

A. I. Nº - 206880.0001/20-6
AUTUADO - SOBESA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS SANTANENSE LTDA.
AUTUANTE - EDIMAR NOVAES BORGES
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ SERTÃO PRODUTIVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 09/06/2022

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0072-03/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Contribuinte apresenta elementos que descaracterizam a acusação fiscal. Infração insubsistente. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. a) DIVERGÊNCIA ENTRE O IMPOSTO RECOLHIDO E O ESCRITURADO NO DOCUMENTO FISCAL. Irregularidade reconhecida pelo autuado. Infração mantida b) VENDAS INTERESTADUAIS A NÃO CONTRIBUINTES. UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA INDEVIDA. Ante às provas apresentadas pelo contribuinte, ajustes realizados pelo Autuante reduzem o valor originalmente lançado. Infração parcialmente subsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. ENTRADAS NÃO ESCRITURADAS. MULTA. a) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. O Autuado não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Aplicada a decadência nas ocorrências do exercício de 2014. Infração parcialmente caracterizada. b) MERCADORIAS OU SERVIÇOS TOMADOS. Fato reconhecido. Infração caracterizada. Aplicada a decadência aos valores referentes ao exercício de 2014, na infração 03 e 04, nos termos do art. 156, inciso V do CTN. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/12/2019, exige crédito tributário no valor de R\$ 51.089,75, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01. 01.02.40 – utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de maio, agosto, setembro a dezembro de 2014, abril, julho e agosto de 2015 e junho de 2016, valor de R\$2.563,43, acrescido da multa de 60%;

Infração 02. 03.01.04 – recolhimento a menos de ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado em livros e documentos fiscais, declarações econômico-fiscais ou arquivos eletrônicos, nos meses de junho e outubro de 2015, no valor de R\$1.438,45, acrescido da multa de 60%;

Infração 03. 03.02.07 – recolheu a menos o ICMS em razão de venda de mercadoria a não contribuintes do imposto, localizados em outra Unidade da Federação, utilizando a alíquota interestadual, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015, no valor de R\$19.784,35, acrescido da multa de 60%;

Infração 04. 16.01.02. deu entrada no estabelecimento, de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2014 a novembro de 2017, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não registrada, totalizando R\$25.534,58;

Infração 05. 16.01.06. deu entrada no estabelecimento, de mercadorias ou serviço tomado, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2017 a outubro de 2018, e março a maio de 2019, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não registrada, totalizando R\$1.768,94.

O autuado impugna o lançamento fls.23/47, por conduto de seus advogados regularmente constituídos conforme procuração e substabelecimento anexos (doc. 02), todos com endereço profissional indicado no rodapé da peça defensiva, onde recebem intimações e notificações. Resume os fatos autuados. Registra que a defesa é tempestiva. Afirma que, vem diante da lavratura do Auto de Infração em epígrafe, por meio de seus procuradores signatários, apresentar impugnação, pelas razões expostas a seguir.

Diz que houve equívoco por parte do Auditor Fiscal na análise da Lei Complementar 123/06 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte); da Lei 7.014/96 (Lei do ICMS); do Decreto 7.629/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA)); e, por conseguinte, aos cálculos e formas nelas previstas, conforme passa a demonstrar.

Afirma que as presentes alegações encontram amparo legal na letra “a”, do inciso XXXIV, do art. 5º da Carta Magna, e o artigo 23 do RPAF/99, que reproduz.

Aduz que no caso ora em exame, o Auditor Fiscal se equivocou, e não existe o débito fiscal na forma por ele apontado. Tudo será demonstrado nas linhas adiante.

Conforme prevê o art. 28 da Lei 7014/96, o imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou por outra Unidade da Federação. De mais a mais, o art. 29 da citada lei, prevê que ao sujeito passivo é assegurado o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria no estabelecimento. Nesta toada, acaso haja destacado no rodapé da nota fiscal de entrada de mercadoria, esta pode e deve ser creditada, sob pena de afronta aos dois artigos de lei citados.

Da análise da Infração 01 comenta que o Auditor fiscal apurou que em algumas notas fiscais (2222; 2223; 2304; 2339; 2396; 2441; 2444;2478; 2646; 2756; 2822) relativas aos meses de maio, agosto, setembro, outubro, novembro, e dezembro de 2014, abril, julho e agosto de 2015; houve utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em valor superior ao destacado. Ocorre que, a Lei Complementar nº 123/2006, o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, prevê em seu art. 23, § 1º, que a empresa optante do Simples Nacional deve ter destacado no rodapé da NF o valor de ICMS passível de crédito. Assim, para as empresas que adquiriram mercadorias de microempresa ou empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional, para o fim de comercializar as mercadorias adquiridas ou para fins de industrialização, terá esta adquirente o direito de utilizar o crédito correspondente ao ICMS destacado na NF pela empresa optante do Simples Nacional, da qual se adquiriu as mercadorias, na alíquota que lhe é aplicada.

Aduz que procedeu nos exatos termos previstos na Lei Complementar 123/2006, quando verificou do destaque realizado no rodapé das NFs das empresas optantes do Simples Nacional, o valor de ICMS passível de crédito, nos termos do quanto determinado no art. 23, §§1º e 2º da referida lei. Comenta que de maneira transparente, reporta-se ao cálculo através de relatório anexo (doc. 04), explicitando, com fulcro na análise técnica pormenorizada da Contabilidade, que os valores creditados de ICMS, foram de fato considerados de forma correta, em contraposição ao quanto observado pelo Auditor Fiscal. De mais a mais, a decadência está expressa no CTN, art. 173, regulamenta este instituto no Direito Tributário nacional.

Explica que a decadência representa a perda do direito da Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal, constituir, através do lançamento, o crédito tributário, em razão do decurso do prazo de 5 anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No caso dos autos, diz que é possível aferir da sua análise que o imposto cobrado é o ICMS, sujeito ao lançamento por homologação, já que é o sujeito passivo quem tem o dever de declarar à autoridade fiscal as operações tributáveis, além de calcular o montante devido e antecipar o seu pagamento sem prévio exame do Fisco, a quem caberá homologar – expressa ou tacitamente – o procedimento, no prazo de 05 (cinco) anos.

Diz que da análise da Infração 01, existem fatos geradores ali constantes que se deram entre os períodos de 31/05/2014 até 31/12/2014. Assim, considerando art. 173, I, aplicável ao caso, poderia a Fazenda Estadual lançar o suposto débito fiscal até a data de 01/01/2020, contado do primeiro dia do exercício seguinte (01/01/2015). Não obstante, o recebimento do Auto de Infração, e portanto, o lançamento, somente foi recebido em 12/02/2020, após o limite temporal legalmente previsto para constituir o crédito tributário, considerando inclusive, que a contagem do prazo decadencial não se interrompe, nem se suspende. Patente, pois a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativos ao período de maio/2014 até dezembro de 2014, no valor total de R\$1.622,38, nos termos do art. 173, I e parágrafo único do CTN.

Demonstra detalhadamente, mês a mês, que nesta Infração os valores são indevidos. A título de exemplo, afirma que no lançamento, mês 05/2014, as NFs 2222 e 2223, correspondente ao mês de maio/2014, em que a base de cálculo foi R\$1.370,59, e o Auditor Fiscal utilizou a alíquota cheia de 17%, resultando num montante equivocadamente devido de R\$120,47 e R\$112,53, respectivamente, sem considerar o destacado do rodapé da NF e de que a mercadoria foi adquirida em empresa optante do Simples Nacional. É possível observar da nota fiscal que fora destacado em seu rodapé o imposto com a respectiva alíquota a ela atribuída dada a sua condição, e o equívoco do Auditor Fiscal desconsiderou a legislação aplicável. Assim, o montante de ICMS apontado e cobrado no Auto de Infração, com o mês da ocorrência 05/2014, no valor de R\$233,00, não é devido.

Na realidade, nota que ocorreu um equívoco do Auditor Fiscal que desconsiderou as diretrizes da Lei Complementar nº 123/1996, que prevê em seu art. 23, § 1º, que empresas não optantes pelo Simples Nacional terão direito a crédito correspondente ao ICMS incidente sobre as suas aquisições de mercadorias de microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional.

Aduz que foi no estrito cumprimento da lei que procedeu, quando verificou do rodapé da NF o destaque do valor de ICMS passível de crédito emitido pela empresa optante do Simples Nacional, conforme NF anexa (Doc.05), Lei 7014/96 e Lei Complementar nº 123/1996. Forçoso concluir, portanto, que o saldo de crédito lançado está acertado, e não há que se falar em saldo devedor.

Ademais, patente está a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo a competência de maio/2014, no valor total de R\$233,00, nos termos do art. 173, I e parágrafo único do Código Tributário Nacional (CTN) e pelos fundamentos já citados.

De igual forma, detalhou os meses seguintes referentes a estes itens da infração 01. Conclui assim, que o montante de ICMS apontado e cobrado no Auto de Infração, com o mês da ocorrência 05/2014 até 08/15, no valor de R\$2.557,80, não é devido.

Por todo o exposto, diz ser possível concluir, que do valor total geral apurado pelo Auditor Fiscal, no montante de R\$2.563,43, tem-se que o valor de R\$2.557,80 foi creditado no estrito cumprimento da lei quando verificou do rodapé das NFs destaques dos valores de ICMS passíveis de crédito emitido pela empresa optante do Simples Nacional, nos termos das NFs anexas (Doc. 05), da Lei 7014/96 e da Lei Complementar nº 123/1996.

A respeito da **infração 03**, diz que também não merece prosperar. Aduz que da sua análise, o Auditor fiscal apurou o montante total de R\$ 19.784,35 sob a ótica de que em algumas notas fiscais emitidas, entre os meses de janeiro/2014 a dezembro/2015, foram recolhidos com ICMS a menor, em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra Unidade

da Federação, utilizando alíquota interestadual, e portanto que a alíquota deveria ser cheia de 17% e não a de 12%, utilizada pela Impugnante.

Explica que emitiu as referidas notas fiscais para venda de mercadorias interestadual, fora do estabelecimento, em nome próprio e para contribuintes do ICMS, conforme inscrições cadastrais que anexa (doc. 14) e cartas de correções (doc. 15), situação pela qual, a Lei 7.014/96, em seu art. 15, inciso II, prevê que as alíquotas do ICMS são de 12% (doze por cento), conforme reproduz.

Assim, diz que comercializou mercadorias para contribuintes do imposto, em nome próprio, que terá como alíquota adequada 12% (doze por cento), procedendo nos exatos termos previstos do referido artigo 15, II, da Lei 7.014/96. Afirma que de maneira transparente, reporta-se ao cálculo através da “Planilha NFS Venda para Contribuinte” anexa (doc. 16), explicitando, com fulcro na análise técnica pormenorizada da Contabilidade, que as alíquotas de 12% estão corretas, em contraposição ao quanto observado pelo Auditor Fiscal, que equivocadamente, entendeu como incidente o inciso I, art. 15 da Lei 7.014/96, cuja alíquota é de 17%.

De mais a mais, volta a invocar o CTN, em seu art. 173, pedindo a aplicação do instituto da decadência, que impede de se constituir, através do lançamento, o crédito tributário, em razão do decurso do prazo de 5 anos.

Sobre a **Infração 03** em comento, diz que para os fatos geradores ali constantes que se deram entre 31/01/2014 até 31/12/2014. Não obstante, o recebimento do Auto de Infração, somente se deu em 12/02/2020, portanto, após o limite temporal legalmente previsto para constituir o crédito tributário, considerando-se que a contagem do prazo decadencial não se interrompe, nem se suspende.

Ainda nesta infração, alega também, que as NFs com o Código Fiscal de Operações e Prestações – CFOP 6904, correspondente a descrição de produtos diversos e competência diversas, com valores totais de R\$5.148,23, foram emitidas para venda fora do estabelecimento, em nome da própria Impugnante, e o Auditor Fiscal utilizou a alíquota cheia de 17%, resultando numa diferença equivocadamente apurada de R\$5.148,23, sem considerar, no entanto, que referido CFOP, se trata de operações interestaduais de venda fora do estabelecimento, em nome da própria impugnante, conforme planilha “Demonstrativo - Débito a menor (...)” realizada pelo Auditor Fiscal.

Assim, diz que o montante de ICMS cobrado no Auto de Infração, com o CFOP 6904, no valor de R\$5.148,23, não é devido. Na realidade, ocorreu um equívoco do Auditor Fiscal que desconsiderou as diretrizes da Lei 7.014/96, em seu artigo 15, II.

Assevera que foi no estrito cumprimento da lei, que procedeu com as emissões das notas fiscais para venda de mercadorias interestadual, fora estabelecimento, em nome da própria Impugnante, situação para a qual, o referido dispositivo legal prevê que as alíquotas do ICMS são de 12% (doze por cento), e não de 17% (Coluna J: “Aliq. Aud - Alíquota do ICMS definida pela auditoria”) como equivocadamente foi aplicado pelo Auditor Fiscal, que entendeu haver sido realizada venda a não contribuinte de outra UF, com alíquota interestadual, o que não foi o caso, nos termos da “Planilha de Notas Fiscais de Remessa p/Venda Fora do Estabelecimento - Sobesa” anexa (doc. 17), da Lei 7014/96 e da Lei Complementar nº 123/1996.

Nota ainda, que as NFs com o Código Fiscal de Operações 6.101 e 6.102, correspondente a descrição de produtos diversos e competência diversas, com valores totais de R\$299,42, foram emitidas para venda fora do estabelecimento para clientes que são inscritos na UF e contribuintes do imposto. O Auditor Fiscal considerou a alíquota cheia de 17%, resultando numa diferença equivocadamente apurada de R\$299,42, sem considerar, no entanto, que referidas CFOPs se tratavam de operações interestaduais que destinava mercadorias a contribuintes do imposto, conforme cartas de correção anexa (doc. 15). Assim, o montante de ICMS cobrado no Auto de Infração, com as CFOPs 6.101 e 6.102, no valor de R\$299,42 não é devido, visto que o Auditor Fiscal desconsiderou as diretrizes da Lei 7.014/96, em seu artigo 15, II.

Anota que o Auditor Fiscal entendeu haver sido realizada vendas a não contribuintes do imposto, com alíquota interestadual, o que não foi o caso, nos termos da “Planilha NFS Venda para Contribuinte” anexa (Doc. anexo); da Lei 7014/96; e da Lei Complementar nº 123/2020.

Totais de Notas Fiscais de Venda para Contribuinte fora do Estado 5.988,45; 718,62. TOTAL: - 299,42

Assim, diz que o montante de diferença de ICMS cobrado na **Infração 03**, com competência diversas entre os meses de 01/2014 até 12/15, e cujo valor total é R\$19.784,35, não é devido em sua integralidade.

Por todo o exposto, conclui que do valor total apurado pelo Auditor Fiscal, no montante de R\$19.784,35; tem-se que o valor de R\$5.447,65 é indevido, eis que a alíquota de 12% constante das CFOPs 6.904, 6.101 e 6.102, do Demonstrativo, pelo que não há que se falar em diferença nos termos da Lei 7014/96 e da Lei Complementar nº 123/1996. Ademais, invoca a ocorrência da decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo ao período de janeiro até dezembro/2014, no valor total de R\$14.227,29, nos termos do art. 173, I e parágrafo único do (CTN).

Da análise da **Infração 04**, diz que o Auditor fiscal apurou o montante total de R\$ 25.534,58 sob a ótica de que deixou de registrar na escrita fiscal a entrada de mercadorias não tributável no seu estabelecimento, entre os meses de janeiro/2014 a novembro/2017.

Informa que recebeu e teve ciência do auto de infração no dia 12/02/2020, e constam do auto de infração lançamentos de janeiro até dezembro de 2014. Assim, considerando o (art. 173, I), aplicável ao caso, poderia a Fazenda Estadual lançar o suposto débito fiscal até a data de 01/01/2020, contado do primeiro dia do exercício seguinte (01/01/2015). Não obstante, o recebimento pela Impugnante do Auto de Infração, somente se deu em 12/02/2020, portanto, após o limite temporal legalmente previsto para constituir o crédito tributário. Patente, pois a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativos ao citado período, no valor total de R\$8.538,98, nos termos do art. 173, I e Parágrafo Único do Código Tributário Nacional (CTN).

Ante o exposto, pugna a Autoridade Julgadora que:

- a) receba a os documentos ora juntados como meio de prova;
- b) declare inválido o Auto de Infração lavrado em desfavor da Autuada, para declarar a inexistência de débito proveniente da **Infração 01**, eis que procedeu no estrito cumprimento da lei quando verificou do rodapé das Notas Fiscais o destaque do valor de ICMS passível de crédito emitido pela empresa optante do Simples Nacional, nos termos do “Relatório Acompanhamento de Entradas” anexa (Doc. 04), da Lei 7014/96 e da Lei Complementar nº 123/2020, pelo que, não há que se falar em saldo devedor;
- c) declare inválido o Auto de Infração lavrado em desfavor da Autuada, para declarar a inexistência de débito proveniente da **Infração 03**, que do valor total apurado pela auditoria, no montante de R\$19.784,35, o valor total de R\$5.448,57 é indevido; além de haver decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativos ao período de Janeiro/2014 até Dezembro/2014, no valor total de R\$14.227,29, nos termos do art. 173, I e parágrafo único do Código Tributário Nacional;
- d) declare inválido o Auto de Infração lavrado em desfavor da Autuada, para declarar a inexistência de débito proveniente da **Infração 04**, face a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativos ao período de janeiro/2014 até dezembro de 2014, no valor total de R\$8.538,98, nos termos do art. 173, I e parágrafo único do Código Tributário Nacional (CTN);
- e) por fim, reitera todos os argumentos da Impugnação, para requerer a realização de diligência fiscal para comprovar a veracidade das suas alegações, bem como, pugna pelo acolhimento da sua defesa para cancelar a maioria esmagadora das imputações ora realizadas e o arquivamento do Auto de Infração.

O Autuante presta informação fiscal fl.117/121. Repete a infração imputada ao autuado. Sintetiza os termos da defesa. Diz que considerando a manifestação apresentada pela autuada, devidamente qualificada neste processo, com respeito ao auto de infração em epígrafe, passa a informar.

Afirma que a defesa se refere à Infração 01 - 01.02.40. - “utilizou indevidamente crédito fiscal em valores superiores ao destacado nos documentos fiscais”; Infração 03 - 03.02.07. - “recolheu a menor ICMS, em razão de vendas de mercadorias a não contribuinte do imposto, localizados em outras Unidades da federação utilizado alíquotas interestaduais”; infração 04 -16.01.02 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributada, sem o devido registro na escrita fiscal”.

Para a Infração 02 - 03.01.04. “O contribuinte recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico - fiscais e ou arquivos eletrônicos; e para e Infração 05 -16.01.06 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviços sem o devido registro na escrita fiscal”, o contribuinte não apresentou impugnação ao procedimento fiscal.

A defesa para a Infração 01, argumenta que a Lei Complementar nº 123/2006, prevê no art. 23, § 1º, que a empresa optante do Simples Nacional deve ter destaque no rodapé da N.F. o valor do ICMS passível de crédito fiscal.

Outra argumentação para esta infração, diz respeito a possível existência da decadência da autuação fiscal, argumentando que ocorreu equívoco por parte do autuante, ao lançar fatos geradores do ICMS, que se deram os períodos de 31/05/2014 a 31/12/2014.

Para a Infração 03, argui decadência e diz que emitiu notas fiscais de mercadorias em operações Interestadual, para vendas fora do estabelecimento (CFOP 8904), em nome da própria impugnante, no valor da imputação fiscal da R\$5.148,23 e para outros contribuintes do imposto (CFOP 6101 e 6102), no valor da imputação fiscal de R\$299,42.

Para a Infração 04, argumenta mais uma vez a figura Jurídica tributaria da decadência. Apresenta planilha de cálculo para possível convencimento de suas pretensões. Requer realização de diligência. Por fim, solicita o cancelamento parcial e arquivamento do auto de infração. Diz contestar as alegações defensivas conforme segue.

Sobre a Infração 01, diz que tendo em vista o quanto argumentado pela defesa, bem como, das provas materiais apresentados, procedendo revisão do procedimento de fiscalização, revê seu entendimento e se manifesta pela improcedência da infração.

No que tange a Infração 03, diz que da análise da Impugnação interposta, sobre a decadência arguida, considerando a Súmula Vinculante nº 08 do STF, a PGE/PROFIS promoveu uniformização de sua orientação jurídica acerca da decadência, entre outras, com emissão de Parecer em Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0. Afirma que no seu papel de homologação do lançamento, ao constatar o artifício pelo contribuinte, da utilização fraudulenta de deixar de lançar os documentos fiscais - de saídas de mercadorias e de apuração de modo a proporcionar o menor pagamento do imposto, caracterizando tal procedimento quanto à hipótese de dolo, fraude e simulação, lavrou o Auto de Infração.

Desta forma, o prazo decadência deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que teria ocorrido o fato gerador, conforme disposto no art. 173, inciso I, do Código tributário Nacional (lei nº 5.172/66). Assim sendo, para os fatos geradores que se deram em janeiro e fevereiro de 2014, o direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário decai em 1º de janeiro de 2020, e não se configura a existência de decadência, uma vez que o procedimento fiscal teve início e conclusão no exercício de 2019, respeitando o disposto contido no § único, do art. 173, do Código tributário Nacional.

Quanto ao mérito, o autuado argumenta que emitiu N.F. de mercadoria em operações Interestadual, para vendas fora do estabelecimento (CFOP 8904), em nome da própria impugnante.

Aduz que a narrativa da defesa não possui amparo legal tributário, quando emite notas fiscais para o próprio contribuinte em operações interestaduais pondo alíquota indevida para contribuinte do imposto, uma vez que a autuada não é contribuinte naquela Unidade Federada, ou seja, a utilização indevida de alíquota 12%, quando o correto seria de 17%, portanto realizou recolhimento do ICMS a menor. Desta forma está caracterizada a imputação fiscal no valor de R\$5.148,23.

Quanto a narrativa de que realizou operações interestaduais para outros contribuintes do imposto (CFOP 6101 e 6102), no valor da imputação fiscal de R\$299,42, considerando o argumento da defesa, bem como as provas materiais apresentadas, considerando também, que mesmo não consignado nas notas fiscais o cadastro de contribuinte do imposto, procedendo uma revisão do procedimento de fiscalização, constatou o quanto desejado pela defesa, e assim sendo, revê seu entendimento e se manifesta pela improcedência deste item da infração fiscal.

Para a infração 04, da mesma forma, a impugnação argui a decadência para os fatos geradores que se deram em janeiro e novembro de 2014. Com os mesmos argumentos expressos para a infração anterior, frisa que deve ser considerado o art. 173, I, do CTN, portanto não se aplica a decadência.

Chama a atenção dos Senhores Julgadores, afirmando que pelos feitos levantados e demonstrados em todo o procedimento fiscal, bem como, na informação fiscal, não restam dúvidas quanto à existência do cometimento parcial da Infração tributária pela autuada, a qual foi demonstrado pela fiscalização de modo claro e preciso, desta melhor forma, solícita que julguem parcialmente procedente este auto de infração, com as alterações proposta na informação fiscal.

O Autuado as fls.123/147, volta a anexar a mesma peça da defesa inicial.

VOTO

Preliminarmente, embora não tenham sido suscitadas questões prejudiciais pelo defendente, examinando as peças processuais, constato que sobre os aspectos formais o PAF se encontra apto a surtir seus efeitos legais.

Verifico que as irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas no levantamento fiscal, que serve de base ao Auto de Infração, conforme Termo de início fl.11, ciência dia 01.11.2019, termo de entrega dos demonstrativos e da mídia magnética CD contendo os demonstrativos fls. 13 a 17. O contribuinte tomou ciência do Auto de infração em 12/02/2020, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

O Autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveu as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e livros fiscais, demonstrativos e relatórios, seus dados e cálculos, assim como indicou o fundamento jurídico.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade do Auto de Infração.

O defendente suscitou prejudicial de mérito à autuação, qual seja, a decadência da pretensão fiscal exigida nas infrações 01, 03 e 04, para as operações ocorridas entre os períodos de 31/01/2014 até 31/12/2014, ao lume da legislação pátria. Afirmou que os lançamentos efetuados referentes ao período citado foram tragados pela decadência, considerando que os fatos geradores ocorreram a mais de cinco anos.

Analizando esta alegação, verifico que nos termos do art. 150 do CTN, “*O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever*

de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa”.

O § 4º desse mesmo artigo estabelece que, “*se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação*”. Neste caso, a contagem do prazo de decadência é a partir do fato gerador do tributo.

Por outro lado, de acordo com o art. 173, I do CTN, “*o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*”.

O entendimento firmado no CONSEF, e em conformidade com a PGE - Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0, é no sentido de que o lançamento por homologação, seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º do CTN. Ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte.

A partir dessa análise, pode-se apurar a existência de débito declarado e não pago e tributo não declarado e não recolhido (situação de total omissão, nada havendo a homologar), ou ainda, casos em que, mesmo havendo algum pagamento, o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação.

No caso em exame, na infração 01 - utilizou indevidamente crédito fiscal em valores superiores ao destacado nos documentos fiscais; e na infração 03 - recolheu a menor ICMS, em razão de vendas de mercadorias a não contribuinte do imposto, localizados em outras Unidades da Federação, utilizando alíquotas interestaduais, houve declaração e pagamento ainda que parcial dos valores pelo defendente. Isso quer dizer, que se aplica o estabelecido no art. 150 do CTN, e a contagem do prazo é de 5 anos a partir da ocorrência do fato gerador. Assim, considerando que o sujeito passivo tomou conhecimento da autuação em 12/02/2020, as ocorrências do exercício de 2014 nestas infrações, foram fulminadas pela decadência.

No que tange à infração 04 -16.01.02 - deu entrada no estabelecimento, de mercadorias não tributadas sem o devido registro na escrita fiscal. O defendente quedou-se omissos e nada declarou ou pagou, ainda que parcialmente ao Erário. Sendo assim, nada existe a ser homologado. Nos termos do procedimento de Uniformização da PGE já citado, aplica-se o estabelecido no art. 173, I do CTN, e a contagem do prazo para a decadência se dá a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Neste caso, mesmo sendo aplicado o dispositivo retromencionado, tais lançamentos só poderiam ser realizados até 31.12.2019. Como o contribuinte só tomou ciência da autuação em fevereiro de 2020, houve homologação tácita do lançamento, e as ocorrências de 2014 nesta infração, por consequência, foram fulminadas pela decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme arguido pelo impugnante.

Sobre o pedido de diligência, indefiro de plano, com fundamento no art. 147, I, alíneas “a” e “b” do RPAF/99, considerando que entendo suficientes os elementos contidos no PAF para decisão sobre a lide.

No mérito, a **infração 01** trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de maio, agosto, setembro a dezembro de 2014, abril, julho e agosto de 2015 e junho de 2016, valor de R\$2.563,43, acrescido da multa de 60%.

O defendente afirmou que o Auditor Fiscal se equivocou, não existindo o débito fiscal na forma por ele apontado. Explicou que a fiscalização não atentou que nas notas fiscais de entradas de mercadoria por ele relacionadas, o ICMS veio destacado no rodapé, nos termos da Lei

Complementar nº 123/06, o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, que prevê em seu art. 23, § 1º, que a empresa optante do Simples Nacional deve ter destacado no rodapé da NF o valor de ICMS passível de crédito, como é o caso dos autos nesta infração. Apensou demonstrativo, explicitando, os cálculos dos valores creditados de ICMS.

Em sede de informação fiscal, o Autuante disse que tendo em vista as provas materiais apresentadas pelo defendente, procedendo revisão do procedimento de fiscalização, revê seu entendimento e se manifesta pela improcedência da infração 01.

Examinando os elementos que sustentam esta infração, verifico assistir razão ao defendente. O procedimento por ele adotado encontra-se em perfeita consonância com a legislação aplicável art. 23, § 1º Lei Complementar nº 123/06.

Constatado que as informações prestadas pelo Autuante convergem integralmente com os argumentos e comprovações apresentados pela defesa, deixando de haver lide. Neste caso, em razão dos argumentos trazidos, alicerçados nos documentos e escrituração fiscal, tendo sido acolhidos pelo autuante, concluo que está correta a decisão fiscal, de considerar a acusação fiscal improcedente. Infração 01 insubsistente.

A **infração 02** trata de recolhimento a menos de ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado em livros e documentos fiscais, declarações econômico-fiscais ou arquivos eletrônicos e a **Infração 05** deu entrada no estabelecimento, de mercadorias ou serviço tomado, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2017 a outubro de 2018, e março a maio de 2019, sendo aplicada a multa de 1%, sobre o valor de cada nota fiscal não registrada, o contribuinte não contestou.

Considerando a não impugnação destes itens da autuação, inexistente lide a ser apreciada, portanto, estas infrações são procedentes.

A **infração 03** acusa o contribuinte de ter recolhido a menos o ICMS, em razão de venda de mercadoria a não contribuintes do imposto, localizados em outra Unidade da Federação, utilizando a alíquota interestadual, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015, no valor de R\$19.784,35, acrescido da multa de 60%.

O defendente explicou, que emitiu as referidas notas fiscais para venda de mercadorias interestadual fora do estabelecimento, em nome próprio e para contribuintes do ICMS, conforme inscrições cadastrais que anexou, situação acolhida pela Lei 7.014/96.

O Autuante rebateu estes argumentos, afirmando que os documentos fiscais foram emitidos em nome do próprio Autuado, em operações interestaduais, registrando alíquota indevida para contribuinte do imposto, uma vez que não é contribuinte naquela Unidade Federada, ou seja, a utilização indevida de alíquota 12%, quando o correto seria de 17%, portanto, realizou recolhimento do ICMS a menos. Quanto às operações interestaduais para outros contribuintes (CFOP 6101 e 6102), no valor da imputação fiscal de R\$299,42, acolheu o argumento da defesa, em função das provas materiais apresentados, considerando também, que mesmo não consignado nas notas fiscais o cadastro de contribuinte do imposto, fazendo uma revisão do procedimento de fiscalização, constatou a correção do procedimento do defendente e se manifestou pela improcedência desta parcela da infração fiscal.

Acolho as conclusões do Autuante, considerando que o Autuado não carrou aos autos os documentos fiscais pertinentes ao procedimento a ser adotado para “*vendas fora do estabelecimento*”, criteriosamente detalhado nos artigos 344 a 346 do RICMS/2012, portanto, não há como saber se os valores que recolheu se encontram em conformidade com a legislação aplicável. Nesta infração, como já apreciado neste voto, os valores referentes ao exercício de 2014 foram fulminados pela decadência, sendo extintos nos termos do art. 156, V do CTN.

Dessa forma, remanesce o valor histórico de R\$ 5.257,64, aplicada a decadência referente ao exercício de 2014, no valor de R\$ 14.227,29, e lançado indevidamente, conforme reconhecido pelo Autuante R\$ 299,42. Infração 03 – procedente em parte.

A **infração 04** acusa o Autuado de ter dado entrada no estabelecimento, de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2014 a novembro de 2017, sendo aplicada a multa de 1%, sobre o valor de cada nota fiscal não registrada, totalizando R\$ 25.534,58.

O defendente não negou o cometimento desta irregularidade. No entanto, voltou a invocar a decadência no que tange aos valores do exercício de 2014.

Como já apreciado neste voto, considerando que o contribuinte tomou ciência do Auto de Infração em 12/02/2020, de fato, as ocorrências associadas ao exercício de 2014, no valor total de R\$ 8.538,98, estão extintas pela decadência nos termos do art. 156, V do CTN.

Sendo assim, esta infração remanesce no valor de R\$ 16.995,60. Infração parcialmente subsistente.

Nesta esteira, após a apreciação dos elementos constantes neste PAF, a autuação assume a seguinte configuração:

	VI. Após julgado	Decisão	Natureza
Infração 01	0,00	Improcedente	ICMS
Infração 02	1.438,45	Procedente	ICMS
Infração 03	5.257,64	Procedente em parte	ICMS
Infração 04	16.995,60	Procedente em parte	Multa
Infração 05	1.768,94	Procedente	Multa
Total	25.460,63		

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 206880.0001/20-6, lavrado contra **SOBESA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS SANTANENSE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 6.696,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alíneas “a” e “b”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 18.764,54**, prevista no art. 42, inciso IX do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2022.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR