

PROCESSO - A. I. N° 207093.0014/21-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ASV TRANSPORTE COMÉRCIO EIRELI
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/01/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0471-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. CONTROLE DA LEGALIDADE. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. REDUÇÃO DO DÉBITO LANÇADO. Representação proposta com base no art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para adequar o valor relativo ao lançamento de ofício apenas às infrações 3, 4 e 5, em razão das alegações e provas documentais trazidas pelo recorrido, através do pedido de controle da legalidade, o que implicou na redução parcial do valor original exigido, diante da insubsistência das infrações 1 e 2. Representação **ACOLHIDA**. Auto de Infração **Procedente em Parte**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 136, § 2º da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e no artigo 113, § 5º, I do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, exercido por este órgão, que através do Parecer PROFIS-NCA-EKS N° 105/2023, subscrito pela ilustre Procurador do Estado, Dr. Evandro kappes, às fls. 81 a 83 dos autos, com anuência da Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA Dra. Paula G. Morris Matos, propõe ao CONSEF que seja reduzido o débito do contribuinte de R\$ 28.670,70 para R\$ 21.670,70, correspondentes aos valores históricos e integrais das infrações 3, 4 e 5 do Auto de Infração, em epígrafe.

O Auto de Infração, lavrado em 22/04/2021, exige o débito original de R\$ 28.670,70, decorrente da constatação de cinco infrações, sob as seguintes acusações:

Infração 01 – 001.002.042 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 1.924,52, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, no mês de dezembro de 2016. Acrescido da multa de 60%.

Infração 02 – 002.001.002 – Deixou de recolher no prazo regulamentar o ICMS, no valor de R\$ 5.452,04, inerente as operações no mês de fevereiro de 2016, não escrituradas nos livros fiscais. Acrescido da multa de 100%.

Infração 03 – 006.005.001 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 14.699,03, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do estabelecimento, nos meses de março de 2016 e outubro de 2017. Acrescido da multa de 60%.

Infração 04 – 016.001.001 – Multa no valor de R\$ 5.274,90, correspondente ao percentual de 1% sobre o valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento, sujeitas a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a março e maio a dezembro de 2016.

Infração 05 – 016.001.002 – Multa no valor de R\$ 1.320,22, correspondente ao percentual de 1% sobre o valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento, não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a março, maio a julho e outubro a dezembro de 2016.

Conforme consignado no aludido Parecer da PGE PROFIS-NCA-LSR N° 59/2023:

[...]

Em dez. 2021 este signatário subscreveu parecer jurídico que concluiu pelo indeferimento do pedido, tendo sido o entendimento homologado pela i. Procuradora Assistente (fls. 50/56).

Em jan. 2022, o interessado apresenta nova petição pleiteando que se analise novamente o lançamento tributário, mas, desta feita, o seu mérito (fls.58/66).

O feito foi convertido em diligência, destacando-se que somente seria possível apreciação do mérito se fosse apresentada prova pré-constituída (fls. 72/73).

A informação fiscal apresentada concluiu que:

- (i) relativamente à **Infração 01** o autuado comprova a legalidade do crédito fiscal, após apresentação da chave de acesso correta, relativamente ao DANFE n° 3641457;

- (ii) no que concerne à **Infração 02** aduz que não foi efetuado nenhum recolhimento do imposto no ano de 2016, de modo que não há que se falar de decadência, na forma do Incidente de Uniformização da PGE nº 2016.17855-0. No que se refere à argumentação de que o auditor não apresentou os registros fiscais dos documentos de saídas e prestações de serviços para comprovar que os documentos não foram escriturados informa que todos os documentos estão relacionados na fl. 09 dos autos, com a indicação de todos os dados. Ainda assim, em análise a DMA de 02/2016 verificou que o valor do ICMS apurado no levantamento foi apurado e compensado no referido mês, devendo ser excluído o valor de R\$ 5.452,04 de fev. 2016;
- (iii) em atenção à **Infração 03** refuta a tese de que o lançamento foi efetuado após o prazo decadencial e quanto ao mérito pontua que a exigência é quanto a natureza do bem e/ou material adquirido e não a CFOP utilizado na operação. E, de acordo com o demonstrativo de fl. 14, é possível perceber que o bem tem natureza de ativo fixo e/ou uso e consumo (veículo FORD/CARGO 2842 ATT);
- (iv) giza que o argumento defensivo quanto à **Infração 04** refuta decadência em razão da ausência de recolhimento no exercício de 2016, além de que a multa por descumprimento de obrigação acessória não está albergada pelo art. 150, § 4º do CTN, em razão de não se tratar de um lançamento por homologação;
- (v) A mesma conclusão aplicada à infração 04 é aplicável à **infração 05**.

O autuante concluiu pela improcedência das Infrações 01 e 02 com esteio nas provas apresentadas, com manutenção das demais que constam do Auto de Infração.

[...]

Assiste razão ao autuante quanto à inexistência de decadência tributária, portanto. É que, ainda que as operações tenham sido declaradas/escrituradas a ausência de pagamento implica na aplicação da contagem do prazo a partir do primeiro dia do exercício seguinte em relação ao qual poderia ter sido o tributo lançado.

Afasta-se, de pronto, a aplicação de decadência a qualquer das 05 ((cinco) infrações.

No que tange à argumentação de que a DIFAL não deveria ser exigida, na infração 03, em razão do CFOP indicado na operação fiscal não se pode deixar de observar que o bem adquirido não está no 'mix' da atividade comercial desenvolvida pela impugnante. Para além disso, a imposição de recolhimento da diferença de alíquota, conforme a legislação tributária estadual, é em relação a bens/materiais em relação à sua função no estabelecimento adquirente, não havendo desoneração do recolhimento em razão da classificação fiscal dada pelo emitente da Nota Fiscal. Nesta linha, também se afasta a pretensão de declaração de nulidade da infração 03.

No que concerne à **infração 01**, conforme se vê da documentação comprobatória apresentada pelo interessado e se extrai da informação fiscal, o crédito foi reputado indevido em razão do equívoco que norteou a análise para fins de lançamento quanto ao número de chave de acesso do DANFE 3641457, restando comprovado que o crédito tributário não é indevido, merecendo ser excluída do lançamento, posto que ilegal a exigência.

No que tange à **infração 02**, ainda que não se acolha a decadência, efetivamente não há débito de ICMS, uma vez que consta da DMA que os créditos foram superiores aos débitos, restando estes compensados. Naturalmente, não se imporia o recolhimento do crédito tributário em razão do regime de crédito x débito do ICMS.

Nesta linha de intelecção, tendo a própria Administração Fazendária reconhecido a existência de vícios no lançamento de ofício, cabe-nos representar ao CONSEF pela procedência parcial da autuação, devendo ser reduzido o valor para **R\$ 21.670,70** (vinte e um mil e seiscentos e setenta reais e setenta centavos), correspondentes aos valores históricos e integrais das infrações 03, 04 e 05 do AUTO DE INFRAÇÃO N. 2070930014/21-0, tudo com fundamento no art. 113, § 5º, inc. I, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

[...]

À fl. 84 dos autos, consta o acolhimento da Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA, Dra. Paula G. Morris Matos, por seus próprios fundamentos, da representação PROFIS/NCA-EKS Nº 105/2023, da lavra do Dr. Evandro Kappes que, com fulcro no art. 113, § 5º, I do RPAF/BA, e em face da procedência parcial do Auto de Infração, entendeu necessário representar ao Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, com vistas à redução do valor lançado consoante demonstrativo de débito anexado pelo fiscal autuante.

Registra-se a presença na sessão de videoconferência, Dr. Ednilton Meireles de Oliveira Santos que exerceu o seu direito regimental de fala.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o valor histórico de R\$ 28.670,70, em razão da constatação de cinco infrações, tendo o sujeito passivo, na condição de revel, solicitado à PGE o controle de legalidade, nos termos previstos no § 5º, inciso I, do art. 113 do RPAF, quanto ao mérito

da autuação, conforme expediente às fls. 58 a 66 dos autos, tendo a PGE através do DESPACHO PROFIS-NCA Nº 020/2022, após consignar que *somente é possível apreciar matéria em relação à qual a prova seja pré-constituída (da qual se possa conhecer e acolher de pronto), além, evidentemente, daquelas matérias em relação às quais se deva conhecer de ofício*”, solicitado a informação fiscal ao autuante que, às fls. 74 a 78 dos autos, comprovou a insubsistência das infrações 1 e 2, opinando pela manutenção apenas das infrações 3 a 5 do Auto de Infração.

Em consequência, através da REPRESENTAÇÃO PROFIS-NCA-EKS Nº 105/2023, às fls. 81 a 83 dos autos, com a anuência da Procuradora Assistente à fl. 84, foi representado ao CONSEF pela procedência parcial da autuação, devendo ser reduzido o valor para **R\$ 21.670,70** (vinte e um mil e seiscentos e setenta reais e setenta centavos), correspondentes aos valores históricos e integrais das infrações 03, 04 e 05 do AUTO DE INFRAÇÃO Nº 2070930014/21-0.

Efetivamente verifica-se que o autuante, quando da informação fiscal de fls. 74 a 78 dos autos, após análise das provas documentais apresentadas pelo sujeito passivo em sede de pedido de controle de legalidade, comprovou que:

- 1) Em relação à infração 01 – 001.002.042, o autuado apresentou às fls. 68 o DANFE da Nota Fiscal nº 3641457, emitida em 23/12/2016, cujo crédito fiscal destacado é de R\$ 1.924,52, cuja glosa é objeto da infração 01, sob a acusação de falta de apresentação do competente documento comprobatório do direito ao crédito;
- 2) Quanto à infração 02 – 002.001.002, na qual exige ICMS de R\$ 5.452,04 referente as operações não escrituradas, restou comprovado, através da DMA do mês 02/2016, que o valor foi regularmente escriturado e compensado com as operações do respectivo mês, sendo insubsistente a exação.

Diante de tais considerações, pode-se inferir o acerto da Representação, sob apreciação, pois a própria autoridade fiscal autuante concluiu, da análise das provas documentais trazidas aos autos, a pertinência das alegações do sujeito passivo, quanto às infrações 1 e 2 do lançamento de ofício, devendo o débito exigido se restringir às infrações 3, 4 e 5 do Auto de Infração, nos valores respectivos de: R\$ 14.699,03; R\$ 5.274,90 e R\$ 1.320,22, perfazendo o montante de **R\$ 21.294,15**.

Pelo exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação ora proposta, com a devida correção, para reduzir o débito do Auto de Infração e, em consequência, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração, no valor de **R\$ 21.294,15**, devendo ser cientificado o contribuinte e encaminhado o PAF à PGE/PROFIS para adotar as providências cabíveis.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207093.0014/21-0**, lavrado contra **ASV TRANSPORTE COMÉRCIO EIRELI**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto de **R\$ 14.699,03**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$ 6.595,12**, prevista no inciso IX do mesmo diploma legal com os acréscimos moratórios, conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, e posteriormente encaminhar o PAF à PGE/PROFIS para adotar as providências cabíveis.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2023.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS