

PROCESSO - A. I. Nº 232185.0028/19-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ROSÁRIO RESTAURANTE E LANCHONETE LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0178-01/20-VD
ORIGEM - INFAZ SERTÃO PRODUTIVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/08/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0172-11/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infração subsistente. 2. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO A MENOR. DESENCONTRO ENTRE O RECOLHIDO E O ESCRITURADO Infração caracterizada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR. Infração não elidida. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO; **b)** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. A exigência da antecipação parcial decorre de preceito legal. Infrações subsistentes. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício interposto em razão do Acórdão 1ª JJF Nº 0178-01/20-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/09/2019, para reclamar créditos tributários no valor histórico de R\$245.556,89, em decorrência de seis infrações distintas, sendo objeto do presente recurso as infrações 01, 02, 03, 04 e 05, descritas a seguir.

Infração 01 – 01.02.40: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, no valor de R\$4.411,56, mais multa de 60%, referente aos meses de janeiro a julho e novembro de 2014; março a junho, novembro e dezembro de 2015.

Enquadramento Legal: art. 29 e art. 31, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 309, §6º do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 03.01.01: Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, no valor de R\$62.865,22, mais multa de 60%, referente aos meses de fevereiro, e maio a julho de 2014.

Enquadramento Legal: artigos 24 a 26, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 305, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa prevista no art. 42, II, “b”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 - 07.01.02: Efetuou o recolhimento a menor 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, no valor de R\$74.171,16, mais multa de 60%, nos meses de fevereiro, abril, junho, julho, setembro e dezembro de 2014; janeiro e maio a dezembro de 2015; janeiro a dezembro de 2016.

Enquadramento legal: art. 8º, II e §3º, do art. 23, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 289, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 – 07.15.01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, no valor de R\$14.679,91, mais multa de 60%, nos meses de maio e outubro de 2014.

Enquadramento Legal: art. 12-A, da Lei nº 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 – 07.15.02: Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias

provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, no valor de R\$88.394,51, mais multa de 60%, nos meses de janeiro a abril, julho, agosto, e novembro de 2014; fevereiro a julho e outubro a dezembro de 2015; janeiro e abril a dezembro de 2016.

Enquadramento Legal: art. 12-A, da Lei nº 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

...

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 19/11/2020 (fls. 196 a 200) e decidiu pela Procedência Parcial do presente lançamento, em decisão unânime. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO:

Inicialmente, verifico que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e as multas aplicadas relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Foram observados, portanto, todos os requisitos previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Dessa forma, o Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99, já acima citado, pelo que passo à análise do mérito, como se segue.

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário, relativo ao cometimento de seis infrações, já descritas nos autos.

Preliminarmente, o autuado suscitou a decadência para os fatos ocorridos até outubro de 2014, alegando que foi cientificado da autuação 05/11/2019, e que como houve a declaração das operações, só não ocorrendo os recolhimentos da forma “correta”, deve ser observada a regra do art. 150, § 4º do CTN.

Sobre essa questão, a PROCURADORIA ESTADUAL, através do Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, firmou entendimento de que conta-se o 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 e prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento do imposto em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

No caso concreto, em relação às infrações 02, 03 e 05, nos encontramos frente a lançamento de ofício corretivo dos atos de apuração e pagamentos realizados pelo contribuinte em montante menor que o devido. Nas infrações 01 e 04, verifica-se também que o autuado declara a ocorrência do fato gerador. Portanto, as situações contidas nas infrações mencionadas se enquadram perfeitamente na regra contida no § 4º, do art. 150 do CTN, ou seja, trata-se de hipótese de lançamento por homologação que somente ocorre nos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de “antecipar” o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sujeitando-se a posterior homologação, expressa ou tácita, por aquela autoridade. Nessas circunstâncias, a contagem do prazo decadencial tem início a partir da data de ocorrência dos correspondentes fatos geradores.

Considerando que o ato de lançamento, formalizado através do presente Auto de Infração, se tornou perfeito e acabado com a ciência do contribuinte, verificada em 05/11/2019, os fatos geradores anteriores, ocorridos de janeiro a outubro de 2014, foram atingidos pela decadência, de forma que os créditos tributários reclamados nesse período ficam extintos, incidindo a regra do art. 156, inc. V do CTN, que apresenta o seguinte teor:

Art. 156 – Extinguem o crédito tributário:

(...)

V – a prescrição e a decadência.

No que tange à infração 06, trata-se de um descumprimento de obrigação acessória, onde o sujeito passivo deu entrada no estabelecimento, de mercadorias, sem o devido registro na escrita fiscal.

Dessa forma, não houve por parte do contribuinte a declaração da ocorrência do fato jurídico tributário, ou seja, não foram atendidas as regras do art. 150, parágrafo 4º do CTN. No caso em tela, conta-se o prazo decadencial do débito fiscal a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e pago, com fundamento no art. 173, inc. I, do CTN.

Tendo em vista que as ocorrências se consumaram nos exercícios de 2014, 2015 e 2016, e a contagem do prazo decadencial se inicia no primeiro dia do mês do exercício seguinte, ou seja, em relação a 2014, inicia-se em 01/01/2015, findando-se em 31/12/2019. Como o presente lançamento fiscal foi efetivado em 05/11/2019, não há que se falar em decadência dos valores exigidos para a infração em comento.

No mérito, não houve contestação propriamente dita por parte do impugnante, que se limitou a requerer a

aplicação exclusivamente do índice SELIC, no que tange à atualização monetária e juros, colacionando ainda algumas decisões de outros tribunais.

Registre-se, que o autuante elaborou levantamento, acostando aos autos planilhas e documentos que demonstram a ocorrência das infrações em exame.

Valendo ressaltar, que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, o que não foi feito.

O art. 142 do mesmo diploma legal, ainda dispõe que, 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.

Por fim, devo expor, em relação à aplicação da taxa SELIC, que não cabe discussão sobre essa questão neste foro administrativo, pois a previsão está determinada na legislação tributária vigente, e decisões de outros tribunais não vinculam o entendimento deste órgão julgador.

Portanto, as infrações subsistem, com exclusão apenas das ocorrências decaídas nas infrações de 01 a 05.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, em função da exclusão dos valores referentes às ocorrências de janeiro a outubro de 2014, para as infrações de 01 a 05, elencadas nos demonstrativos de débito originais às fls. 1 e 2 (frente e verso), por terem sido alcançadas pela decadência, mantendo-se a multa da infração 06 na integralidade, conforme quadro abaixo:

<i>Infração</i>	<i>Julgamento</i>	<i>Valor</i>	<i>Observação</i>
01	Procedente em parte	180,84	Excluídas as ocorrências até 31/07/2014 por terem sido alcançadas pela decadência
02	Improcedente	-	Excluídas as ocorrências até 31/07/2014 por terem sido alcançadas pela decadência
03	Procedente em parte	62.009,25	Excluídas as ocorrências até 30/09/2014 por terem sido alcançadas pela decadência
04	Improcedente	-	Excluídas as ocorrências até 31/10/2014 por terem sido alcançadas pela decadência
05	Procedente em Parte	82.320,08	Excluídas as ocorrências até 31/08/2014 por terem sido alcançadas pela decadência
06	Procedente	1.034,53	

Como a redução do crédito tributário foi superior a R\$200.000,00 (duzentos mil reais), a 1ª JJF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, do RPAF/99.

VOTO

Observo que a decisão da 1ª JJF (Acórdão JJF Nº 0178-01/20-VD) desonerou o sujeito passivo, reduzindo o crédito tributário lançado de R\$502.027,98, para R\$286.783,58, em valores atualizados à data do julgamento (vide folha 203), fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito, a redução do valor lançado decorreu da decretação de improcedência das infrações 02 e 04, bem como da procedência parcial das infrações 01, 03 e 05, sendo esta a extensão cognitiva do presente recurso.

Em que pese tratar-se de julgamento que afetou as cinco infrações citadas, noto que a motivação da decisão foi comum, qual seja, a decadência do direito estatal de lançar os valores relativos aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e outubro de 2014. Assim, faculta-se julgá-las de forma global.

É o que passo a fazer, conforme a seguir.

A 1ª JJF entendeu que, à época do lançamento, já não era mais possível, ao Estado da Bahia, exercitar tal direito, pois considerou que já haviam transcorridos mais de cinco anos da ocorrência do fato gerador.

Analisando os elementos dos autos, quanto às infrações 02, 03 e 05, as condutas autuadas foram descritas conforme abaixo.

*“Infração 02 – 03.01.01: **Recolheu a menor ICMS** em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, ...*

*Infração 03 - 07.01.02: **Efetudou o recolhimento a menor 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, ...*

...

*Infração 05 – 07.15.02: **Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial** referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, ...”*

Como as condutas acima descritas se referem à insuficiência do recolhimento efetuado pelo Contribuinte, é forçoso admitir que incide aqui a regra prevista no art. 150, § 4º do CTN, conforme abaixo.

“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.”

Esse é o entendimento consagrado no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, cujo enunciado reproduzo abaixo.

“Entendimento firmado: Conta-se o 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.”

Nesse ponto, não merece reparo a decisão de piso.

Já no que se refere à conduta descrita na infração 01, o tipo infracional ali descrito revela que se trata de creditamento indevido do imposto, por força de ter, o contribuinte, apropriado-se de valores superiores àqueles destacados nos documentos fiscais, conforme abaixo.

“Infração 01 – 01.02.40: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, ...

Quanto ao acolhimento da alegação decadencial nesta hipótese, noto que a decisão de piso não merece reparo, pois o creditamento indevido tem como resultado imediato a insuficiência do recolhimento efetuado pelo Contribuinte, atraindo, igualmente, a incidência do quanto previsto no art. 150, § 4º do CTN, já transcrito acima.

Esta é a jurisprudência consolidada desta Corte, conforme decisão exarada pela 1ª CJF, no Acórdão nº 0002-11/20, quando do julgamento do Auto de Infração nº 279757.0083/15-8, lavrado contra a empresa TIMAC AGRO INDUSTRIAL E COMÉRCIO DE FERTILIZANTES LTDA., cujo teor reproduzo abaixo.

“...

Quanto à Infração 03, a conduta autuada foi descrita como “utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS nas aquisições interestaduais de calcário em concha, cloreto de potássio, turfa preta fibrosa, amônia anidra, cal hidratada, gesso calcinado, ureia, micro boro e varredura, com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem superior a estabelecida no Convênio ICMS 100/97, ...”. Aqui também, a J1F acolheu a alegação de decadência e exclui os valores relativos aos meses anteriores a dezembro de 2010, reduzindo o valor lançado para R\$154.817,57.

Considerando que o creditamento indevido repercute no conta-corrente do Contribuinte, resultando na insuficiência do valor recolhido, é de se reconhecer que incide, também nesse caso, a regra prevista no art. 150, § 4º do CTN, já reproduzida.

Dessa forma, entendo que restou acertada a decisão de piso, pois não era mais possível exigir, em 17/12/2015, valores relativos aos meses de janeiro a novembro de 2010, montantes estes que devem ser, efetivamente, excluídos.

...”

Nesse ponto, a Decisão recorrida se apresenta adequada.

Por fim, quanto à Infração 04 (também excluída por força da decadência), embora a conduta autuada tenha feito menção a “*deixou de efetuar o recolhimento ...*”, o cerne da infração foi a falta de tributação de algumas operações, regularmente declaradas ao fisco, conforme abaixo.

“Infração 04 – 07.15.01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização,...”

Ora, considerando que tais operações de entrada foram regularmente contabilizadas, em sua escrita fiscal, e que o resultado financeiro da tal conduta converge para a conta corrente da empresa, entendo que se ajusta às hipóteses já tratadas, quais sejam, de insuficiência de recolhimento, atraindo, portanto, a incidência do art. 150, § 4º do CTN já mencionado.

De fato, quando se constata a ausência de recolhimento do ICMS antecipação parcial, é comum cobrar-se apenas a multa de 60%, pois o recolhimento do tributo correspondente é compensado com o recolhimento a mais do ICMS-normal, conforme previsão do art. 42, § 1º da Lei nº 7.014/96.

Assim, considerando que a ciência do presente lançamento somente se deu em 05/11/2019 (folha 160), é forçoso admitir que foram tragados pela decadência, nessas infrações, todos os valores lançados anteriores a novembro de 2014, em consonância com o que corretamente decidiu a 1ª JF.

Assim, entendo que a Decisão recorrida se encontra adequada, não merecendo reparo.

Do exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232185.0028/19-4**, lavrado contra **ROSÁRIO RESTAURANTE E LANCHONETE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$144.510,17**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b”, “d” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.034,53**, prevista no inciso IX do citado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS