

A. I. Nº - 281521.0002/19-0
AUTUADO - TELEAÇO BAHIA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - AUGUSTO CÉSAR CAMPOS DOS SANTOS
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ VALE DO SÃO FRANCISCO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04/01/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0234-02/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Comprovado nos autos o indevido uso de operações com mercadorias objeto de substituição tributária com fase de tributação encerrada. Infração caracterizada. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES RECOLHIDOS E OS INFORMADOS E DESTACADOS NOS DOCUMENTOS, LIVROS E INFORMAÇÕES ECONÔMICO FISCAIS. Valor reduzido mediante comprovação de pagamento por denúncia espontânea antes do início da ação fiscal. Infração parcialmente subsistente. **b)** APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Infração não elidida. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS PARA O ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO **b)** MATERIAIS PARA USO E CONSUMO. Valores reduzido mediante comprovação de pagamentos anteriores o início da ação fiscal. Infrações parcialmente subsistentes. Rejeitadas preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/03/2019, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$79.421,61, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 01.02.06. Uso indevido de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária. Valor: R\$ 12.519,46. Período: Janeiro a Março, Maio a Novembro 2015, Janeiro, Fevereiro e Outubro 2016. Enquadramento legal: Arts. 9º e 29, § 4º, II da Lei 7014/96 c/c art. 290 do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, VII, “a” da Lei 7014/96.

Infração 02 – 03.01.04 – Recolhimento a menos de ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado em documentos fiscais e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos. Valor: R\$60.110,24. Período: Junho e Julho 2015. Enquadramento legal: Arts. 24 a 26, 32 e inciso III do art. 34 da Lei 7014/96, c/c arts. 215, 248, 255, 257 a 259, 263, 304 e 332 do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, II, “b” da Lei 7014/96

Infração 03 - 03.02.02 – Recolheu ICMS a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor: R\$1.105,29. Período: Janeiro a Abril, Julho a Dezembro 2015, Janeiro a Dezembro 2016. Enquadramento legal: Arts. 15, 16 e 16-A do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, II, “a” da Lei 7014/96.

Infração 04 - 06.01.01. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas

ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor: **R\$2.299,71**. Período: Fevereiro e Junho 2015. Enquadramento legal: Art. 4º, XV da Lei 7.014/96, c/c art. 305, § 4º, III, “a” do RICMS/2012. Multa: 60%, prevista no art. 42, II, “f” da lei 7.014/96.

Infração 05 - 06.02.01. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas a consumo do estabelecimento. Valor: R\$ 3.385,61. Período: Janeiro 2015 a Julho 2016, Setembro a Dezembro 2016. Enquadramento legal: Arts. 4º, XV, da Lei 7014/96 c/c art. 305, § 4º, III, “a” do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, II, “f” da Lei 7014/96.

O Autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 81, ingressa com impugnação às fls. 60 a 72. Depois de reproduzir as infrações, argumenta:

DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO

Reproduzindo o art. 196 do CTN, Arts. 22, III e § 1 do RPAF, diz que apesar da empresa funcionar no endereço cadastrado e ter ativo seu cadastro no DT-e, não recebeu intimação que indicasse o início do procedimento fiscal, sendo que as duas únicas intimações realizadas via DT-e em 22/01/2019 são para correções de arquivos EFD, tendo, inclusive, o contribuinte protocolado pedido de esclarecimento na SEFAZ.

Fala que PAF se caracteriza por conjunto de atos interligados, expedidos pela Administração, visando exigência de crédito tributário e como se trata de atividade administrativa vinculada, o agente fica obrigado a agir em conformidade com a legislação que trata da matéria, sem margem para discricionariedade quanto aos procedimentos e ao modo de apreciar os fatos apurados, sendo que, no caso em tela, ele não intimou o contribuinte do início da fiscalização.

Aduz não discutir o direito de o fisco fiscalizar, mas deve rigorosamente observar o procedimento a ser adotado, conforme definido no RPAF, especialmente tratando-se de intimação, tendo em vista que o desconhecimento do início da auditoria, impossibilita o contribuinte de apresentar a documentação exigida e, acima de tudo, exercer a ampla defesa e o contraditório na fase investigativa, conforme entendimento da 1ª CJF no Acórdão nº 0019-11/13, cujo parte do voto, reproduz, bem como do Acórdão CJF 0172-12/16.

DO MÉRITO

Para a Infração 01, toma por exemplo o produto TELHA METÁLICA (NCM 7308909) para alegar haver equívoco do Autuante quanto ao enquadramento no regime de substituição tributária, pois não constava do Anexo 1 em 2015, já que somente foi inserido no Anexo 1 pelo Decreto 16.499 de 23/12/2015, com vigência a partir de 01/01/2016, de modo ser descabida a infração em relação às TELHAS METÁLICAS e demais produtos no ano de 2015, tendo em vista que o produto não constava sujeito a ICMS por substituição tributária, pois nesse ano sofria normal tributação.

Reproduzindo o art. 150, “a” da CF/88, diz que aceitar a imposição tributária, é ferir o princípio da irretroatividade previsto no citado dispositivo legal.

Aduz que este mesmo fato se repete em relação ao TUBO PATENTE, ARAMES (produtos sob tributação normal) e demais produtos constantes na Infração 01.

Infração 02

Fala que mais uma vez o Autuante alega de que o contribuinte recolheu a menos o ICMS em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou eletrônicas.

Afirma que, de fato, no mês 07/2015 o contribuinte havia recolhido a menos R\$60.000,00, todavia de forma espontânea parcelou a dívida, antes de qualquer procedimento fiscal e o adimpliu completamente (Vide Relatório do PAF 800000.0014/16-1, com indicativo de saldo R\$0,00; Detalhe do PAF que indica um débito declarado de R\$60.000,00; Consulta de pagamento indicando o adimplemento das 24 parcelas do parcelamento), de modo que o crédito se extinguiu nos termos do art. 156, I do CTN.

Infrações 04 e 05

Lista as NFs que o Autuante o acusa de ter deixado de recolher ICMS DIFAL relativo a aquisições para uso e consumo, mas os valores foram devidamente recolhidos, conforme comprovam os DAEs que anexa.

Diz que da mesma forma recolheu o ICMS DIFAL das NF-es 869, 3806 e 7769, relativas a aquisições para o ativo imobilizado, conforme comprovam os DAE anexados.

Conclui pedindo que o AI seja declarado nulo e no mérito seja reconhecida sua improcedência.

O autuante presta informação fiscal, fls. 131 a 133. Afirma não proceder o argumento de nulidade, pois para rememorar junta cópia da Intimação enviada ao DT-e do contribuinte para apresentação de livros e documentos fiscais, cuja ciência do contribuinte ocorreu em 06/02/2021, em que consta a correção da EFD (pgs. 125 e 126).

DO MÉRITO

Infração 01

Informa apresentar extrato do livro fiscal do contribuinte em 2015 (fl. 127) registrando que o autuado tratou as telhas como mercadoria com antecipação tributária por substituição, pois na EFD está com alíquota zero, além de trazer a NCM classificada como “zero”, mas creditando-se de imposto indevido, diferentemente do que apresenta nos autos NCM 730809.

Informa que a alegação de que em 2015 as “telhas” não estavam na ST, somente ingressando em 2016, através do Decreto 16.499, não procede, pois tal decreto serviu a uma inovação que incorporou o CST (Código da Situação Tributária), cujo objetivo foi individualizar as mercadorias da ST.

Aduz que, do mesmo modo, o contribuinte escriturou o Arame como mercadoria da ST, creditando-se de imposto indevido (pg. 129) e ratifica que o “Tubo Patente” não consta no Demonstrativo de Débito, como afirma o Impugnante.

Infração 02

Diz que apesar de constar no livro de apuração o débito de R\$ 60.000,00, o contribuinte comprovou a quitação via parcelamento, fato que, diz, “suspende a exigibilidade do crédito tributário”, mas o mesmo não ocorre com relação a R\$ 110,24, pois o Impugnante não comprovou pagamento.

Infração 04

Informa que o correto código de recolhimento é 0791 (ativo imobilizado) e, por sua vez, o Impugnante apresenta DAE's com recolhimento no código 2175 (Antecipação Parcial). Contudo, diz, conferindo os n's das notas fiscais nas cópias dos DAE's, confirma-se com as listadas no Demonstrativo de débito, exceto a nota fiscal 869 de 02/2015, que não demonstrou o recolhimento, de modo que resta R\$ 235,93 a recolher.

Infração 05

Informa que o correto código de recolhimento é 0791 (material de uso e/ou consumo) e, por sua vez, o Impugnante apresenta DAE's com recolhimento no código 2175 (Antecipação Parcial). Contudo, diz, conferindo os n's das notas fiscais nas cópias dos DAE's, confirma-se com as listadas no Demonstrativo de débito, exceto as notas fiscais 1344 e 21251 de 05/2015, que não demonstrou o recolhimento, de modo que resta R\$ 36,58 a recolher.

Conclui chamando atenção para o fato de as intimações enviadas para correções de itens da EFD serem relativas apenas a obrigações acessórias sem repercussão nas infrações elencadas.

À fl. 139, consta o seguinte pedido de diligência fiscal:

A acusação fiscal é de cometimento de 05 infrações. O sujeito passivo impugna o mérito das infrações 01, 02, 04 e 05:

Infração 01 – 01.02.06

Citando como exemplo as mercadorias “TELHA METÁLICA”, “TUBO PATENTE” e “arame”, diz que o autuante incluiu na glosa de crédito fiscal mercadorias de tributação normal como se fora enquadrada no regime de substituição tributária.

Infração 02 - 03.01.04

Diz que o crédito reclamado (ocorrência 31/07/2015 – R\$60.000,00), foi objeto de parcelamento.

Infrações 04 – 06.01.01 e 05 – 06.02.01

Diz que, ao contrário do que se lhe acusa, recolheu o ICMS DIFAL.

Considerando que na Informação Fiscal de fls. 131-133 o autuante reconhece a pertinência de parte das alegações defensivas, por unanimidade dos julgadores, essa 2ª JJF resolveu baixar o PAF em diligência para:

Autuante

- a) Ajustar o procedimento fiscal produzindo novos demonstrativos relativos aos valores que entende restarem devidos, inclusive o de débito;
- b) Produzir nova Informação Fiscal nos termos do artigo 127, § 6º do RPAF.

Concluída a diligência, mediante recibo e entrega de cópia da Informação Fiscal, bem como de demonstrativos produzidos, o sujeito passivo deverá ser notificado com indicação do prazo regulamentar para, querendo, manifestar a respeito.

Caso o sujeito passivo se manifeste, a autuante deverá ser cientificado.

Após transcorrido o prazo pertinente, o PAF deverá retornar ao CONSEF para o prosseguimento processual.

Por consequência, às fls. 144-148, consta Informação Fiscal prestada por Autoridade Fiscal estanha ao feito a causa da aposentadoria da Autoridade Fiscal autuante.

De logo, informa prestar Informação Fiscal em complemento à já prestada pelo Autuante e que a arguição de nulidade não prospera, pois a Intimação para apresentação de livros e documentos e/ou prestação de informações constante à fl. 125 dos autos foi postada via DT-e em 22/01/2019, a data de ciência do contribuinte autuado é 06/02/2019 e o AI foi lavrado em 28/03/2019.

Infração 01

Informa trazer cópia do livro fiscal do contribuinte em 2015 (fl. 127) denotando o tratamento de mercadoria da ST para “Telhas”, pois ali consta com alíquota zero e NCM classificado como “zero”, creditando-se de imposto indevido, diferentemente do que apresenta nos autos (NCM 7308909).

Por outro lado, informa que a alegação de que as telhas só passaram a constar do Regime de Substituição Tributária em 2016, não procede, porque o Dec. 16.499 teve por objetivo inovação que incorporou o CST (Código da Situação Cadastral), de modo a individualizar as mercadorias da ST.

Do mesmo modo, diz que o contribuinte escriturou o “Arame” como mercadoria da ST, creditando-se (fl. 129) e confirma que o “Tubo Patente” não consta listado no demonstrativo da infração, como afirma o Impugnante.

Aduz que as informações prestadas pelo Autuante, confirmam a infração e a peça defensiva não comprova suas alegações, ou seja, não demonstra ter dado tratamento de tributário normal às mercadorias objeto da autuação.

Infração 02

Confirma o parcelamento relativo à ocorrência de 31/07/2015 e que o Impugnante não comprovou a quitação do valor da ocorrência de 30/06/2015 (R\$110,24).

Infração 03

Diz que a infração foi tacitamente reconhecida, visto que não foi questionada pelo Impugnante.

Infração 04

Confirma o pagamento parcial com a inversão de código de receita como já reparado na Informação Fiscal do Autuante, exceto para a Nota Fiscal 869, com o que ajusta o valor devido para R\$235,93, ocorrência de 28/02/2015.

Infração 05

Confirma a Informação Fiscal do Autuante dizendo restar devido apenas R\$36,58 relativo à ocorrência de 31/05/2015.

Conclui pugnando pela procedência parcial do AI, no sentido de manter os valores cobrados para as infrações 01 e 03, e de R\$110,24, R\$235,93 e R\$ 36,58, para as infrações 02, 04 e 05, respectivamente.

Regularmente intimado do resultado da diligência (fl. 155), o sujeito passivo não se manifestou.

Presente na sessão de julgamento, o representante legal do sujeito passivo, Emanuel Silva Antunes, OAB/PE 35.126, ratifica o teor da Impugnação, especialmente, a falta de Intimação do início da ação fiscal, bem como dos créditos relativos aos produtos “Telhas” e “Arame”, que entende correto, ainda que confirme que o contribuinte tenha dado tratamento de mercadoria enquadrada no regime de ST.

VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração exige o valor de R\$79.420,61, acusando o cometimento de 05 (cinco) infrações.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documentos e recibos de fls. 55 e 125-126, bem como do que se percebe na peça defensiva, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 13-52, 125-130 e CD de fl. 53); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise. Portanto, sem sentido lógico ou jurídico a nulidade suscitada por falta de Intimação informando o início da ação fiscal, pois tal documento foi postado em 22/01/2019 via DT-e, com ciência do contribuinte em 02/02/2019 (fls. 125-126) e o AI foi lavrado em 26/03/2019. Rejeito, pois, a arguição de nulidade.

Indo ao mérito do caso, de logo observo tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Por não ter sido contestada, a infração 03 não integra a lide e, por nada ter que reparar de ofício quanto o procedimento fiscal, firma-se subsistente nos termos do art. 140 do RPAF.

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Para efeito homologatório dos prévios procedimentos efetuados pelo contribuinte, mediante uso do Sistema Integrado de Auditoria Fiscal – SIAF, ferramenta de auditoria de ICMS criado e

desenvolvido por Auditores Fiscais da SEFAZ-BA com apoio do Instituto dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia – IAF, o lançamento tributário em revisão neste órgão administrativo judicante decorre do confronto dos dados registrados pelo contribuinte e compostos no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, instrumento legal que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração contábil e fiscal dos contribuintes, mediante fluxo único, computadorizado, de informações empresariais com repercussões tributárias (Dec. nº 6.022/2007: Art. 2º).

Tem suporte probatório nos demonstrativos e documentos autuados constantes do CD de fl. 53, cujas planilhas, conforme o caso, identificam: NF, data de emissão, número, chave de acesso, UF, NCM, descrição da mercadoria, quantidade, CFOP, vlr item, BC ICMS, alíquota e vlr do crédito utilizado, alíquota e vlr do ICMS legal, valor do ICMS objeto da autuação.

Infração 01 (uso indevido de crédito fiscal)

O Impugnante alegou que as a mercadoria “Telha Metálica”, só passou a integrar o regime de substituição tributária em 2016, o mesmo ocorrendo com as mercadorias “Tubo Patente” e “Arame”, de modo que correto o uso do crédito fiscal em 2015.

Sem razão a alegação defensiva, pois além da “Telha” também constar no Anexo 1 de 2015 como “Telha” de modo geral, portanto, sem discriminar o tipo, a alteração ocorrida em 2016, introduzindo código da situação tributária para tal produto, serviu apenas para segmentar seus tipos e tanto isso é verdade que conforme prova dos extratos de fls. 127 e 130 contendo dados extraídos da EFD do contribuinte autuado, denota-se que a despeito de tratar tal produto como sujeito a ST, indevidamente utilizou crédito fiscal por aquisição dessa mercadoria e, como atestam os extratos de fls. 128 e 129, o mesmo correu com as mercadorias “Tubo Patente” e “Arame, de modo que acertadamente agiu a Autoridade Fiscal autuante neste quesito.

Tenho, portanto, a Infração 01, como subsistente.

Infração 02 (recolhimento a menos de ICMS por divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado nos livros e informações econômico-fiscais)

Essa infração possui duas ocorrências nos valores respectivos de R\$110,24 (30/06/2015) e R\$60.000,00 (31/07/2015). Para a ocorrência de R\$60.000,00, embora a reconheça pertinente, apresentou elementos probatórios que tal valor foi objeto de denúncia espontânea antes do início da ação fiscal, inclusive dizendo já ter concluído o pagamento pactuado para tal valor, fato que foi acatado tanto pela Autoridade Fiscal autuante, quanto por autoridade estranha ao feito por força de diligência deferida no curso da instrução processual, oportunidades em que apenas informaram restar devido R\$110,24, relativo à ocorrência de 30/06/2015, por falta de comprovação de pagamento, resultado que acolho para ter a infração como parcialmente subsistente.

Infrações 04 e 05 (falta de recolhimento de ICMS DIFAL)

Listando as NF-s objeto da exação, apresentando elementos de prova (“DAE’s e relação com dados de valores recolhidos), o Impugnante alegou nada dever das operações objeto da autuação.

Por sua vez, tanto o Autuante como o diligente estranho ao feito, confirmam as razões defensivas, exceto para a NF 869 para a Infração 04, ajustando o valor devido para R\$235,93, ocorrência de 28/02/2015 e para a Infração 05, R\$ 36,58 relativo à ocorrência de 31/05/2015, valores que por nada a ter que reparar quanto ao procedimento fiscal efetuado no ajuste, a exemplo do visto para a Infração 02, acolho para ter as Infrações 04 e 05 como parcialmente subsistentes, inclusive com fundamento no art. 140, do RPAF, uma vez que quando regularmente intimado para conhecer o ajuste efetuado por ocasião da Informação Fiscal da Autoridade Fiscal estanha ao feito (fls.144-150), podendo, o sujeito passivo, não se manifestou.

Voto pelo PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, mantendo-se os demonstrativos de débito originais para as Infrações 01 e 03, alterando-se os das demais infrações, conforme exposto no voto:

Infração 02; Ocorrência de 30/06/2015 - R\$ 110,24

Infração 04: Ocorrência de 28/02/2015 - R\$ 235,93

Infração 05: Ocorrência de 31/05/2015 - R\$ 36,58

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** Auto de Infração nº **281521.0002/19-0**, lavrado contra **TELEAÇO BAHIA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.854,88** acrescido da multa de 60%, prevista nos incisos VII, alínea “a”, II, alíneas “a”, “f” e “b” do art. 42 da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR