

A. I. N° - 233048.0003/20-5
AUTUADO - NOVA ERA COMERCIAL DE TINTAS LTDA.
AUTUANTE - KARIME MANSUR MACHADO
ORIGEM - INFAC VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 18/11/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0199-04/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA USO E CONSUMO. Razões de defesa elidem em parte a autuação. Item subsistente em parte. **b)** MERCADORIAS COM SAÍDAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Razões de defesa elidem em parte a autuação. Item subsistente em parte. **c)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Razões de defesa elidem em parte a autuação. Item subsistente em parte. 2. DOCUMENTO FISCAL. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Razões de defesa elidem em parte a autuação. Item subsistente em parte. 3. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Item reconhecido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 20/08/2020, exige o valor de R\$106.061,65, inerente aos anos de 2015 e 2016, conforme demonstrativo das fl. 15 a 150 dos autos, em razão das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 01 - 01.02.03: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto no ano de 2016, conforme demonstrativo de fls. 16 a 17 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$497,16, com enquadramento no art. 29, § 2º, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 310, inciso I, alínea “a”, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 - 01.02.41: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, referente aos anos de 2015 e 2016, conforme demonstrativo de fls. 18 a 40 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$21.331,52, com enquadramento no art. 29 e 31, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 309, § 7º, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 - 02.01.02: Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios no ano de 2015, conforme demonstrativo de fls. 41 a 42 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$470,76, com enquadramento no art.2º, inciso I, e art. 32, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inciso I, § 6º, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 100% aplicada na forma do art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 04 - 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos anos de 2015 e 2016, através de Auditora Fiscal que se deu em função de operações do ECF, conforme demonstrativo de fls. 43 a 70 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$6.368,02, com enquadramento no art. 2º, inciso I, e art. 32, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inciso I, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 05 - 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos anos de 2015 e 2016, através de Auditora Fiscal que se deu em função de operações com NF-e, conforme demonstrativo de fls. 77 a 114 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$70.701,02, com enquadramento no art. 2º, inciso I, e art. 32, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inciso I, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 06 - 03.02.05: Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas no ano de 2015, conforme demonstrativo de fls. 115 a 118 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$193,27, com enquadramento nos artigos 17 a 21; e art. 23, da Lei nº 7.014/96 (a depender da hipótese) e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 07 - 07.01.01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior no ano de 2016, conforme demonstrativo de fls. 119 a 121 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$671,58, com enquadramento nos artigo 8º, § 4º, inc. I, alínea “a” e art. 23, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 08 - 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 ano de 2016, conforme demonstrativo de fls. 122 a 125 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$713,95, com enquadramento nos artigo 8º, § 4º, inc. I, alínea “a” e art. 23, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 09 - 07.15.05: Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente nos anos de 2015 e 2016, conforme demonstrativo de fls. 125 a 147 dos autos. Lançado multa no valor de R\$4.693,86, com enquadramento no artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 10 - 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias bens ou serviço sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal no ano de 2015, conforme demonstrativo de fls. 147 a 149-v dos autos. Lançado multa no valor de R\$420,00, com enquadramento nos artigos 217 e 247, do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa tipificada na forma do art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96. Multa reduzida retroativamente em obediência à Lei nº 13.461/2015 c/c a alínea “c”, do inciso II, art. 106 da Lei 5.172/66 (CTN).

Às fls. 98 a 109 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual apresenta os seguintes esclarecimentos:

Diz ser uma pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ Nº 002.459.476/0003-49, localizada na Rua Conego Pereira, Nº 138, Bairro Barbalho, Salvador - BA, CEP Nº 40.300.756 Endereço Eletrônico de E-mail: cita@matitzintas.com.br, por *meio de seus advogados, devidamente representado conforme instrumento de mandato em anexo (doc. 01) que esta também subscreve, inconformado data vénia, com a exigência fiscal constante do auto de infração*, em título, vem apresentar as anexas **razões de defesa**, para exame e julgamento, por uma das colendas junta de julgamento fiscal do Conseg, para o melhor fim de **direito e de justiça**.

I. DA PEÇA ACUSATÓRIA

Diz que, considerando os termos da peça acusatória a sua leitura demonstra que foi lavrada contra a empresa Autuada, auto de infração descrevendo a existência de lançamento fiscal decorrente de 10 infrações, resultado de exame e análise fiscal das operações comerciais descritas

na documentação da Autuada, no período de **01/01/2015 à 31/12/2016**, as quais ensejaram a cobrança dos valores de ICMS, conforme descrição do auto onde consta as infrações nº 01 - 01.02.03 à infração 10 - 16.01.01.

Porém, em que pese o esforço e a dedicação do i. Autuante, na busca da constatação de ilícitos tributários, não logrou o êxito desejado. A verdade é que, como restará provado, o lançamento fiscal é nulo de pleno direito ou improcedente em parte, pois pautado em premissas fiscais que não revelam a verdade sobre a correta interpretação a ser dada aos documentos fiscais da Autuada, bem como em decorrência da apuração de crédito tributário extinto pela Decadência, esse relativo aos fatos tributários ocorridos no período de 01/01/2015 à 31/07/2015, em face do quantum previsto no art. 150, § 4º do CTN, já que o ICMS é imposto sujeito a lançamento por homologação.

II. DO DIREITO

Registra que, no que diz respeito a defesa da Autuada cumpre observar que em relação a atividade de lançamento fiscal é necessário identificar a hipótese figurada, ou a figura do tipo tributável. Para tanto, há uma técnica que consiste na dissecação dessa norma para identificar nela os elementos constitutivos aos quais deverão corresponder todas as características do acontecimento do mundo social a que se quer atribuir a força de fazer nascer o dever Jurídico de pagar o Tributo.

Após descrever esses elementos, diz que a obrigação imposta à Autuada foi feita com base no que se interpreta da legislação relativa ao regulamento de ICMS, Art. 965 do RICMS, em relação ao prazo decadencial para extinção do crédito tributário, que afasta o que determina o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, bem como o art. 146 da Constituição Federal, em flagrante violação do que determinam tais textos, bem como em relativa a uma omissão de entrada inexiste, considerando-se os efeitos do prazo decadencial para fins de conferência de estoque , tornando desprovido do menor respaldo legal o auto de infração ora impugnado.

III. DA NULIDADE PARCIAL DO ATUO DE INFRAÇÃO

III.1 - DA EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM FACE DA DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DOS PRECEITOS CONTIDOS NO ART. 146, III, B DA CARTA MAGNA COMBINADO COM O ART 150, § 4º DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL NO QUE DIZ RESPEITO A APURAÇÃO DOS FATOS TRIBUTÁVEIS DO PERÍODO DE 01.01.2015 À 31.07.2015 EM RELAÇÃO AS INFRAÇÕES Nº 02 - 01.04.41, INFRAÇÃO 03 - 02.01.02, INFRAÇÃO 04 - 02.01.03, INFRAÇÃO 05 - 02.01.03, INFRAÇÃO 06 - 03.02.05, INFRAÇÃO 08 - 07.01.02, INFRAÇÃO 09 - 07.15.05, INFRAÇÃO 10 - 16.01.01

Diz que, em que pese o respeito da Autuada em relação aos fiscais que fazem parte do fisco, cumpre observar que considerando o que prevê o texto constitucional e o Código Tributário Nacional, os créditos tributários no lançamento fiscal ora imputado contra a Autuada relativos as operações comerciais ocorridas 01.01.2015 à 31.07.2015, estão extintos pela decadência.

Face a isso, aduz carecer de respaldo legal o auto de infração, restando nulo o Auto de Infração a luz do que prevê o art. 18, inciso IV, alínea “A” do RPAF, parcialmente em várias das infrações as cujos fatos tributáveis encontram-se incluídos no período inserido na decadência.

Diz que, através de uma interpretação sistemática dos dispositivos legais que se referem a decadência não resta dúvida que a operações comerciais cujo fato gerador ocorreu até o dia 31/07/2015, estão amparadas pela decadência, uma vez que trata-se de tributo cujo fato gerador é instantâneo submetido a modalidade de lançamento por homologação.

Isso porque a previsão descrita no art. 965 do RICMS, não se aplica ao caso em exame onde o contribuinte realizou os atos inerentes ao lançamento fiscal, encarregando-se de quantificar o valor do imposto devido mensalmente e realizar o pagamento, uma vez que trata-se de instrumento normativo inapropriado para fixação do prazo decadencial de tributos como ICMS, em situações como a do caso em exame, onde o contribuinte cumpre com suas obrigações relativas a quantificação e pagamento do imposto antecipado mensalmente.

Esclarece que não é possível distorcer a interpretação dos fatos inerentes a tributação e ao

lançamento fiscal, para afirmar que o pagamento a menor do valor do imposto, seria o mesmo que o não pagamento, e via de regra o não cumprimento pelo contribuinte das obrigações relativas a quantificação e pagamento antecipado do valor do imposto devido, para afastar a aplicação do art. 150, § 4º do CTN, já que são situações absolutamente distintas.

Quando não faz qualquer pagamento do ICMS devido mensalmente em suas operações, e não quantifica suas operações na escrita, neste caso não haveria o que homologar por parte do fisco, de forma a autorizar a aplicação do Art. 965 do RICMS, que reproduz o texto do Art. 173, I, do CTN.

No caso em exame diz que a situação é absolutamente diferente se analisado que o contribuinte , mensalmente quantificou o valor do imposto mediante apuração dos dados e documentos fiscais entregues ao fisco, bem como realizou o pagamento do imposto devido, o que reclama a observância do art. 150, § 4º do CTN , para fins de materialização do prazo decadencial de apuração das operações comerciais inerentes aos valores do imposto do período de 01/01/2015 à 31/07/2015, no caso em exame a ser observado em todas as infrações expressamente impugnadas, mesmo que parcialmente.

Após citar entendimento de condecorados do Direito, além de decisões do STJ, diz que é necessário reconhecer no presente auto de infração a extinção do crédito tributário cujo os fatos geradores passíveis de apuração do valor do imposto efetivamente devido, que ocorreram entre o dia 01/01/2015 à 31/07/2015, em relação a todas as infrações do auto de infração impugnadas, conforme descrição de impugnação abaixo, por se tratar de lançamento fiscal relativo a tributo sujeito a lançamento por homologação, inexistindo elementos possíveis para caracterizar qualquer infração a legislação em relação aos atos praticados pela Autuada, inerentes a realização do lançamento por homologação, relativos a quantificação e pagamento dos valores do ICMS devido no período acima citado, na medida que a Autuada cumpriu com as obrigações de quantificar o imposto e realizar o pagamento de forma antecipada.

Não obstante todo o arrazoado acima para arguir a decadência entre o dia 01/01/2015 à 31/07/2015, em relação a todas as infrações do auto de infração, traz aos autos novos arrazoados quanto a inaplicabilidade do art. 965 do RICMS ao caso em exame e a concepção atual do princípio da legalidade, realização de quantificação e o pagamento do imposto por parte do contribuinte autuado.

Ao final diz que, diante da necessidade que tem o julgador administrativo de interpretar a lei para decidir sobre a correta aplicação da lei descrita no lançamento fiscal, é o mesmo obrigado a interpretar as normas do nosso ordenamento jurídico a partir do texto constitucional, obrigando-se a prolatar sua decisão com base no que determina o texto constitucional, sendo desprovidas de respaldo constitucional qualquer determinação que impeça tal manifestação, sob pena de esvaziar-se e amesquinhar a atividade do controle da legalidade de lançamento fiscal realizada pelo julgador no processo administrativo, que possuir status de garantia fundamental do sujeito, na ordem democrática vigente em nosso país, de acordo com o texto constitucional.

IV. DO MÉRITO

IV.1 - DO RECONHECIMENTO DA INFRAÇÃO 01

Neste ponto, destaca o Autuado, que a infração que autoriza a cobrança do imposto destaca “que a Autuada utilizou indevidamente crédito fiscal referem a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto”.

Face a descrição do auto a Autuada reconhece como devido a cobrança do período de 31/10/2016, vencimento 09/11/2016, valor histórico de R\$497,16.

IV.2 - DA IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 02

Neste ponto destaca o auto, que a infração que autoriza a cobrança do imposto diz respeito “a utilização do crédito de ICMS indevidamente em decorrência de destaque do imposto a maior na nota fiscal”.

Contudo diz que cumpre observar que em relação a esta infração, os valores apurados como devidos no período de 01/01/2015 à 31/07/2015, estão extintas pela decadência, conforme destacou acima.

Para o período não amparado pela decadência, diz que não existe a infração destacada pelo Autuante, uma vez que as notas citadas no relatório da autuante dizem respeito as operações de transferência e devolução da mercadoria, onde a Autuada tem o direito de usar o crédito de ICMS, conta corrente de ICMS, pois ao transferir lança o débito, de forma que se revela indevida integralmente esta infração.

IV.3 - DA IMPROCEDÊNCIA PARCIAL DA INFRAÇÃO 03

Neste ponto destaca o auto, que a infração que autoriza a cobrança do imposto diz respeito “*ao não recolhimento no prazo regulamentar do ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.*”

Contudo diz que cumpre observar que em relação a esta infração, os valores apurados como devidos no período de 30/01/2015 e 31/03/2015, estão extintas pela decadência, conforme destacou acima, sendo que a Autuada reconhece como devido a cobrança do período de 31/08/2015, vencimento 09/09/2015, valor histórico de R\$352,42.

IV.4 - DA IMPROCEDÊNCIA PARCIAL DA INFRAÇÃO 04

Neste ponto destaca o auto, que a infração que autoriza a cobrança do imposto “*diz respeito ao contribuinte autuado deixar de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escriturada , onde a auditoria se deu em função das operações com ECF.*”

Contudo diz que cumpre observar que em relação a esta infração, os valores apurados como devidos no período de 01/01/2015 à 31/07/2015, estão extintas pela decadência, conforme destacou acima.

Nos demais períodos relativos a cobrança desta infração a impugnação segue parcial, pois nos meses de apuração do ICMS no período de 08/2015 à 12/2016, foi cobrado o ICMS de mercadoria relativa a tinta, produto cujo regime de tributação é sujeito a substituição tributária, cuja a tributação é feita no ato da entrada/compra, conforme convenio 74/94, sendo que os produtos a que se refere a Autuada passíveis de exclusão dizem respeito a “31382 - TINTA AUTOMOTIVA DUPONT DUXONE”, “31383 - TINTA AUTOMOTIVA DUPONT IMRON”, “31384 – TINTA AUTOMOTIVA DUPONT NASON” e “31234 - TINTA AUTOMOTIVA DUPONT CHROMA”, os quais não podem ter a cobrança feita pela Autuante

Feitas as exclusões a presente resta devido e reconhecido pela Autuada o valor histórico de R\$2.897,09 desta infração, conforme planilha que diz anexar.

IV.5 - DA IMPROCEDÊNCIA PARCIAL DA INFRAÇÃO 05

Neste ponto destaca o auto, que a infração que autoriza a cobrança do imposto “*diz respeito ao contribuinte autuado deixar de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escriturada , onde a auditoria resultou de operações com NF-e*”.

Contudo cumpre observar que em relação a esta infração, os valores apurados como devidos no período de 01/01/2015 à 31/07/2015, estão extintas pela decadência, conforme destacamos acima.

Nos demais períodos relativos a cobrança desta infração a impugnação segue parcial. Isto porque no período de Agosto de 2015 à 01/2016 , os valores apurados pelo autuante são devidos, o que resulta no reconhecimento dos valores descritos na cobrança existente no auto desta infração para o período citado no valor historio de R\$27.083,94.

Contudo diz que, no período de 02/2016 à 12/2016, os valores apontados merecem ser revistos parcialmente mês a mês em decorrência de erros na identificação e apuração dos fatos

tributáveis.

Isso porque a autuação resulta de erro na descrição do produto, no que diz respeito ao NCM descrito nas nota, sendo que o produto objeto das vendas foi tintas, tintas específicas, elaboradas na máquina da autuada, porem o NCM destacado na nota foi errado, sendo que tinta é um produtos sujeito a substituição tributária cujo o imposto é cobrado na entrada e não na saída, sendo que a descrição do produto nas notas fiscais não deixa dúvidas de que o produto comercializado era tinta, existindo um erro de classificação do produto já corrigido no sistema da empresa Autuada onde o NCM seria 3208 e 3209, porém em função de erro a empresa Autuada registrou o NCM 84798210 um erro causado pelo sistema de informação da empresa.

Em relação da presente impugnação pede-se que seja observado de forma específica, conforme os destaques “mês a mês” na peça de defesa às fls. 175 a 179 dos autos.

Assim considerando os erros no que diz respeito a cobrança do ICMS relativo as tintas, mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, cujo valor do imposto é cobrado na entrada, diz revelar indevida a autuação de forma parcial, em relação ao período não amparado pela decadência, sendo reconhecido como devido desta infração o valor histórico de R\$27.083,94.

IV.6 - DA IMPROCEDÊNCIA PARCIAL DA INFRAÇÃO 06

Neste ponto destaca o auto, que a infração que autoriza a cobrança do imposto “*diz respeito ao recolhimento a menor do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas regularmente escrituradas.*”

Contudo cumpre observar que em relação a esta infração, os valores apurados como devidos no período de 01/01/2015 à 31/07/2015, estão extintas pela decadência, conforme destacou acima.

Feitas as exclusões diz que a presente resta devido e reconhecido o valor histórico de R\$32,85, relativo aos meses de 08/2015 à 12/2015.

IV.7 - DO RECONHECIMENTO DA INFRAÇÃO 07

Neste ponto destaca o auto, que a infração que autoriza a cobrança do imposto destaca que “*a Autuada deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as mercadorias provenientes de outros estados da federação e/ou do exterior.*”

Face a descrição do auto diz que reconhece como devido a cobrança do período integral desta infração com valor histórico de R\$671,58.

IV.8 - DA IMPROCEDÊNCIA PARCIAL DA INFRAÇÃO 08

Neste ponto destaca o auto, que a infração que autoriza a cobrança do imposto “*diz respeito ao contribuinte ter efetuado o recolhimento a menor o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as mercadorias provenientes de outros estados da federação e/ou do exterior.*”

Contudo cumpre observar que em relação a esta infração, os valores apurados como devidos no período de 31/07/2015, diz que estão extintas pela decadência, conforme destacou acima.

Feitas as exclusões diz que a presente infração resta devido e reconhecido pela Autuante o valor histórico de R\$223,38 relativo ao mês de 11/2015.

IV.9 - DA IMPROCEDÊNCIA PARCIAL DA INFRAÇÃO 09

Neste ponto destaca o auto, que a infração que autoriza a cobrança do imposto diz respeito “*multa percentual sobre a parcela do imposto(ICMS) referente às aquisições de mercadorias provenientes de outros estados da federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saídas posterior tributadas normalmente*”.

Contudo cumpre observar que em relação a esta infração, no período de 09/2015 e 11/2015, diz que os valores apurados pelo autuante são devidos, o que resulta no reconhecimento do valor

histórico de R\$609,22, objeto da cobrança existente no auto de infração.

Todavia no período de 01/2016 e 04/2016, diz que se revela indevida a cobrança, restando impugnada, uma vez que as notas citadas pelo autuante para fins de realizar a cobrança, tiveram os valores do ICMS devido recolhimento corretamente, conforme consta dos DAE de ICMS e planilhas de apuração que segue anexo a defesa (Doc. 2.6 e Doc. 2.6.5), razão pela qual deve ser revista a atuação acatando - se as alegações de defesa para fins de exclusão dos valores indevidos.

IV.10 - DA IMPROCEDÊNCIA PARCIAL DA INFRAÇÃO

Neste ponto destaca o auto, que a infração que autoriza a cobrança do imposto “*diz respeito a ter o contribuinte dado entrada no estabelecimento de mercadoria, bem ou serviço sujeito a tributação sem o devido registro da escrita fiscal.*”

Contudo cumpre observar que em relação a esta infração, os valores apurados como devidos no período de 01/01/2015 à 31/07/2015, diz que estão extintas pela decadência, conforme destacou acima.

Feitas as exclusões a presente resta devido e reconhecido pela Autuante o valor histórico de R\$389,69, relativo aos meses de 08/2015 à 12/2015.

Por fim, diz que tais fatos relativos a defesa inerentes a extinção do direito do fisco constituir o crédito fiscal em função da decadência, bem como os erros no enquadramento e exame da escrita fiscal, evidencia a nulidade parcial do lançamento fiscal a luz do que prevê o art. 18, inciso IV, alínea “A” do RPAF, e via de regra a improcedência da autuação, já que revelam-se inexistentes os elementos possíveis para caracterizar qualquer infração a legislação em relação aos atos praticados pela Autuada, inerentes a realização do lançamento por homologação, conforme se observa do teor dos demonstrativos apresentados pela Autuada, que deveram prevalecer em nome da verdade material.

V. DO RECOLHIMENTO DO VALORES RECONHECIDOS COMO DEVIDOS VIA CERTIFICADO DE CRÉDITO DE ICMS.

Feitas as impugnações dos valores da autuação que revelam indevidos a Autuada esclarece que do montante do lançamento fiscal, resta devido o valor de R\$33.386,14 (Trinta e Três Mil Trezentos e Oitenta e Seis Reais e Quatorze Centavos), conforme consta de planilha e requerimento anexo (Doc. 2.4), sendo que tais valores a Autuada estará realizando o pagamento mediante a utilização de certificado de crédito de ICMS.

VI. DO PEDIDO

Ante o exposto, pede a Autuada que sejam observadas as alegações de defesa, devendo ser reconhecida a **nulidade** do lançamento fiscal em relação aos fatos tributários apurados do período de 01/01/2015 à 31/07/2015, em face da materialização de decadência, extintiva do direito do fisco de examinar as operações comerciais da Autora, para fins de cobrar eventual diferença de imposto, bem como a **improcedência** das infrações expressamente impugnadas quanto ao seu mérito decorrente dos erros de enquadramento fiscal da Autuação, prevalecendo em relação aos valores expressamente reconhecidos na defesa, os efeitos da realização do pagamento mediante certificado de crédito, para fins de redução da multa, para o melhor fim de **direito** e de **justiça**.

A autuante, ao prestar a informação fiscal, às fls. 237/238 dos autos, acostando novos demonstrativos de débitos de fls. 239/287, assim se posiciona quanto a defesa apresentada pelo sujeito passivo:

I. DA INFORMAÇÃO FISCAL

• I.1 Da decadência alegada

Diz que se conta como prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, §4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que

corresponderia às operações declaradas, excetuando-se, mesmo neste caso, as hipóteses de dolo, fraude ou simulação que, neste caso, ficariam sujeitas ao artigo 173, inciso 1 do CTN.

Assim diz que será, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas que poderá ser caracterizado como simulação. Outro exemplo se apresenta quando se verifica o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais comprovadamente ilegítimos, caracterizando dolo, fraude ou simulação.

Por outro lado, registra que se conta como prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado:

- a) quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido mas não efetua o respectivo pagamento;
- b) quando o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável;
- c) quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o devidamente em virtude de configuração de dolo, fraude ou simulação.

Assim, consigna que, relativamente às dez infrações deste auto, entende que não há que se falar em decadência, tendo em vista que não se referem a hipótese de decadência a partir da ocorrência do fato gerador, haja vista que não foram apuradas e declaradas pelo contribuinte ou pagas em montante inferior ao devido.

• *I.2 Do Mérito*

- INFRAÇÃO 1 – Referentemente e acata integralmente.
- INFRAÇÃO 2 – O contribuinte defende-se dizendo tratar-se de transferências e devoluções e, por isto, tem direito de usar o crédito, porém, são mercadorias que estão na condição de Substituição Tributária, vedando ao contribuinte de usar o crédito alegado.
- INFRAÇÃO 3 – O contribuinte reconhece e acata a partir de 08/2015.
- INFRAÇÃO 4 – Observa que os itens alegados pelo contribuinte às folhas 174 deste, cujos NCM são 3182, 3183, 3184 e 3123, foram considerados como sendo substituídos, conforme diz ter anexado a este PAF às folhas 230 a 240 B, cópia da parametrização realizada quando da classificação das mercadorias, nos dois exercícios autuados. Assim, não há o que excluir da infração.
- INFRAÇÃO 5 – O contribuinte alega que, por erro da empresa, o NCM destacado nas notas, ao invés do correto, foi colocado o NCM 84798210. Acatando a solicitação do contribuinte, por achar de direito, diz ter refeito parametrização dos itens referentes a este NCM, colocando-os na lista dos substituídos, resultando num novo valor para ambos os exercícios e conforme anexa a esta contestação às folhas 241 a 285, restaram os valores históricos de R\$17.386,49 para 2015 e R\$19.213,07 para 2016, totalizando a Infração 5 R\$36.599,56.
- INFRAÇÃO 6 – Reconhece e acata a partir de 8/2015.
- INFRAÇÃO 7 – Reconhece e acata integralmente.
- INFRAÇÃO 8 – Reconhece e acata a partir de 08/2015.
- INFRAÇÃO 9 - O contribuinte apresenta às folhas 219 a 223 deste DAES dos meses de referência a janeiro, fevereiro, abril e maio de 2016. Diz observar que, presumindo ter sido por erro, o mesmo diz tratar-se de documentos relativos à infração número 7, porém o mesmo reconheceu como devida a infração 7.

Por outro lado, diz que a autuação da Infração 9, exercício de 2016, refere-se somente aos meses de janeiro e abril. O contribuinte juntou o DAE referente ao mês de janeiro de 2016 no valor de

R\$112,44, e referente a abril no valor de R\$735,15, valores estes que por concordar, foram abatidos, resultando, conforme planilha anexada a este às folhas 286 e 287, um valor histórico para a infração em tela de R\$3.577,07, para o exercício de 2016.

- INFRAÇÃO 10 – Reconhece e acata a partir de 08/2015.

II. DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista que não foi acatada a tese de decadência apresentada pelo contribuinte, reitero os termos deste auto no que diz respeito ao período de janeiro a julho de 2015. Relativamente ao período de agosto de 2015 a dezembro de 2016, ressalvadas as reduções referentes às infrações 5 e 9, diz manter os valores das infrações.

À fl. 304, têm-se mensagem DT-e cientificando ao Contribuinte Autuado do resultado da Informação Fiscal de fls. 237/238 dos autos.

Às fl. 288/305 consta expediente acostados aos autos pelo Contribuinte Autuado, destacando a parte reconhecida do PAF, inclusive extratos do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, acerca do detalhamento de pagamento dos valores lançados e reconhecidos do presente PAF.

À fl. 307, têm-se manifestação do Contribuinte Autuado, através de seu patrono devidamente constituído, em relação a Informação Fiscal de fls. 237/238, conforme os termos que a seguir descrevo.

Diz que, tendo tomado ciência do teor da Informação Fiscal do agente autuante, em relação a defesa apresentada, ratifica todos os termos de defesa com as manifestações incompatíveis, notadamente as alegações relativas a extinção de parcela da autuação em função da decadência.

À fl. 312, tem a informação da agente Fiscal dando ciência da manifestação do Autuado, ao tempo que diz reiterar todo o conteúdo de sua Informação Fiscal.

Às fl. 288/305, consta expediente acostados aos autos pelo Contribuinte Autuado, destacando a parte reconhecida do PAF, inclusive extratos do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, acerca do detalhamento de pagamento dos valores lançados e reconhecidos do presente PAF.

À fl. 314, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS, decorrente de obrigação principal, no montante de R\$100.947,28, relativo a oito irregularidades; e por multa acessória, no montante de R\$5.114,37, relativo a duas irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, perfazendo dez infrações no valor total de R\$106.061,65, sendo todas as infrações impugnadas parcial ou totalmente, além da arguição da decadência, como preliminar de mérito, relativo aos fatos tributários ocorridos no período de 01/01/2015 à 31/07/2015, em face do quantum previsto no art. 150, § 4º do CTN, isso em relação às infrações de nºs 02, 03, 04, 05, 06, 08 e 09 do Auto de Infração, em análise.

Diz o sujeito passivo, em que pese o respeito aos fiscais que fazem parte do fisco, cumpre observar, que considerando o que prevê o texto constitucional e o Código Tributário Nacional, os créditos tributários no lançamento fiscal ora imputado contra a Autuada, relativos às operações comerciais ocorridas 01/01/2015 a 31/07/2015, estão extintos pela decadência.

Face a isso, aduz carecer de respaldo legal o Auto de Infração, restando nulo à luz do que prevê o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, parcialmente em várias das infrações as cujos fatos tributáveis encontram-se incluídos no período inserido na decadência.

Diz que, através de uma interpretação sistemática dos dispositivos legais que se referem a

decadência não resta dúvida que a operações comerciais, cujo fato gerador ocorreu até o dia 31/07/2015, estão amparadas pela decadência, uma vez que se trata de tributo cujo fato gerador é instantâneo submetido a modalidade de lançamento por homologação.

Isso porque a previsão descrita no art. 965 do RICMS/BA, não se aplica ao caso em exame onde o contribuinte realizou os atos inerentes ao lançamento fiscal, encarregando-se de quantificar o valor do imposto devido mensalmente e realizar o pagamento, uma vez que trata-se de instrumento normativo inapropriado para fixação do prazo decadencial de tributos como o ICMS, em situações como a do caso em exame, onde o contribuinte cumpre com suas obrigações relativas à quantificação e pagamento do imposto antecipado mensalmente.

Esclarece que não é possível distorcer a interpretação dos fatos inerentes à tributação e ao lançamento fiscal, para afirmar que o pagamento a menor do valor do imposto, seria o mesmo que o não pagamento, e via de regra o não cumprimento pelo contribuinte das obrigações relativas à quantificação e pagamento antecipado do valor do imposto devido, para afastar a aplicação do art. 150, § 4º do CTN, já que são situações absolutamente distintas.

Quando não faz qualquer pagamento do ICMS devido mensalmente em suas operações, e não quantifica suas operações na escrita, neste caso não haveria o que homologar por parte do fisco, de forma a autorizar a aplicação do art. 965 do RICMS, que reproduz o texto do art. 173, I do CTN.

No caso em exame, diz que a situação é absolutamente diferente, analisado que o contribuinte, mensalmente quantificou o valor do imposto mediante apuração dos dados e documentos fiscais entregues ao fisco, bem como realizou o pagamento do imposto devido, o que reclama a observância do art. 150, § 4º do CTN, para fins de materialização do prazo decadencial de apuração das operações comerciais inerentes aos valores do imposto do período de 01/01/2015 à 31/07/2015, no caso em exame a ser observado em todas as infrações expressamente impugnadas, mesmo que parcialmente.

Observo então, que no âmbito tributário, o instituto da decadência está previsto no Código Tributário Nacional (CTN), editado pela Lei nº 5.172/66, como tal observa-se que, em relação aos termos previstos no CTN, a contagem do prazo decadencial possui duas regras distintas, quais sejam as previstas nos artigos 150, § 4º; e 173, inc. I do citado diploma legal, definidas em cada caso, conforme a modalidade de lançamento a que é submetido o tributo, se por homologação, de ofício ou por declaração, bem assim observando se ocorreu ou não a antecipação do tributo.

A disposição do art. 150, § 4º remete a contagem do prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, declara e efetua o pagamento, ou efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas e não haja a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. É o que se extrai da leitura do citado dispositivo na forma a seguir destacado:

“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, tomado 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.” (Grifo acrescido)

Por sua vez, o art. 173, inciso I do CTN, remete a contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, isto é, o contribuinte omite a realização da operação tributável; ou, de forma tácita, em situações que o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada e posteriormente o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação. É o que se extrai da leitura do citado dispositivo na forma a seguir destacado:

“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;”

Neste contexto, no que tange ao ICMS, que é um imposto sujeito a lançamento por homologação, hipótese em que o próprio contribuinte apura, declara e recolhe o tributo que entende como devido, de fato, na forma posta pelo sujeito passivo, em sede de defesa, o prazo decadencial para que o Fisco realize o lançamento é de 5 (cinco) anos, sendo que o termo inicial desse prazo pode ser o fato gerador (art. 150, § 4º do CTN); ou o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I do CTN).

No caso do Auto de Infração em tela, relativamente as infrações nºs 02, 04, 05, 06 e 08, **coaduno com o entendimento do sujeito passivo**, de que a Fazenda Pública Estadual não tem direito de cobrar o crédito tributário em apreço, isso em relação as datas de ocorrência até 31/07/2015, já que ultrapassou o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no artigo 150, § 4º do CTN, considerando que foi intimado do Auto de Infração em 26/08/2020, data de ciência do presente procedimento fiscal, isto é, data em que foi formalizado, para cobrar crédito tributário decorrente da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal, bem assim por ter deixado de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, realizadas através de ECF e NF-e, regularmente escrituradas, além de ter efetuado o recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias, também, regularmente escrituradas e por ter efetuado recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente aquisições de mercadorias provenientes de outras unidade da Federação, pois, de fato, enseja a aplicação do prazo decadencial então previsto no art. 150, § 4º do CTN, **de forma que o termo inicial para a contagem do prazo é com a materialização dos fatos geradores**.

Não vejo então presente nos autos, a situação de ocorrência fiscal que se enquadra nas disposições contidas no inciso I, do art. 173 do CTN, combinado com o § 4º, do art. 150 do mesmo diploma legal, em que o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada e posteriormente o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

No caso específico dos autos, o defendante indevidamente utilizou de crédito fiscal lançado no livro fiscal próprio de valores, em que a legislação não autorizava, bem assim deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, ou erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias, também, regularmente escrituradas, além de recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente aquisições de mercadorias provenientes de outras unidade da Federação, tudo isso decorrente de equívocos na interpretação da legislação competente.

Desta forma, entendendo que não se vê nos autos hipóteses de dolo, fraude ou simulação nas ocorrências das acusações, como também qualquer manifestação do agente Fiscal Autuante de tais ocorrências, conta-se o prazo decadencial, então, a partir da data do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN destacado acima.

Todavia em relação a infração 03, que trata da cobrança do imposto (ICMS) que deixou, o sujeito passivo, de recolher, nos prazos regulamentares, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, e a infração 10, que trata de cobrança de multa por ter dado entrada no seu estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal; vejo que não há que se arguir a decadência de exigência dos citados débitos decorrentes das operações comerciais inerentes ao período de 01/01/2015 à 31/07/2015, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, **pois se trata da constituição de um crédito tributário em que o sujeito passivo deveria ter efetuado o lançamento na escrita fiscal e não o fez**, moldando, então, essas operações no art. 173, I do CTN, em que a contagem do prazo dar-se a

partir do primeiro dia do exercício seguinte àqueles em que o lançamento poderia ter sido efetuado, logo não há que se falar em decadência em relação aos créditos constituídos na infração 03 e da infração 10, vez que, o sujeito passivo, foi intimado do Auto de Infração em 26/08/2020, data de ciência do presente procedimento fiscal, então o Estado da Bahia teria até 31/12/2020 para constituir o lançamento ora em análise, que o fez antes. Assim, refuto a arguição decadência em relação as datas de ocorrência da infração 03 e da infração 10.

Aliás, tal entendimento vem a respeitar a orientação da Procuradoria Geral do Estado, através do Ofício GAB/PROFIS/PGE nº 42/2016, datado de 22/11/2016, em que promoveu a uniformização de suas orientações jurídicas acerca de alguns temas relacionados ao ICMS na Bahia, dentre eles, o de decadência, através do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0.

Com isso, em relação à constituição do lançamento fiscal, relativo as infrações nºs 02, 04, 05, 06 e 08 do Auto de Infração em tela, deve-se proceder a exclusão dos créditos, relativo as datas de ocorrência que, de fato, imperaram a decadência na forma prevista art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, todos os créditos constituídos até a data de ocorrência até 31/07/2015, nos termos arguidos pelo sujeito passivo.

Passo então à análise do mérito em relação ao saldo remanescente das infrações que não foram alcançadas pela decadência, nos termos acima discorridos.

Em relação à infração 01, que diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal do imposto referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto no ano de 2016, conforme demonstrativo de fls. 16 a 17 dos autos, em que foi lançado ICMS no valor de R\$497,16, o sujeito passivo, em sede de defesa, reconhece como devido a autuação.

Assim, não vendo nada que desabone o demonstrativo de débito da infração 01, vejo restar subsistente a autuação na forma abaixo:

Data Ocorr	Data Vcto.	Valor Histórico
31/10/2016	09/11/2016	497,16
Total da Infração 01		497,16

A infração 02, que trata da acusação de utilização indevida de crédito fiscal do imposto (ICMS) em decorrência de destaque a maior nos documentos fiscais, referente aos anos de 2015 e 2016, conforme demonstrativo de fls. 18 a 40 dos autos, em que foi lançado ICMS no valor de R\$21.331,52, neste ponto, o sujeito passivo argui a decadência dos períodos de 01/01/2015 à 31/07/2015, com fundamento no artigo 150, § 4º do CTN, a qual já foi objeto de análise na inicial deste voto, cujo entendimento, deste Relator Julgador, foi pelo provimento da arguição.

Todavia, para o período não amparado pela decadência, destaca, o Contribuinte Autuado, que não existe a infração destacada pelo agente Fiscal Autuante, uma vez que as notas citadas no relatório da autuação dizem respeito a operações de transferência e devolução da mercadoria, onde aduz ter direito de usar o crédito de imposto na conta corrente fiscal de apuração do ICMS, em que, sem trazer qualquer elemento probante, nem tampouco qualquer fundamento legal, aduz revelar indevida integralmente esta infração.

O agente Fiscal Autuante, em sede de Informação Fiscal, diferentemente do arguido pela defesa, diz que são mercadorias que estão na condição de Substituição Tributária, vedando ao contribuinte de usar o crédito alegado.

Compulsando o demonstrativo de débito da autuação de fls. 18 a 40 dos autos, vê-se tratar eminentemente de operações com “CFOP 1202-Compra interna para comercialização”, “CFOP 1152-Transferência interna para comercialização”, “CFOP 1949-Outra entrada interna de mercadoria ou prestação de serviço não especificada” e “CFOP 2102 - Compra de outro Estado para comercialização”.

Não se observa do demonstrativo de débito qualquer CFOP relacionado a “devolução de mercadoria”, nos termos arguidos pela defesa. Sobre a arguição de não exigência do estorno do crédito, por relacionar a “operações de transferência”, não há que se dar razão a tal argumento de

defesa. Na realidade esse é um dos fundamentos da autuação, que trata de glosa do “*uso do crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais*”.

Têm-se que as operações com CFOP 1152, “Transferência interna para comercialização”, há muito tempo, nos julgados deste conselho de Fazenda, é consenso de que não há incidência de imposto nessas operações, objeto de orientações jurídicas da Procuradoria Fiscal deste Estado, através do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, inclusive sumulado por este Conselho de Fazenda através da Súmula nº 08, em que dispõe que não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular.

Neste sentido, não havendo incidência de imposto nessas operações, não há que se lançar qualquer crédito na conta corrente fiscal de apuração do imposto (ICMS) decorrente de operações com CFOP 1152, como assim procedeu indevidamente o Contribuinte Autuado, mesmo que o documento fiscal espelhe o destaque de ICMS na operação.

Relativamente às operações com “*CFOP 2102-Compra de outro Estado para comercialização*”, vê-se do demonstrativo de débito, que a glosa do crédito decorre do uso indevido de crédito decorrente de destaque no documento fiscal do ICMS calculado com a alíquota maior que a devida. A título de exemplo, a nota fiscal nº 630 oriunda do Estado do Paraná consta, no demonstrativo de débito, “*Coluna AliqInf=12%*”, enquanto a “*Coluna AliqAud=7%*”. Neste caso, assertivamente, o demonstrativo indica a glosa do crédito lançado a maior.

Por fim, em relação às operações com “*CFOP 1202-Compra interna para comercialização*”, o demonstrativo de débito da autuação indica na “*Coluna AliqInf=17%*”, enquanto a “*Coluna AliqAud=0%*”, por se relacionar a mercadorias abarcadas pelo instituto da substituição tributária, em que já estaria com a fase de tributação encerrada, não enseja, assertivamente, o uso do crédito pelo adquirente da mercadoria nos termos da autuação.

Posto todos esses esclarecimentos, vejo então restar procedente em parte a autuação, excluído apenas as datas de ocorrências que, de fato, imperaram a decadência na forma prevista do art. 150, § 4º do CTN nos termos acima discorrido, em preliminar de mérito. Isto posto resta subsistente parcialmente a infração 02 na forma abaixo:

Data Ocorr	Data Vcto.	Valor Histórico
31/01/2015	09/02/2015	0,00
28/02/2015	09/03/2015	0,00
31/03/2015	09/04/2015	0,00
30/04/2015	09/05/2015	0,00
31/05/2015	09/06/2015	0,00
30/06/2015	09/07/2015	0,00
31/07/2015	09/08/2015	0,00
31/08/2015	09/09/2015	124,83
30/09/2015	09/10/2015	104,03
31/10/2015	09/11/2015	316,43
30/11/2015	09/12/2015	171,47
31/12/2015	09/01/2016	241,36
31/01/2016	09/02/2016	318,23
29/02/2016	09/03/2016	1.053,25
31/03/2016	09/04/2016	2.469,54
30/04/2016	09/05/2016	1.403,22
31/05/2016	09/06/2016	1.287,89
30/06/2016	09/07/2016	1.645,32
31/07/2016	09/08/2016	1.637,11
31/08/2016	09/09/2016	1.305,10
30/09/2016	09/10/2016	995,71
31/10/2016	09/11/2016	1.691,38
30/11/2016	09/12/2016	1.451,54
31/12/2016	09/01/2017	3.547,17
Total da Infração 02		19.763,58

Quanto à infração 03, que diz respeito a ter deixado, o Contribuinte Autuado, de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios no ano de 2015, conforme demonstrativo de fls. 41 a 42 dos autos, com imposto lançado no valor de R\$470,76, vê-se que, o sujeito passivo, em sede de defesa, argui, apenas, que os valores apurados como devidos no período de 30/01/2015 e 31/03/2015, estão extintos pela decadência, reconhecendo como devido a cobrança do período de 31/08/2015, no valor histórico de R\$352,42.

Diferentemente da arguição de decadência em relação as infrações nºs 02, 04, 05, 06 e 08 do Auto de Infração em tela, **relativamente à infração 03**, que trata da cobrança do imposto (ICMS) que deixou, o sujeito passivo, de recolher, nos prazos regulamentares, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, **não há que se arguir a decadência de exigência do débito decorrente das operações comerciais inerentes ao período de 01/01/2015 à 31/07/2015**, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, pois se trata da constituição de um crédito tributário em que o sujeito passivo deveria ter efetuado o lançamento na escrita fiscal e não o fez, moldando, então, essa operação no art. 173, I do CTN, em que a contagem do prazo dar-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àqueles em que o lançamento poderia ter sido efetuado.,

Logo, não há que se falar em decadência em relação aos créditos constituídos na infração 3, vez que, o sujeito passivo, foi intimado do Auto de Infração em 26/08/2020, data de ciência do presente procedimento fiscal, então o Estado da Bahia teria até 31/12/2020 para constituir o lançamento, ora em análise, que o fez antes.

Neste sentido, não vendo nada que desabone o demonstrativo de débito da autuação, vejo restar subsistente a infração 3 na forma a seguir:

Data Ocorr	Data Veto.	Valor Histórico
30/01/2015	09/02/2015	1,70
31/03/2015	09/04/2015	116,64
31/08/2015	09/09/2015	352,42
Total da Infração 03		470,76

A infração 04, trata da acusação de que o Contribuinte Autuado deixou de recolher ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos anos de 2015 e 2016, através de Auditora Fiscal que se deu em função de operações do ECF, conforme demonstrativo de fls. 43 a 70 dos autos, foi lançado ICMS no valor de R\$6.368,02. Neste ponto, o sujeito passivo argui a decadência dos períodos de 01/01/2015 à 31/07/2015, com fundamento no artigo 150, § 4º do CTN, a qual já foi objeto de análise na inicial deste voto, cujo entendimento, deste Relator Julgador, foi pelo provimento da arguição.

Todavia, para o período não amparado pela decadência, destaca o Contribuinte Autuado, que nos demais períodos relativos à cobrança desta infração, a impugnação segue parcial, pois nos meses de apuração do ICMS no período de 08/2015 à 12/2016, foi cobrado o ICMS de mercadoria relativa a tinta, produto cujo regime de tributação é sujeito a substituição tributária, cuja a tributação é feita no ato da entrada/compra, conforme convenio 74/94, sendo que os produtos a que se refere a *Autuada passíveis de exclusão dizem respeito a "31382 - TINTA AUTOMOTIVA DUPONT DUXONE", "31383 - TINTA AUTOMOTIVA DUPONT IMRON", "31384 - TINTA AUTOMOTIVA DUPONT NASON" e "31234 - TINTA AUTOMOTIVA DUPONT CHROMA"*, os quais não podem ter a cobrança feita pela Autuante.

Feitas as exclusões, diz que a presente autuação resta devido e reconhecido o valor histórico de R\$2.897,09 desta infração, conforme planilha que diz anexar.

O agente Fiscal Autuante, em sede de Informação Fiscal, observa que os itens alegados pelo contribuinte à fl. 174 deste PAF, cujos NCM são 3182, 3183, 3184 e 3123, foram considerados como sendo substituídos. Assim, não há o que excluir da infração.

Compulsando o demonstrativo de débito da autuação de fls. 43 a 52 dos autos, não obstante o agente Fiscal concordar que os produtos "31382 - TINTA AUTOMOTIVA DUPONT DUXONE", "31383 - TINTA AUTOMOTIVA DUPONT IMRON", "31384 - TINTA AUTOMOTIVA DUPONT NASON" e "31234 -

TINTA AUTOMOTIVA DUPONT CHROMA ” estão de fato abarcados pela substituição tributária, **não exclui da autuação tais itens**, o que, ao meu sentir, é um equívoco.

Neste contexto, vejo restar razão à arguição do defendant, ou seja, de que tais itens devem ser excluídos do demonstrativo de débito, vez que, ao considerar, o Contribuinte Autuado, como uma operação não tributada na saída de tais produtos, agiu nos estritos termos da legislação, vez que a tributação deste produto encerrou na entrada de seu estabelecimento.

Neste sentido, vejo então restar procedente parcialmente a autuação, excluindo as datas de ocorrências que, de fato, imperaram a decadência na forma prevista do art. 150, § 4º do CTN, nos termos acima discorrido, em preliminar de mérito, bem assim os itens de produtos “31382 - TINTA AUTOMOTIVA DUPONT DUXONE”, “31383 - TINTA AUTOMOTIVA DUPONT IMRON”, “31384 – TINTA AUTOMOTIVA DUPONT NASON” e “31234 - TINTA AUTOMOTIVA DUPONT CHROMA” do demonstrativo de débito.

Isto posto, resta subsistente parcialmente a infração 04 na forma abaixo: Levantar os itens então excluir:

Data Ocorr	Data Vcto.	Valor Histórico
31/01/2015	09/02/2015	0,0
28/02/2015	09/03/2015	0,0
31/03/2015	09/04/2015	0,0
30/04/2015	09/05/2015	0,0
31/05/2015	09/06/2015	0,0
30/06/2015	09/07/2015	0,0
31/07/2015	09/08/2015	0,0
31/08/2015	09/09/2015	31,00
30/09/2015	09/10/2015	23,90
31/10/2015	09/11/2015	35,46
30/11/2015	09/12/2015	25,74
31/12/2015	09/01/2016	26,06
31/01/2016	09/02/2016	2.671,42
29/02/2016	09/03/2016	16,38
31/03/2016	09/04/2016	23,12
30/04/2016	09/05/2016	9,87
31/05/2016	09/06/2016	19,80
30/06/2016	09/07/2016	7,22
31/07/2016	09/08/2016	0,73
Total da Infração 04		2.890,70

A infração 05, trata da acusação de que o Contribuinte Autuado deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos anos de 2015 e 2016, através de Auditora Fiscal que se deu em função de operações com NF-e, conforme demonstrativo de fls. 77 a 114 dos autos, foi lançado ICMS no valor de R\$70.701,02. Neste ponto, o sujeito passivo argui a decadência dos períodos de 01/01/2015 à 31/07/2015, com fundamento no artigo 150, § 4º do CTN, a qual já foi objeto de análise na inicial deste voto, cujo entendimento, deste Relator Julgador, foi pelo provimento da arguição.

Todavia, para o período não amparado pela decadência, destaca o Contribuinte Autuado, que nos demais períodos relativos à cobrança desta infração, a impugnação segue parcial. Isto porque no período de agosto de 2015 à janeiro/2016, os valores apurados pelo autuante são devidos, o que resulta no reconhecimento dos valores descritos na cobrança existente no auto desta infração para o período citada no valor historio de R\$27.083,94.

Contudo, diz que no período de fevereiro de 2016 à dezembro de 2016, os valores apontados merecem ser revistos parcialmente mês a mês em decorrência de erros na identificação e apuração dos fatos tributáveis.

Isso porque a autuação resulta de erro na descrição do produto, no que diz respeito ao NCM descrito nas nota, sendo que o produto objeto das vendas foi “tintas”, tintas específicas, elaboradas na máquina da autuada, porém o NCM destacado na nota foi errado, sendo que tinta é

um produtos sujeito a substituição tributária cujo o imposto é cobrado na entrada e não na saída, sendo que a descrição do produto nas notas fiscais não deixa dúvidas de que o produto comercializado era tinta, existindo um erro de classificação do produto já corrigido no sistema da empresa onde o NCM seria 3208 e 3209, porém, em função de erro a empresa autuada registrou o NCM 84798210 um erro causado pelo sistema de informação da empresa.

Em relação à presente impugnação, pede-se que seja observado de forma específica, conforme os destaques “mês a mês” na peça de defesa às fls. 175 a 179 dos autos.

Assim, aduz o sujeito passivo, considerando os erros no que diz respeito a cobrança do ICMS relativo as “tintas”, mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, cujo valor do imposto é cobrado na entrada, diz revelar indevida a autuação de forma parcial, em relação ao período não amparado pela decadência, sendo reconhecido como devido desta infração, o valor histórico de R\$27.083,94.

O agente Fiscal Autuante, em sede de Informação Fiscal, observa que o contribuinte alega que, por erro da empresa, o NCM destacado nas notas, ao invés do correto, foi colocado o NCM 84798210.

Assim, acatando a solicitação do contribuinte, por achar de direito, o agente Fiscal Autuante, refez a parametrização dos itens referentes a este NCM, colocando-os na lista dos substituídos, onde diz que resultou em um novo valor para ambos os exercícios que acosta às fls. 241 a 285, restando os valores históricos de R\$17.386,49, para o ano de 2015, e R\$19.213,07, para o ano de 2016, totalizando a Infração 05 R\$36.599,56.

Posto todos esses esclarecimentos, vejo então restar procedente parcialmente a autuação, nos novos valores apontados pelo demonstrativo de débito de fls. 241 a 285 dos autos, excluído apenas as datas de ocorrências que que, de fato, imperaram a decadência na forma prevista do art. 150, § 4º, do CTN nos termos acima discorrido, em preliminar de mérito. Isto posto resta subsistente parcialmente a infração 05 na forma abaixo:

Data Ocorr	Data Vcto.	Valor Histórico
31/01/2015	09/02/2015	0,00
28/02/2015	09/03/2015	0,00
31/03/2015	09/04/2015	0,00
30/04/2015	09/05/2015	0,00
31/05/2015	09/06/2015	0,00
30/06/2015	09/07/2015	0,00
31/07/2015	09/08/2015	0,00
31/08/2015	09/09/2015	751,49
30/09/2015	09/10/2015	1.142,72
31/10/2015	09/11/2015	2.656,23
30/11/2015	09/12/2015	661,33
31/12/2015	09/01/2016	1.526,69
31/01/2016	09/02/2016	18.019,81
29/02/2016	09/03/2016	68,82
31/03/2016	09/04/2016	68,60
30/04/2016	09/05/2016	16,53
31/05/2016	09/06/2016	352,53
30/06/2016	09/07/2016	42,26
31/07/2016	09/08/2016	0,00
31/08/2016	09/09/2016	2,06
30/09/2016	09/10/2016	0,00
31/10/2016	09/11/2016	126,72
30/11/2016	09/12/2016	362,62
31/12/2016	09/01/2017	153,12
Total da Infração 05		25.951,53

Quanto à infração 06, que diz respeito a ter recolhido a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas no ano de 2015, conforme demonstrativo de fls. 115 a 118 dos autos, com imposto lançado no

valor de R\$193,27, vê-se que o sujeito passivo, em sede de defesa, argui, apenas, que os valores apurados como devidos no período de 30/01/2015 e 31/03/2015, estão extintos pela decadência, reconhecendo como devido o valor histórico de R\$32,85, relativo aos meses de 08/2015 à 12/2015.

Vejo então restar procedente em parte a autuação, excluído apenas as datas de ocorrências que de fato imperaram a decadência, na forma prevista do art. 150, § 4º do CTN nos termos acima discorrido, em preliminar de mérito. Isto posto resta subsistente parcialmente a infração 06 na forma abaixo:

Data Ocorr	Data Vcto.	Valor Histórico
31/01/2015	09/02/2015	0,00
28/02/2015	09/03/2015	0,00
31/03/2015	09/04/2015	0,00
30/04/2015	09/05/2015	0,00
31/05/2015	09/06/2015	0,00
30/06/2015	09/07/2015	0,00
31/07/2015	09/08/2015	0,00
31/08/2015	09/09/2015	2,36
31/10/2015	09/11/2015	4,53
30/11/2015	09/12/2015	2,86
31/12/2015	09/01/2016	23,10
Total da Infração 06		32,85

Em relação à infração 07, que diz respeito a ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior no ano de 2016, conforme demonstrativo de fls. 119 a 121 dos autos, em que foi lançado ICMS no valor de R\$671,58, o sujeito passivo, em sede de defesa, reconhece como devido a autuação.

Assim, não vendo nada que desabone o demonstrativo de débito da infração 07, vejo restar subsistente a autuação na forma abaixo:

Data Ocorr	Data Vcto.	Valor Histórico
30/04/2016	09/05/2016	309,72
30/06/2016	09/07/2016	42,78
30/08/2016	09/09/2016	135,46
30/11/2016	09/12/2016	183,62
Total da Infração 07		671,58

Quanto à infração 08, que diz respeito a ter efetuado 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 ano de 2016, conforme demonstrativo de fls. 122 a 125 dos autos, com imposto lançado no valor de R\$713, vê-se que, o sujeito passivo, em sede de defesa, argui, apenas, que os valores apurados como devidos na data de ocorrência 31/07/2015, estão extintos pela decadência, reconhecendo como devido o valor histórico de R\$223,38, relativo à data de ocorrência de 30/11/2015.

Vejo então restar procedente em parte a autuação, excluído apenas a data de ocorrências que, de fato, imperou a decadência na forma prevista do art. 150, § 4º do CTN nos termos acima discorrido, em preliminar de mérito. Isto posto, resta subsistente parcialmente a infração 08 na forma abaixo:

Data Ocorr	Data Vcto.	Valor Histórico
31/07/2015	09/08/2015	0,00
30/11/2015	09/12/2015	223,38
Total da Infração 08		223,38

A infração 09, trata de multa percentual sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente nos anos de 2015 e 2016, conforme demonstrativo de fls. 125 a 147 dos autos, que totaliza o valor lançado de R\$4.693,86

Em sede defesa, o sujeito passivo observa que em relação a esta infração, no período de 09/2015 e 11/2015, diz que os valores apurados pelo agente Fiscal Autuante são devidos, o que resulta no reconhecimento do valor histórico de R\$609,22, objeto da cobrança existente no auto de infração.

Todavia, no período de 01/2016 e 04/2016, diz que se revela indevida a cobrança, restando impugnada, uma vez que as notas citadas pelo agente Fiscal Autuante, para fins de realizar a cobrança, tiveram os valores do ICMS devido recolhimento corretamente, conforme consta dos DAE de ICMS e planilhas de apuração que diz anexar (Doc. 2.6 e Doc. 2.6.5), razão pela qual, aduz que deve ser revista a atuação acatando as alegações de defesa para fins de exclusão dos valores indevidos.

Em sede de Informação Fiscal, o agente Autuante, registra que, o sujeito passivo, juntou o DAE referente ao mês de janeiro de 2016, no valor de R\$112,44, e referente a abril no valor de R\$735,15, valores estes que por concordar, foram abatidos, resultando, conforme planilha anexada a este às folhas 286 e 287, um valor histórico para a infração em tela de R\$3.577,07, para o exercício de 2016.

Assim, não vendo nada que desabone o novo demonstrativo de débito da infração 09, vejo restar subsistente a autuação na forma abaixo:

Data Ocorr	Data Vcto.	Valor Histórico
30/09/2015	09/10/2015	0,00
30/11/2015	09/12/2015	0,00
31/01/2016	09/02/2016	285,03
30/04/2016	09/05/2016	3.292,04
Total da Infração 09		3.577,07

Por fim, a infração 10 trata de multa por ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias bens ou serviço sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal no ano de 2015, conforme demonstrativo de fls. 147 a 149-v dos autos, que totaliza o valor lançado de R\$420,51.

Em sede de defesa, o sujeito passivo observa que em relação a esta infração, os valores apurados como devidos no período de 01/01/2015 à 31/07/2015, diz que estão extintas pela decadência, conforme destacou acima.

Em seguida, diz que feitas as exclusões à presente autuação, resta devido e reconhecido o valor histórico de R\$389,69, relativo aos meses de 08/2015 à 12/2015.

Diferentemente da arguição de decadência em relação as Infrações nºs 02, 04, 05, 06 e 08 do Auto de Infração em tela, relativamente à infração 10, **que trata da cobrança de multa por ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias bens ou serviço sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal**, a exemplo do discorrido na infração 03, **não há que se arguir a decadência de exigência do débito decorrente das operações comerciais inerentes ao período de 01/01/2015 à 31/07/2015**, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, pois se trata da constituição de um crédito tributário decorrente de multa acessória calcula no percentual de 1% sobre o valor das mercadorias em que o sujeito passivo deu entrada em seu estabelecimento e que deveria ter efetuado o lançamento na escrita fiscal e não o fez, moldando, então, essa operação no art. 173, I do CTN, em que a contagem do prazo dar-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àqueles em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Logo, não há que se falar em decadência em relação aos créditos constituídos nesta infração 10, vez que, o sujeito passivo, foi intimado do Auto de Infração em 26/08/2020, data de ciência do presente procedimento fiscal, então o Estado da Bahia teria até 31/12/2020 para constituir o lançamento, ora em análise, que o fez antes.

Neste sentido, não vendo nada que desabone o demonstrativo de débito da autuação, vejo restar subsistente a infração 10, mantendo o lançamento original na forma a seguir:

Data Ocorr	Data Vcto.	Valor Histórico
31/01/2015	09/02/2015	5,14
31/05/2015	09/06/2015	0,49
30/06/2015	09/07/2015	19,77

31/07/2015	09/08/2015	2,32
31/08/2015	09/09/2015	3,11
30/09/2015	09/10/2015	44,27
31/10/2015	09/11/2015	233,53
30/11/2015	09/12/2015	8,01
31/12/2015	09/01/2016	103,88
Total da Infração 10		420,52

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em tela, na forma a seguir destacada:

INFRAÇÃO	VL LANÇADO	VL JULGADO	MULTA	OCORRÊNCIA	RESULTADO
01 – 01.02.03	497,16	497,16	60%	DEFESA	PROCEDENTE
02 – 01.02.41	21.331,52	19.763,58	60%	DEFESA	PROC EM PARTE
03 – 02.01.02	470,76	470,76	100%	DEFESA	PROCEDENTE
04 – 02.01.03	6.368,02	2.890,70	60%	DEFESA	PROC EM PARTE
05 – 02.01.03	70.701,02	25.951,53	60%	DEFESA	PROC EM PARTE
06 – 03.02.05	193,27	32,85	60%	DEFESA	PROC EM PARTE
07 – 07.01.01	671,58	671,58	60%	ACATA	PROCEDENTE
08 – 07.01.02	713,95	223,38	60%	DEFESA	PROC EM PARTE
09 – 07.15.05	4.693,86	3.577,07	---	DEFESA	PROC EM PARTE
10 – 16.01.01	420,51	420,51	---	DEFESA	PROCEDENTE
TOTAL	106.061,65	54.499,12			

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233048.003/20-5**, lavrado contra **NOVA ERA COMERCIAL DE TINTAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$50.501,54**, acrescido das multas de 60% sobre R\$50.030,78, e de 100% sobre R\$470,76, previstas no art. 42, incisos VII, alínea “a”, II, incisos “a” e “d”, e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas: pecuniária no valor de **R\$3.577,07**, prevista no inciso II, “d” do mesmo diploma legal, e por descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$420,51**, prevista no inciso IX da citada Lei e artigo, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 30 de setembro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADOR