

A. I. N° - 269130.0006/19-8
AUTUADO - CARLOS RODRIGUES DE SANTANA
AUTUANTE - MIRIAM BARROSO BARTHOLO
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ OESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 12/05/2022

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0045-03/22-VD

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O Autuado logra êxito em elidir parcialmente a autuação. Em sede de informação fiscal, o Autuante, com base nas comprovações carreadas aos autos pelo sujeito passivo, refaz o levantamento fiscal reduzindo o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Acolhida a preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 13/03/19, exige crédito tributário no valor de R\$ 140.881,28, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento da Infração 01 - 03.02.02 – Recolhimento a menos do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2017. Demonstrativo às 12 a 16 e CD à fl. 17.

O Impugnante, por intermédio de sua patrona com procuração à fl. 32, apresenta defesa, fls. 20 a 25, na qual, depois de assinalar sua tempestividade, articula as argumentações a seguir resumidas.

Afirma ser a presente autuação improcedente não merecendo prosperar por não existir configuração de qualquer ilegalidade cometida e que agiu corretamente. Observa que o que ocorrera foi, tão-somente, erro no CFOP indicado na nota fiscal de saída, emitida pela Autuada.

Destaca que se trata, pois, de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária (produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos salgados ou temperados, exceto charque e *jerked beef* - 0201; 0202; 0203; 0204; 0206; 0209 e 0210 e resultante do abate de aves - 0207 e 0210), em que não há destaque do ICMS. Observa que o código correto é o CFOP 5.405, entretanto, por equívoco, constou o código CFOP 5.102.

Assinala que a Nota Fiscal nº 174136 se trata de uma venda de imobilizado usado, logo, está desobrigada de destacar/recolher o ICMS.

Assevera que essas operações não ensejam o recolhimento do ICMS.

Revela que no tocante ao lançamento por homologação, que é o caso do ICMS, o prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício em que o imposto deveria ter sido lançado, quando não se tem como vislumbrar a data da ocorrência do fato gerador (art. 173, inciso I, do CTN) e da data do respectivo fato quando se puder determiná-la (art. 150, §4º, do CTN).

Registra que, como é regra de Direito, iniciada a fluência do prazo decadencial, nenhum fato terá efeito sobre seu transcurso.

Lembra que de acordo com o inciso II, do art. 173, do CTN o direito de proceder ao lançamento extingue-se em cinco anos contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Em sendo assim, menciona que decaiu o direito de o Fisco cobrar eventual ICMS devido até 30/04/2014. Assim, pugna pelo reconhecimento da homologação tácita, em virtude do transcurso do prazo decadencial entre a data o pagamento supostamente a menos até a notificação do presente Auto de Infração.

Sustenta ser sabido que o lançamento tributário não se afasta do conceito de ato administrativo, cujos elementos constituem pressupostos necessários para a sua validade. Lembra que aliado à competência, forma, objeto e finalidade, o motivo é um dos elementos cuja não observância acarreta a invalidade do ato por estar contaminado pelo vício de ilegalidade.

Diz ser inaceitável no Direito Público a prática de ato administrativo/lançamento sem que Fisco tenha tido, para tanto, razões de fato ou de direito, responsáveis pela emissão da vontade.

Menciona que por se tratar de função vinculada, cabe à Administração verificar a existência, no mundo real, dos fatos previstos na norma tributária ensejadora do lançamento, promovendo o seu perfeito enquadramento para efeito de aplicação da sanção.

Afirma que a presente autuação foi lavrada com auxílio do sistema da SEFAZ que cruza informações com base no CFOP indicado nas notas fiscais constante no banco de dados da SEFAZ.

Cita que no presente caso, ao que tudo indica, não se analisou as mercadorias objeto das operações de comercialização, uma vez que se trata de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e/ou redução de alíquota ou base de cálculo (produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos salgados ou temperados, exceto charque e *jerked beef* - 0201; 0202; 0203; 0204; 0206; 0209 e 0210 e resultante do abate de aves - 0207 e 0210).

Menciona que em algumas notas fiscais de saída o código correto é o CFOP 5.405, entretanto, por equívoco, constou o código CFOP 5.102, o que acabou induzindo em erro a Autuante, que não observou que se tratava de mercadorias sujeitas à substituição tributária e não são tributadas.

Afirma que as planilhas anexas evidenciam cada operação relacionada pela Autuante, detalhando a mercadoria e quais estão abarcadas pela substituição tributária.

Ressalta, conforme informado acima, a fiscalização se restringiu a analisar o CFOP constante na nota fiscal, sem observar, contudo, que se tratava de operações sujeitas à substituição tributária.

Destaca que o seu erro escusável, na indicação da CFOP da operação não enseja o recolhimento do imposto sobre a comercialização de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária.

Remata frisando que, como atestam as planilhas anexas que relacionam cada operação sujeita ao Regime de Substituição Tributária, deve ser julgado improcedente o presente Auto de Infração, já que não há qualquer saldo de imposto a ser recolhido.

Conclui requerendo, inicialmente, seja reconhecida a decadência do presente lançamento para cobrança de eventual ICMS devido até 30/04/2014.

Em relação ao mérito, assinala que, como restou demonstrado por erro escusável seu, conforme informado acima, a fiscalização se restringiu a analisar o CFOP constante na nota fiscal, sem observar, contudo, que se tratava de operações sujeitas à substituição tributária.

Arremata frisando que, como atestam as planilhas anexas que relacionam cada operação sujeita ao Regime de Substituição Tributária, deve, pois, ser julgado improcedente o presente Auto de Infração, já que não há qualquer saldo de imposto a ser recolhido.

Conclui requerendo seja julgada insubsistente/improcedente a autuação.

A Autuante presta informação fiscal, fls. 284 a 286, - demonstrativo às fls. 288 a 295 - CD à fl. 296, articulando as ponderações a seguir sintetizadas.

Depois de reproduzir as alegações apresentadas pelo Impugnante, afirma que, de fato, alguns produtos listados no levantamento fiscal estão elencados nos respectivos Anexo I, do RICMS-BA vigentes nos anos de 2014, 2015, 2016 e 2017 foram retirados da lista de produtos a autuar.

Observa que da mesma forma foi desconsiderada a saída do caminhão acobertada pela Nota Fiscal de nº 174.136, referente à venda de ativo imobilizado.

Informa, com base em planilha que acosta às fls. 285 e 286, restou a recolher o valor remanescente de R\$47.053,70, anexando, também, às fls. 288 a 295, planilhas contendo os itens atualizados e os itens selecionados após a revisão realizada.

O Autuado se manifesta acerca da informação fiscal, fls. 300 e 301, reprisa seu pleito pela decadência dos fatos geradores ocorridos até 30/04/2014.

Em relação ao mérito, destaca que restou demonstrado que por erro escusável, conforme exposto em sede defesa e acolhido pela Autuante, a fiscalização se restringiu a analisar o CFOP constante na nota fiscal, sem observar, que se tratava de operações sujeitas à substituição tributária, conforme diz atestarem as planilhas que juntou em sua Defesa relacionando cada operação sujeita ao regime de Substituição Tributária.

Conclui reiterando a defesa apresentada e pugnando pela improcedência do Auto de Infração.

A Autuante presta nova informação fiscal às fls. 305 e 307, reafirmando seu entendimento de que o prazo para lançamento relativo a fatos geradores ocorridos em 2014 encerra no dia 31 de dezembro de 2019, conforme expresso no inciso I, art. 173, do CTN

Conclui assinalando que, refez as tabelas do Auto de Infração e que restou o valor remanescente de R\$47.053,70 como se verifica nas tabelas que anexou junto à Informação fiscal anteriormente prestada.

VOTO

De início, depois de examinar os elementos que compõem o PAF, constato que o lançamento está fundamentado em expressa disposição legal, sendo que as infrações estão estritamente baseadas no RICMS-BA/12, bem como na Lei 7.014/96, não vislumbrando, deste modo, qualquer violação aos princípios da legalidade, da equidade, da segurança jurídica, da verdade material e da proporcionalidade.

Verifico que estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos: o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários exigidos, não estando o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses preconizadas pela legislação de regência, precipuamente as previstas no art. 18 do RPAF-BA/99, que pudesse inquirir de nulidade o presente lançamento.

O Autuado suscitou preliminar de decadência, aduzindo que todos os valores exigidos relativos aos meses de janeiro a abril de 2014, estão alcançados pela decadência nos termos do §4º, do art. 150 do CTN.

Analisando a preliminar de decadência suscitada pelo defendente, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado em 13/03/2019, e o Autuado tomou ciência da autuação em 30/04/2019, fl. 18, para exigir imposto a fatos geradores ocorridos de janeiro de 2014 a dezembro 2017, o defendente fundamentou a sua alegação, aduzindo ser o ICMS imposto com lançamento por homologação, e que o prazo decadencial tem início na data do respectivo fato gerador.

Saliento que em relação ao tema Decadência, a PGE - Procuradoria Geral do Estado, por meio da Procuradoria Fiscal, através da emissão do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, manifestou o 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 ou prestações tributáveis, apura o monte do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas)”*.

Os recentes julgados envolvendo questionamento em torno da contagem do prazo decadencial, prolatados pela Segunda Instância deste CONSEF, têm acompanhado o entendimento esposado no referido Incidente de Uniformização.

Assim, nos termos expendidos, entendo que assiste razão ao Impugnante quanto à fruição do prazo decadencial, a partir da data da ocorrência do fato gerador, no que diz respeito às operações cujas ocorrências se deram no período de janeiro a abril de 2014, haja vista que a Infração 01 do Auto de Infração apura irregularidades que foram declaradas pelo Impugnante e deve ser aplicado o § 4º, do art. 150 do CTN. Portanto, na data da ciência da lavratura do Auto de Infração, em 30/04/2019, conforme se verifica à fl. 18, haviam sido tragadas pela decadência, e neste caso, o fisco perdeu o direito de promover o lançamento tributário.

Assim, devem ser excluídos os valores apurados nos meses de jan/14 - R\$ 176,03, fev/14 - R\$ 336,31, mar/14 - R\$ 147,52 e abr/14 - R\$ 667,37, do débito apurado.

Nesse sentido, acato a preliminar de Decadência suscitada.

No mérito, cuida o presente Auto de Infração do cometimento do recolhimento a menos de ICMS, em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2017, consoante demonstrativo às fls. 12 a 16 e CD à fl. 17.

Em sua Impugnação, o Autuante registrou que cometeu um equívoco no CFOP ao emitir algumas notas fiscais de saída, uma vez que o código correto do CFOP seria 5.405, entretanto, constou CFOP 5.102.

Explicou tratar-se de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária (produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos salgados ou temperados, exceto charque e *jerked beef* - 0201; 0202; 0203; 0204; 0206; 0209 e 0210 e resultante do abate de aves - 0207 e 0210), em que não há destaque do ICMS. Explicou ainda, que a Nota Fiscal nº 174136 se trata de uma venda de imobilizado usado, logo, está desobrigado em destacar/recolher o ICMS.

Ao proceder à informação fiscal, a Autuante, depois de examinar os fundamentos das alegações carreadas aos autos pelo Impugnante, registrou que as reconheceu como procedentes asseverando que de fato alguns dos produtos arrolados no levantamento fiscal estão elencados no Anexo I, do RICMS-BA vigentes nos exercícios fiscalizados e que procedera e exclusão, juntamente com a Nota Fiscal de nº 174136, por se tratar de saída de caminhão - venda de ativo imobilizado.

A Autuante acostou às fls. 285 e 286, novo demonstrativo sintético do débito remanescente no valor de R\$ 47.503,70, às fls. 288 a 295, e CD à fl. 296 "Relação dos Itens Mantidos" e Relação dos Itens Excluídos", cujas cópias foram enviadas ao Autuado.

O Autuado, ao tomar ciência dos ajustes realizados pela Autuante, destacou que restou demonstrado nos autos seu erro escusável, conforme exposto em sede defesa e acolhido pela Autuante, a fiscalização se restringiu a analisar o CFOP constante na nota fiscal, sem observar que se tratava de operações sujeitas à substituição tributária, conforme diz atestarem as planilhas que juntou em sua Defesa, relacionando cada operação sujeita ao regime de Substituição Tributária. Sem apontar qualquer equívoco ou inconsistência no demonstrativo ajustado pela Autuante, manteve seu pedido pela improcedência da autuação.

Ao examinar todos os elementos que compõem o contraditório, constato que depois da intervenção da Autuante, em sede de informação fiscal, que acolheu as alegações da defesa acompanhadas de comprovação nos próprios autos, e exclui as referidas operações do levantamento fiscal, deixou de existir lide em torno da exação, objeto da autuação.

Eis que ao expurgar as operações alheias à acusação fiscal, o novo demonstrativo elaborado pela Autuante reflete com fidedignidade o cometimento da irregularidade pelo Impugnante.

Logo, acolho parcialmente o novo demonstrativo elaborado pela Autuante, acostado às fls. 285 e 286, no valor de R\$ 47.053,70, do qual devem ser excluídas as parcelas alcançadas pela decadência, atinentes aos meses de janeiro a abril de 2014, perfazendo o total de R\$ 879,84.

Nos termos expendidos, concluo pela subsistência parcial da autuação no valor remanescente de R\$ 46.173,87.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE PARTE** o Auto de Infração nº **269130.0006/19-8**, lavrado contra **CARLOS RODRIGUES DE SANTANA**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 46.173,87**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “a”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2022.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA