados tacitamente, visto que o Auto de Infração guerreado foi lavrado apenas em 10/06/2020, com ciência ao contribuinte somente em julho de 2020, tendo, portanto, expirado o prazo quinquenal e decaído o direito do fisco de efetuar o lançamento em questão. Fundamenta a sua pretensão nas disposições do art. 150, § 4º e art. 156, VII do CTN, normas cujo teor transcreveu na inicial defensiva.

Nessa linha de entendimento fez referência na peça impugnatória a trechos de decisões originárias do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e deste CONSEF, através de suas Câmaras, estas últimas inclusive com apoio em entendimento firmado pela Procuradoria do Estado da Bahia, cujos conteúdos foram reproduzidos às fls. 25 e 26 dos autos.

Pede que seja decretada a decadência dos créditos tributários anteriores a julho de 2015, com base nas disposições dos artigos do CTN já citados, devendo ser afastada no caso concreto a hipótese de contagem do prazo decadencial prevista no art. 173, I também do CTN.

Ainda no mérito, a defesa declarou que caso seja ultrapassada a nulidade anteriormente suscitada nas razões preliminares da defesa, o contribuinte, ante o princípio da eventualidade requer que o lançamento da multa imposta seja afastado em razão do não cometimento dessa infração.

Reitera, na parte final, da peça defensiva, os requerimentos de nulidade do Auto de Infração, inclusive da Infração 13 e no mérito da IMPROCEDÊNCIA PARCIAL lançamento com reconhecimento da decadência dos créditos tributários relacionados aos fatos geradores dos meses de janeiro a junho de 2015 e também a improcedência da multa que integra o item 13 da peça acusatória.

Prestada a INFORMAÇÃO FISCAL pelo autuante em 31 de agosto de 2020, peça processual anexada às fls. 66 a 69 do presente PAF.

Relata a Autoridade Fiscal que à página 19 do processo o contribuinte afirmou que “**a Impugnante, além de não ter sido regularmente intimada conforme será abaixo narrado, tomou conhecimento do referido AIIM em julho do ano corrente**”.

Fez as seguintes observações a seguir descritas: se a afirmação inicial de não ter sido regularmente intimada refere-se ao início da fiscalização, faz-se necessário informar que a empresa foi devidamente e regularmente intimada conforme consta intimação nas páginas 11 e 52 deste processo. Consta à página 52, cópia da intimação anexada pelo próprio contribuinte. A intimação feita através do Domicílio Tributário eletrônico (DT-e) foi encaminhada em 30/03/2020, tendo o contribuinte dado ciência em 06/04/2020, na mesma data de sua leitura, conforme consta dos termos anexados às páginas indicadas anteriormente (11 e 52). Destacou em seguida que de acordo com as disposições do artigo 108 do Regulamento do Processo administrativo Fiscal - RPAF) - Decreto nº 7.629/1999 – tem-se que:

*Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.
(...)*

§ 3º A comunicação por meio do DT-e será considerada recebida numa das seguintes datas, a que ocorrer primeiro:

I - no dia em que a pessoa jurídica efetivar a consulta ao teor da comunicação no domicílio tributário eletrônico, na hipótese de a consulta ocorrer em dia útil;

Disse ainda o autuante que no que tange à tomada de conhecimento pelo contribuinte do Auto de Infração, frisando em primeiro lugar, que ainda que não esteja regulamentado este procedimento de envio de intimação para o sócio da empresa, o caso envolveu um sujeito passivo em que

desde o início da fiscalização foi mantido contato entre a auditoria e as pessoas que de alguma forma se relacionam com a empresa, incluindo o nobre advogado que assinou a defesa (doc. pág. p.57), conforme e-mails anexados a esta informação fiscal, páginas 54 a 60.

Além dos levantamentos enviados durante a fiscalização, no dia 12/06/2020, o autuante informa que enviou para uma das pessoas que atuaram durante a fiscalização, cópia do rascunho do auto, antes mesmo de ser lavrado definitivamente. Mas este procedimento não eliminou a necessidade de cumprimento das formalidades legais conforme previsto no RPAF-BA.

Formalmente, em relação à ciência do Auto de Infração, destacou que no dia 26/06/2020, a Sefaz, através de sua unidade localizada em Feira de Santana, encaminhou através de Aviso de Recebimento (AR) duas correspondências: uma para a empresa e outra para o sócio Sr. João Paulo P. Hannequim Dantas, que consta no cadastro da Sefaz como membro sócio da empresa. A correspondência enviada para a empresa foi devolvida pelos Correios enquanto a enviada para o sócio mencionado acima foi entregue e recebida no dia 07/07/2020.

Pontuou na sequência que o Regulamento que regula os processos de intimação e fiscalização apresenta as seguintes disposições:

Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

(...)

III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;

()

Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

Art. 109. Considera-se efetivada a intimação:

a) tratando-se de correspondência com “Aviso de Recebimento” (AR), na data de entrega consignada no AR;

Neste aspecto, a intimação através de AR está prevista no Regulamento, da mesma forma que a ciência através do sócio também está prevista no inciso III do artigo 26. Além disso, a ciência se dá na data de entrega do AR, conforme artigo 109, letra “a” do RPAF/99.

No que se refere à afirmação defensiva de que o sócio a quem foi destinado o Auto de Infração, não possuía legitimidade para praticar este ato, declarou o autuante que de acordo com as informações existentes no cadastro da Sefaz-Ba, o sócio João Paulo Pereira Hannequim Dantas, além de possuir a maior quantidade de cotas da empresa (470.000 do total de 1.000.000), também consta como membro responsável pela Administração da empresa, conforme consta às páginas 35 e 37 dos autos. No contrato social consta a lista de ações que os sócios responsáveis pela administração podem realizar. Ressalvou, entretanto, que o artigo 26, inciso III, destaca que a intimação será apresentada “ao contribuinte, seu preposto ou responsável”. Neste sentido, a formalidade prevista no RPAF foi devidamente cumprida na forma como o contribuinte foi cientificado do andamento e finalização da fiscalização e do posterior Auto de Infração.

Quanto aos “acréscimos moratórios” destacou, na peça informativa, que os valores dessa parcela não são determinados pela fiscalização, uma vez que eles estão devidamente descritos na Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, no artigo 102, e na Lei 7.014 de 04 de dezembro de 1996, artigo 51, que reproduziu o texto do artigo 102 da Lei 3.956 de 11 de dezembro de 1981.

Fazendo referência ao art. 39 do RPAF, o autuante afirmou que a partir de uma análise detida do Auto de Infração é possível se identificar a tipificação da exigência fiscal, incluindo os fatos geradores e as multas aplicadas em cada situação, bem como o enquadramento da exigência relativa à obrigação acessória que se refere especificamente a infração 13 – 16.01.01. Além disso, foi entregue ao contribuinte CD (mídia digital) contendo todas as planilhas com cada item apurado na peça de lançamento. Para além das formalidades adotadas pelo autuante, os e-mails

anexados a este processo nas páginas 54 a 60 permitem perceber quais infrações estavam sendo discutidas, sendo que em alguns casos, foi dito pelos representantes da empresa que reconheciam “... *algumas das infrações cometidas*” (p. 54, 55, 56, 58 – destacadas em amarelo).

Portanto, para o autuante, neste item, não há que se falar em nulidade ou irregularidade cometida pelo preposto fiscal.

No que se refere à nulidade da autuação no tocante à multa exigida no item 13 do auto de infração, prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/96, afirmou que essa exigência fiscal apresentou a seguinte descrição: ***Infração 13 – 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço (s) sujeitos (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.***

Contestando as alegações defensivas declarou que não há outra forma de dizer o que está dito no texto da infração: “*Deu entrada de mercadoria sem registrar na escrita fiscal*”. Trata-se apenas da obrigação acessória de registrar na escrita fiscal todas as entradas de mercadorias, bens ou serviços. Além disso, o artigo 42, descrito no auto de Infração, assim expressa:

IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;

Sendo assim, trata-se apenas do que está aí descrito. Além disso, afirmou que poderia ser incluída nessa informação o trecho de um dos e-mails trocados durante a fiscalização, quando o preposto da empresa escreveu, em 05/06/2020, respondendo ao item deste auto de infração (página 56), nos seguintes termos:

Notas de Entrada não lançadas. A NF 3623 foi anulada pela NF 4210, ou seja, o próprio fornecedor emitiu NF anulando a operação. Portanto desse levantamento deve ser reduzido o valor da multa em R\$750,00, que representa 1% do valor de R\$750.000,00. As duas notas seguem em anexo.

Declarou o autuante ao final, em tom de reforço da inexistência da nulidade apontada na inicial, que a autuação feita na infração 13 está devidamente descrita, não procedendo, portanto, o vício de invalidade do lançamento suscitada na peça de defesa.

No tocante ao mérito, em que a defesa abordou a questão da decadência dos créditos cobrados entre 01/01/2015 e 30/06/2015, afirmou que a partir de uma análise feita no histórico do contribuinte, pode verificar que há uma continuidade da prática de não recolhimento dos impostos, sendo parte deles cobrados sempre através de processos de autuação (Autos de Infração ou Notificações fiscais), conforme histórico de sistemas da Sefaz anexados a este PAF (páginas 63 a 65). Sendo assim, diante da recomendação constante no **Incidente de Uniformização n° PGE 2016.194710-0**, constante do Ofício Gab. PROFIS/PGE nº 42/2016 (páginas 61 e 62), que descreve as situações nas quais não se deve cobrar tributos em função dos prazos de decadência, considera manter o total da autuação em todos os meses constantes no presente Auto de Infração, sem quaisquer reduções de valores. Pede, em decorrência, que o ato de lançamento em exame seja julgado TOTALMENTE PROCEDENTE.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 13 (treze) imputações fiscais, cujas descrições e enquadramento legais se encontram detalhadamente expostos no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Na peça de defesa, o contribuinte suscitou nulidades do presente ato de lançamento tributário, apresentando os seguintes argumentos:

- **primeira nulidade:** intimação dirigida ao sócio da empresa, no respectivo endereço, procedimento que segundo a defesa, não encontra lastro no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF (Decreto nº 7.629/99), além do fato do ato de comunicação do feito

ter sido dirigido à pessoa que não possuía legitimidade para receber notificações e intimações em nome da pessoa jurídica, resultando em prejuízo para o exercício do direito de defesa;

- **segunda nulidade:** inexistência na peça, de lançamento de informações relacionadas aos acréscimos moratórios cobrados, especialmente no que se refere à legalidade dessas parcelas, em prejuízo também do exercício do contraditório e da ampla defesa;

- **terceira nulidade:** falta de enquadramento objetivo da multa, prevista no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96, com a citação genérica das disposições dos arts. 217 e 249 do RICMS/Ba, sem o detalhamento dos fatos, do tipo de mercadoria, documentos e demais informações pertinentes à escrita fiscal do contribuinte.

Nas **razões de mérito**, o autuado arguiu a decadência dos créditos tributários relacionados aos fatos geradores anteriores a julho de 2015, visto que o Auto de Infração em lide, foi lavrado no dia 10/06/2020, com ciência ao sujeito passivo somente em julho/2020, mais precisamente no dia 07/07/20, através da via postal, com Aviso de Recebimento (A.R.) – doc. fl. 15. Ainda no tocante ao mérito, o contribuinte pede que caso sejam ultrapassadas as nulidades suscitadas na inicial, que o órgão de julgamento afaste a multa imposta no Auto de Infração, por descumprimento de obrigação acessória, contida no item 13 da peça de lançamento. Requer ao final que este CONSEF julgue PROCEDENTE EM PARTE o presente Auto de Infração.

Cumpre, inicialmente, enfrentar as questões relacionadas aos vícios processuais apontadas pela defendant, com os correspondentes pedidos de nulidade do procedimento fiscal.

No que se refere à intimação dirigida ao sócio da empresa, o sr. João Paulo P. Hannequim Dantas, no seu respectivo endereço residencial, verifico, inicialmente, que a repartição fiscal de origem do processo (INFAZ Centro Norte – Feira de Santana), procedeu à notificação da empresa autuada no seu endereço, pela via postal, na Av. Deputado Luís Eduardo Magalhães, BR 324, Km 10, Bairro Subaé, CEP: 44.079-002, Feira de Santana-Ba, restado frustrada a tentativa, conforme documentados juntados à fl. 14 deste PAF. Na sequência, a Repartição Fiscal de origem deste PAF, enviou a intimação do ato do lançamento tributário no endereço do sócio, acima nominado, situado à Rua Aloísio de Carvalho – 130, aptº. 402, bairro da Vitória, CEP: 40081-300, em Salvador - Ba. Essa intimação se efetivou e o contribuinte apresentou a sua defesa. Importante destacar que o citado sócio figura no contrato social da sociedade empresária na condição de administrador em conjunto com os demais sócios (doc. fls. 34 a 39), tendo o mesmo inclusive firmado o instrumento de procura que conferiu poderes ao advogado para proceder à elaboração da peça de defesa que deu início ao presente processo administrativo (doc. fl. 32). Portanto, a alegação de nulidade apontada na peça impugnatória não se sustenta, acrescentando-se o fato de que o contribuinte, ou seja, a pessoa jurídica, através do sócio João Paulo P. Hannequim Dantas, assistido por advogado, ingressou no processo, de forma espontânea e tempestiva, apresentando a sua defesa administrativa, exercendo o direito de defesa e praticando o contraditório, ato que produziu todos os efeitos jurídicos. Inexistiu, portanto, o víncio de representação do contribuinte ou mesmo o cerceamento ao direito de contestar o lançamento fiscal. Nulidade não acolhida por não estar caracterizado o prejuízo processual suscitado pelo sujeito passivo.

No tocante à alegação de nulidade pela falta de detalhamento das informações relacionadas aos acréscimos moratórios, há que se destacar, de início, que essa parcela, conforme foi observado pela auditoria, não é determinada pela fiscalização, uma vez que os valores percentuais da mora estão inseridos na Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, no artigo 102, e na Lei 7.104, de 04 de dezembro de 1996, artigo 51, que reproduziu o texto do artigo 102 da Lei 3.956, de 11 de dezembro de 1981. Trata-se, portanto, de uma situação típica de aplicação da lei de ofício pela autoridade administrativa, estando os valores relativos a esses acréscimos consignados no Demonstrativo de Débito do Auto de Infração (fls. 7/10), cópia entregue ao contribuinte. Inexistência, também neste caso, de prejuízo para os exercícios dos direitos de defesa e do contraditório. Arguição de nulidade igualmente não acolhida por este órgão julgador.

Por fim, ainda no campo das nulidades articuladas na peça impugnatória, resta examinar o argumento defensivo no tocante à penalidade lançada no item 13 do Auto de Infração, correspondente a 1% (um por cento) do valor das entradas de mercadorias, bens e serviços no estabelecimento empresarial, sem o devido registro na escrita fiscal. A referida arguição de nulidade processual também não se sustenta, visto que o descriptivo da infração foi claro e preciso, com o devido enquadramento da penalidade nas disposições do art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96, merecendo ser destacado ainda que a menção à indicação dos dispositivos regulamentares (arts. 217 e 249 do RICMS/Ba), equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando em nulidade o erro da indicação, desde que pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal, conforme prescreve o art. 19 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Mais uma alegação de nulidade não acolhida por este órgão julgador.

Passemos doravante a examinar as questões de mérito, começando pelas arguições de decadência de parte dos créditos tributários lançados. Inicialmente, analisaremos o pedido de extinção de parte dos créditos tributários para as infrações relacionadas a descumprimento de obrigação principal, ou seja, em que houve recolhimento a menor e falta de recolhimento do imposto relacionado a operações que foram efetivamente declaradas e escrituradas pelo sujeito passivo. Nessa situação se encontram as infrações 04, 09, 10, 11 e 12.

Eis o teor da norma de decadência que foi citada pela defesa, para os tributos lançados por homologação, entre eles o ICMS, cujas prescrições estão contidas no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN):

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 à homologação, será de 5 (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.

As controvérsias relacionadas ao tema da decadência no ICMS, encontram-se hoje pacificadas através do Incidente de Uniformização nº 2016.194710, firmado pela Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS). Estabeleceu-se o entendimento aplicável aos julgamentos submetidos à apreciação do Conselho Estadual da Fazenda do Estado da Bahia (CONSEF) de que conta-se prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Na vigência das normas revogadas do COTEB (Código Tributário do Estado da Bahia – Lei nº 3.956/81), a contagem do prazo decadencial era unificada, sendo considerado como “*dies a quo*” para qualquer situação, independentemente da conduta do contribuinte:

I – o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento administrativo poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornasse definitiva a decisão anulatória, por vício formal, de lançamento administrativo anteriormente efetuado.

Essa matéria, no Supremo Tribunal Federal (STF), foi objeto da edição da Súmula Vinculante (SV) nº 08, de 12 de junho de 2008. A Corte Superior, ao expor as razões que serviram de embasamento para a edição da citada Súmula, fez menção aos RE's (Recursos Extraordinários) 560.626-1, 556.664-1 e 559.943-4, sinalizando que tanto sob a égide da Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, III, “b”, da CF de 1988), a prescrição e a

decadência só poderiam ser disciplinadas por LEI COMPLEMENTAR, de âmbito nacional, por serem institutos gerais de direito tributário. Para o STF, somente o CTN (Código Tributário Nacional), poderia prever prazos prescricionais e decadenciais em torno da matéria tributária, visto que, regulação normativa distinta por cada ente da federação, implicaria em ofensa a diversos princípios, entre eles a isonomia e a segurança jurídica.

Destaco, que as razões ou fundamentos de decidir que conduziram à edição da SV/STF nº 08, não integraram o verbete sumular que se ateve à inconstitucionalidade de dispositivos de normas federais que tratavam de decadência e de prescrição de contribuições previdenciárias. Eis o teor da Súmula: “**São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Dec-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212, que tratam da prescrição e da decadência de crédito tributário**”. Todavia, foi indicado, com bastante precisão, o entendimento do plenário do STF a respeito do tema da decadência tributária, afastando-se a tese da possibilidade de regulação desse instituto do direito em legislação firmada por cada ente da Federação.

Em sintonia com os posicionamentos acima alinhavados, especialmente nas hipóteses de pagamento parcial de tributos lançados por homologação, foram proferidas decisões originárias do Tribunal de Justiça da Bahia, a exemplo da Apelação nº 0510938-28.2013.8.05.0001 – Rel. Des. Des. Lidivaldo Reaiche Raimundo Britto e Agravo Regimental nº 0566887-03.2014.8.05.0001/50000 - Rel. Des. Mauricio Kertzman Szporer. No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no AgRg no REsp (Agravo Regimental no Recurso Especial) nº 1532105 -RR – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho (data do julgamento: 15/03/2016) e no AgRg no REsp nº 131802015- RS – Rel. Min. Benedito Gonçalves (data do julgamento: 15/08/2013).

Diante desse quadro, e antes da publicação do Incidente de Uniformização nº 2016.19471-0, diversas DILIGÊNCIAS em processos que versaram sobre esta matéria foram encaminhadas para a PGE/PROFIS, para que essa temática da decadência fosse reanalisada à luz da novel jurisprudência dos tribunais superiores.

A PGE/PROFIS ressaltou em seus Pareceres Jurídicos, que vieram a ser posteriormente consolidados no Incidente de Uniformização nº 2016.19471-0, a inafastabilidade do entendimento consagrado na Súmula Vinculante nº 8 do STF, no sentido de que as regras concernentes à decadência e prescrição, se encontravam reservadas pela C.F./88 à regulação por lei complementar, não havendo possibilidade de êxito de tese contrária na esfera judicial, vinculada à aplicação de normas previstas na legislação estadual. Esboçou na parte final da peça produzida pela PGE as seguintes conclusões:

- *a exemplo do que fez o próprio STF quando da edição da Súmula Vinculante (SV) nº 08, seria pertinente a aplicação da técnica da modulação de efeitos dos atos de interpretação voltados ao reconhecimento da decadência, de forma que a Administração judicante poderia decidir pela invalidação dos autos de infração que aplicassem o prazo previsto pelo art. 107-B, § 5º, do COTEB, se lavrados em data posterior à pacificação do entendimento do STF, ou seja, após a edição da SV nº 8, em 12 de junho de 2008;*
- *ao reconhecer a mudança de orientação jurisprudencial com o fim de atender o interesse público primário no sentido de evitar a litigiosidade do Estado e a ocorrência de sucumbências judiciais desnecessárias o Parecer sugere que seja reconhecida a decadência de constituir o crédito tributário apenas quanto aos lançamentos lavrados após a consolidação da dessa mudança de entendimento, ou seja, somente em relação aos autos de infração lavrados em data posterior a 12 de junho de 2008;*
- *Assim, aplicando a orientação fixada pela SV nº 08 do STF foi sugerido no Parecer da PGE a dispensa de intervenções judiciais pelos Procuradores do Estado observados os seguintes critérios, abaixo reproduzidos:*
- i) *com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e não pago ou simplesmente ausência de declaração e pagamento (omissão de operação ou prestação de serviços tributáveis), deve ser aplicada a regra do art. 173, inciso I, do CTN e do art. 107-B, § 5º do COTEB (prazo decadencial contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte à*

ocorrência do fato gerador);

- ii) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de dolo, fraude ou simulação quanto a débito declarado e pago, integral ou parcialmente, deve ser aplicada a regra do art. 150, § 4º, c/c art. 173, inciso I e parágrafo único, do CTN (prazo decadencial contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte à expedição de ato declarando a existência de dolo, fraude ou simulação ou da notificação ao sujeito passivo de medida preparatória para constituir o fato jurídico dolo, fraude ou simulação);*
- iii) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de dolo, fraude ou simulação quanto a débito declarado e pago, integral ou parcialmente, e, havendo notificação do sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento, deve ser aplicada a regra do art. 150, § 4º, c/c 173, parágrafo único do CTN (prazo decadencial contado a partir do recebimento da notificação pelo sujeito passivo);*
- iv) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e pago, integral ou parcialmente, **em data anterior a 12 de junho de 2008**, deve ser aplicada a regra do art. 107-B, § 5º do COTEB;*
- v) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e pago, integral ou parcialmente, **em data posterior a 12 de junho de 2008**, deve ser aplicada a regra do art. 150, § 4º, do CTN.*

Fixadas as premissas teóricas acima expostas, observo que parte das cobranças que integram as infrações 04, 09, 10, 11 e 12 deste lançamento de ofício, alcançam meses anteriores a julho de 2015. Essas cobranças estão relacionadas às seguintes imputações: a) **Infração 04** - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade – **ocorrência de 30/06/2015 – exclusão do valor de R\$648,05**; b) **Infração 09** – O contribuinte recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos magnéticos – **ocorrência de 28/02/2015 – exclusão do valor de R\$2.854,15**; c) **Infração 10** – Recolheu a menor ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas – **ocorrência de 28/02/2015 – exclusão do valor total desse item da autuação no importe de R\$2.075,96**; d) **Infração 11** – Recolheu a menor ICMS em razão de venda de mercadoria a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual – **Ocorrências de 28/02/2015 e 30/04/2015 – exclusão do valor total desse item da autuação no importe de R\$704,72**; e) **Infração 12** – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento – **Ocorrências verificadas entre 31/01/2015 a 30/06/2015 – exclusão do valor parcial deste item no importe correspondente a soma dos meses atingidos pela decadência – R\$26.429,31**.

Acolho a arguição de decadência em relação aos fatos geradores que compõem as **infrações 04, 09, 10, 11 e 12**, em relação aos fatos geradores ocorridos até 30 de junho de 2015, conforme detalhamento de datas de ocorrência dos fatos geradores e valores apresentados acima.

No que se refere ao descumprimento da obrigação acessória, que faz parte do item 13 do Auto de Infração, com a acusação de entrada de mercadorias, bens e serviços no estabelecimento empresarial, sujeitos à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, a alegação de decadência não pode ser acolhida. Isto porque o art. 150, § 4º do CTN, não se aplica às hipóteses de descumprimento de obrigações acessórias, já que o indigitado dispositivo legal complementar faz expressa referência à homologação do lançamento e pagamento. Tratando-se de obrigação de fazer, envolvendo a falta de registro de documentos fiscais na escrita fiscal, está configurada a conduta omissiva do contribuinte, portanto, não está e não pode ser objeto de homologação pela Administração Tributária. Nas situações de aplicação de multas por descumprimento de obrigações acessórias não existe ato de pagamento do contribuinte a ser homologado, de forma que, para essa situação, deve incidir as disposições do art. 173, I do CTN, e as multas a serem

cobradas são exigidas mediante lançamento de ofício. Eis o teor da norma relativa à decadência a ser aplicada nas hipóteses de não cumprimento das obrigações instrumentais ou acessórias:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

No caso em exame, dispunha o Estado, na forma do art. 173, inc. I do CTN, de prazo para o lançamento até 31/12/2020. Considerando que o A.I. em lide foi objeto de ciência ao contribuinte em 07/07/2020, momento em que se completou todo o ciclo de formação do ato administrativo, rejeito o pedido defensivo de decretação da decadência para a infração 13.

Ainda no que se refere ao mérito da Infração 13, não logrou o contribuinte, em comprovar ter efetuado o registro, no todo ou em parte, das notas fiscais de aquisição que integram esta exigência fiscal, de forma que a penalidade lançada dever ser mantida sem alteração, por inexistir fato que modifique os valores apurados na ação fiscal, ou mesmo atenuem a conduta omissiva do sujeito passivo. Importante consignar, também, que a escrituração das notas fiscais de entrada é obrigação relevante para a Administração Tributária desenvolver as atividades de fiscalização através da aplicação dos roteiros de auditoria fiscal que se vale das informações registradas pelas empresas nas suas respectivas escritas fiscais, com destaque para a auditoria de contagem física dos estoques, que na Bahia tem os procedimentos regulados pelas disposições da Portaria nº 445/1998.

Ante o acima exposto, julgo o Auto de Infração PARCIALMENTE PROCEDENTE, com a redução de valores das infrações 04, 09 e 12, e a exclusão total das cobranças dos itens 10 e 11. As demais infrações ficam mantidas sem alteração de valores. Em decorrência, o Demonstrativo de Débito do Auto de Infração passa a ter a composição abaixo reproduzida, por período mensal, em relação às infrações que sofreram redução de valores:

INFRAÇÃO 4

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Val. Histórico	Val. Julgado
01.02.20	4	30/06/2015	09/07/2015	648,05	0,00
01.02.20	4	31/07/2016	09/08/2016	5.984,40	5.984,40
01.02.20	4	30/09/2015	09/10/2015	3.145,80	3.145,80
01.02.20	4	31/10/2015	09/11/2015	1.577,88	1.577,88
01.02.20	4	30/11/2015	09/12/2015	6.835,10	6.835,10
01.02.20	4	31/12/2015	09/01/2016	2.985,63	2.985,63
				21.176,86	20.528,81

INFRAÇÃO 9

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Val. Histórico	Val. Julgado
03.01.04	6	28/02/2015	09/03/2015	2.854,15	0,00
03.01.04	6	31/03/2016	09/04/2016	130,01	130,01
				2.984,16	130,01

INFRAÇÃO 12

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	Val. Histórico	Val. Julgado
06.02.01	9	31/01/2015	09/02/2015	10.754,04	0,00
06.02.01	9	28/02/2015	09/03/2015	1.394,03	0,00
06.02.01	9	31/03/2015	09/04/2015	1.099,00	0,00
06.02.01	9	30/04/2015	09/05/2015	385,36	0,00
06.02.01	9	31/05/2015	09/06/2015	11.745,37	0,00
06.02.01	9	30/06/2015	09/07/2015	1.051,51	0,00
06.02.01	9	31/07/2015	09/08/2015	4.379,63	4.379,63
06.02.01	9	31/08/2015	09/09/2015	4.952,40	4.952,40
06.02.01	9	30/09/2015	09/10/2015	3.453,43	3.453,43
06.02.01	9	31/10/2015	09/11/2015	1.380,88	1.380,88
06.02.01	9	30/11/2015	09/12/2015	9.394,56	9.394,56
06.02.01	9	31/12/2015	09/01/2016	2.947,85	2.947,85
06.02.01	9	30/06/2016	09/07/2016	10.146,68	10.146,68
06.02.01	9	31/07/2016	09/08/2016	40,55	40,55

06.02.01	9	31/08/2016	09/09/2016	2.049,24	2.049,24
06.02.01	9	30/09/2016	09/10/2016	878,38	878,38
06.02.01	9	31/10/2016	09/11/2016	692,35	692,35
06.02.01	9	31/12/2016	09/01/2017	67,63	67,63
				66.812,89	40.383,58

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279733.0009/20-4**, lavrado contra **JFM INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o contribuinte, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$147.406,06**, acrescido das multas de 60% sobre R\$71.386,61, e de 100% sobre R\$76.019,45, previstas no art. 42, inc. II, letras “b”, e “f; inc. III; inc. IV, letra “j”; e, inc. VII, letra “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$24.296,64**, prevista no art. 42, inc. IX do mesmo diploma legal, valores que serão acrescidos dos demais consectários legais (juros moratórios e atualização monetária).

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE / RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR