

A. I. N° - 178891.0052/22-4
AUTUADO - OK BATERIAS LTDA.
AUTUANTE - NELSON LIMA GARCEZ MONTENEGRO
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 25/07/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0123-03/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo do estabelecimento. O Autuado não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. FALTA DE RECOLHIMENTO. É devido o tributo apurado em função do valor acrescido, relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação, Infração subsistente. 3. MULTA. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS E SERVIÇOS SUJEITOS A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1%. Infrações subsistentes. c) MERCADORIAS E SERVIÇOS SUJEITOS A TRIBUTAÇÃO. Infração reconhecida. Rejeitadas as preliminares de nulidades. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 14/12/2022, exige crédito tributário no valor de R\$ 52.341,62, em razão da constatação das seguintes irregularidades:

Infração 01. 006.005.001. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro março, julho e outubro a dezembro de 2017, janeiro, fevereiro, abril, julho, agosto, novembro e dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 7.555,36, acrescido da multa de 60%;

Infração 02. 007.001.001. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro março, julho e outubro a dezembro de 2017, janeiro, fevereiro, abril, julho, agosto, novembro e dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 30.489,43, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - 016.001.001. Entrada no estabelecimento de mercadoria, bem ou serviço sujeito a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2017. Aplicada multa de 1% sobre o valor das notas fiscais não escrituradas, totalizando R\$ 3.376,70;

Infração 04 - 016.001.002. Entrada no estabelecimento de mercadoria, bem ou serviço não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a junho e agosto a novembro de 2017. Aplicada multa de 1% sobre o valor das notas fiscais não escrituradas,

totalizando R\$ 439,32;

Infração 05 - 016.001.006. Entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2017 e janeiro a dezembro de 2018. Aplicada multa de 1% sobre o valor das notas fiscais não escrituradas, totalizando R\$ 10.480,80.

O Autuado impugna o lançamento fls. 21 a 58, nos termos que se seguem resumidos.

Infração 01 - Assinala a ocorrência de Decadência - Ano de 2017 - 31/01/2017 a 31/10/2017.

Observa que tomou ciência da notificação de lançamento por ofício no dia 21 de dezembro de 2022. Afirma que se tratando de tributo sujeito ao lançamento por homologação, à regra de decadência a ser aplicada é a prevista no art. 150, § 4º, do CTN.

O ICMS é tributo cujo lançamento se dá por homologação (art. 150 do CTN), em que o próprio sujeito passivo declara a ocorrência do fato gerador e efetua o respectivo pagamento, tendo a Fazenda Pública, em regra, o prazo de 05 anos, contados da ocorrência do fato gerador, para homologá-lo.

Diz restar claro, portanto, que o direito da Fazenda Pública decaiu, quanto ao seu crédito tributário, no período de 31/01/2017 a 31/10/2017. Dessa forma, nos termos do art. 156, V, do CTN, o crédito tributário constituído por intermédio do Auto de Infração encontra-se extinto pela decadência.

Registra que esse entendimento veio a ser confirmado no julgamento do Resp nº 1.120.295- SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 21/05/2010, submetido ao rito dos recursos respectivos (art. 543-C do CPC/73), onde restou decidido que o “prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que, não obstante cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional”. Esse julgado flexibiliza, corretamente, o teor da Súmula 436 que, se aplicada literalmente, implicaria a supressão da denúncia espontânea da infração a que alude o art. 138, do CTN, no interregno entre a data da entrega da GIA/DCTF e a data do pagamento, ainda que fundada em erro aritmético.

Com isso, diz restar demonstrada assim a total nulidade do presente lançamento tributário referente ao ano de 2017.

Quanto ao DIFAL cobrado de 31/01/2018 a 30/09/2018 nesse ano o contribuinte estava enquadrado como microempresas e empresas de pequeno porte, devidamente inscritas como tais no cadastro estadual. Assim, conforme o art. 272, inciso I, alínea “a”, item 2, do RICMS-BA/12, são dispensados do lançamento e o pagamento relativo à diferença de alíquota do pagamento.

Resta demonstrada assim a total nulidade do presente lançamento tributário.

Infração 02 - Afirma que será demonstrado não existir qualquer ausência de recolhimentos nos períodos destacados.

Prossegue frisando que a cobrança de 25/02/2017 à 25/11/2017 encontra-se prescrita.

Menciona que tomou ciência da notificação de lançamento por ofício no dia 21 de dezembro de 2022. Tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, à regra de decadência a ser aplicada é a prevista no art. 150, § 4º, do CTN.

Observa que o ICMS é tributo cujo lançamento se dá por homologação (art. 150, do CTNT), em que o próprio sujeito passivo declara a ocorrência do fato gerador e efetua o respectivo pagamento, tendo a Fazenda Pública, em regra, o prazo de 05 anos, contados da ocorrência do fato gerador, para homologá-lo.

Diz restar claro que o direito da Fazenda Pública decaiu, quanto ao seu crédito tributário, no período de 31/01/2017 a 31/10/2017. Dessa forma, nos termos do art. 156, V, do Código Tributário Nacional, o crédito tributário constituído por intermédio do Auto de Infração encontra-se extinto pela decadência.

Registra que esse entendimento veio a ser confirmado no julgamento do Resp nº 1.120.295- SP, Rei. Min. Luiz Fux, DJe 21-5-2010, submetido ao rito dos recursos respectivos (art. 543-C, do CPC/73), onde restou decidido que o “prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que, não obstante cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional. Esse julgado flexibiliza, corretamente, o teor da Súmula 436 que, se aplicada literalmente, implicaria a supressão da denúncia espontânea da infração a que alude o art. 138, do CTN, no interregno entre a data da entrega da GIA/DCTF e a data do pagamento, ainda que fundada em erro aritmético.

Afirma que restar demonstrada assim a total nulidade do presente lançamento tributário referente ao período 31/01/2017 à 31/10/2017.

Assinala que o ICMS antecipação do período de 25/12/2017 a 25/01/2019, conforme notas fiscais anexas. Observa que o imposto foi retido pelo contribuinte substituto na própria operação.

Afirma ser de responsabilidade do contribuinte substituto recolher o ICMS na base da cadeia produtiva, tomando por base a alíquota de substituição tributária presumida. Destaca que toda essa retenção foi feita nas notas arroladas no levantamento fiscal.

Logo, como contribuinte substituído se encontra dispensado do pagamento do ICMS na comercialização das mercadorias recebidas, pois não pode haver bitributação que é a cobrança do mesmo imposto sobre o mesmo fato gerador. Notas fiscais anexas.

Arremata mencionando restar demonstrada assim a total nulidade do presente lançamento tributário.

Destaca, quanto às Infrações 03 e 04, inexistir qualquer ausência de recolhimentos nos períodos destacados.

Assevera que a cobrança relativa ao período 31/01/2017 a 30/11/2017 encontra-se prescrita.

Observa que a ciência da notificação de lançamento por ofício no dia 21 de dezembro de 2022. Tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, à regra de decadência a ser aplicada é a prevista no art. 150, § 4º, do CTN.

Traz à colação trecho de ensinamentos dos juristas pátrios da lavra de Eurico de Santi e Luciano Amaro, sobre decadência e prescrição.

Registra que o ICMS é tributo cujo lançamento se dá por homologação (art. 150 do CTN), em que o próprio sujeito passivo declara a ocorrência do fato gerador e efetua o respectivo pagamento, tendo a Fazenda Pública, em regra, o prazo de 05 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, para homologá-lo.

Afirma restar claro, portanto, que o direito da Fazenda Pública decaiu, quanto ao seu crédito tributário, no período de 31/01/2017 à 31/10/2017. Dessa forma, nos termos do inciso V, do art. 156, do CTN, o crédito tributário constituído por intermédio do Auto de Infração encontra-se extinto pela decadência.

Assevera restar demonstrada assim a total nulidade desse item da autuação.

Infração 05 - Informa que constatou erro material na escrituração de algumas notas de entrada deixando as mesmas de serem escrituradas, porém, fato este que não caracteriza operação de

compra sem documento fiscal válido.

Assinala que irá solicitar o pagamento ou parcelamento dessa Infração 05 na sua totalidade que perfaz o montante de R\$ 10.480,80.

Conclui pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O Autuante presta a informação fiscal às fls. 74 a 78, nos termos que se seguem resumidos.

Inicialmente, salienta quanto à preliminar de decadência, que foram obedecidas as orientações do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0.

Explica que dos trabalhos de verificação dos documentos fiscais e de arrecadação do Autuado não restou comprovado recolhimento algum à título de ICMS Normal (incluindo o ICMS Diferença de Alíquota) ou a título de ICMS Antecipação Tributária, na qualidade de responsável por solidariedade por ter adquirido mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária em outras unidades da Federação.

Em relação às Infrações 03, 04 e 05, que se trata de multa por descumprimento de obrigação acessória, sustenta que em nenhuma delas há a infringência do disposto no § 4º, do art. 150, do CTN.

Infração 01 - Frisa que a alegação defensiva é de que no período de 01/01/2018 a 30/09/2018 estaria enquadrado na condição Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, dispensado, portando do recolhimento do ICMS Diferença de Alíquota.

Assevera que tal fato não se confirma a partir dos registros da condição do Autuado para efeito de apuração dos tributos Federais e Estaduais, conforme cópia da ficha cadastral do INC - SEFAZ, que colaciona à fl. 76.

Esclarece que, como se vê, sua exclusão se deu na data de 31/12/2009. Portanto, na data do lançamento não estava mais abrigado na condição de Simples Nacional.

Infração 02 - Observa que o Impugnante alega que o ICMS reclamado foi objeto de recolhimento pelo fornecedor, apresentando às fls. 50 a 70 síntese de registro fiscal.

Informa que o que o Autuado apresentou seu “registro” na Escrituração Fiscal Digital - EFD e não as Notas Fiscais comprovando o destaque do ICMS Substituição Tributária pelo remetente/fornecedor.

Apresenta resumo da apuração da Nota Fiscal nº 113921, a título de exemplo colaciona *print* do arquivo da nota fiscal à fl. 77, para comprovar que não houve destaque no documento fiscal pelo remetente/fornecedor.

Infração 03 - Afirma que o Autuado se ateve somente à preliminar de decadência do exercício de 2017, não apresentando provas capazes de elidir a acusação: o registro das Notas Fiscais relacionadas.

Infração 04 - Destaca que, da mesma forma que na Infração 03, o Autuado repetiu os mesmos argumentos defensivos.

Infração 05 - Registra que o Autuado reconheceu expressamente o cometimento desse item da autuação à fl. 44.

Assevera que pelo expendido, o Autuado não elidiu as acusações.

Conclui pugnando procedência do feito.

VOTO

Preliminarmente, verifico que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o

imposto, a multa e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação que pudesse inquinar de nulidade da autuação fiscal.

Convém esclarecer que em relação ao tema Decadência, a Procuradoria Geral do Estado - PGE, 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 montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas”.

Quando se apura, no levantamento fiscal, imposto não declarado e não pago, implica inexistência de pagamento ou lançamento a ser homologado, neste caso, aplica-se a regra estabelecida no inciso I, do art. 173, do CTN. Este tem sido o entendimento assente nos julgamentos de 2ª Instância deste CONSEF, ao decidir sobre esse tema.

No presente caso, a acusação fiscal se refere a falta de recolhimento do imposto - decorrente de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais e por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição - Infrações 01 e 02, e em decorrência de entradas no estabelecimento sem o registro na escrita fiscal - Infrações 03, 04 e 05.

Logo, resta patente se tratar de operações não declaradas pelo Impugnante, por isso, deve ser aplicado o mandamento previsto no inciso I, do art. 173, do CTN.

Assim, contando-se o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, as operações, cujos fatos geradores ocorreram no exercício de 2017, não foram tragadas pela decadência, haja vista que o Impugnante tomou ciência da lavratura do Auto de Infração em 15/12/2022, fl. 26.

Portanto, pelo expendido não acolho a preliminar de decadência suscitada.

Quanto ao mérito, o presente Auto de Infração trata do cometimento, pelo Impugnante, de cinco infrações à legislação baiana do ICMS, consoante discriminação pormenorizada no preâmbulo do relatório.

O Defendente informou que, por erro material na sua escrituração, reconhece o cometimento da Infração 05. Assim, ante a inexistência de lide, esse item da autuação é procedente.

Infração 01 - trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, conforme demonstrativos acostados às fls. 10 a 14.

Em sua Impugnação o Autuado alegou que o DIFAL cobrado de 31/01/2018 a 30/09/2018 que, na sua condição nesse ano de enquadrado como microempresa e empresa de pequeno porte, devidamente inscrita como tal no cadastro estadual, consoante previsto no item 2, da alínea “a”, do art. 272, do RICMS-BA/12, encontrava-se amparado pela dispensa do lançamento e o pagamento relativo à diferença de alíquota.

O Autuante pugnou pela manutenção da autuação, informando que a alegação defensiva não se confirma a partir dos registros da condição do Autuado, para efeito de apuração dos tributos Federais e Estaduais, conforme cópia da ficha cadastral do INC - SEFAZ, que colaciona à fl. 76. Sustentou que a exclusão do estabelecimento autuado se deu na data de 31/12/2009. Portanto, na data do lançamento não estava mais abrigado na condição de Simples Nacional.

Depois de examinar as peças que compõem o contraditório acerca desse item da autuação, constato que assiste razão ao Autuante ao afirmar que, com base nas informações cadastrais constantes do sistema INC-SEFAZ de que o Autuado foi excluído do Simples Nacional desde

31/12/2009 e que a forma de apuração do estabelecimento autuado, constante do cadastro, é o de Conta Corrente Fiscal, fl. 76.

Assim, considerando que o Autuado não apontou inconsistência alguma no demonstrativo de apuração e de débito acostado às fls. 10 a 16, cuja cópia lhe fora entregue, fl. 26, e nem carrou aos autos qualquer elemento fático capaz de elidir a acusação fiscal, consigno que se afigura escoreito o lançamento que resultou na exação objeto da autuação, lastreado que se encontra na legislação de regência.

Concluo pela subsistência desse item da autuação.

Infração 02 - cuida da falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, conforme demonstrativos acostados às fls. 10 a 14.

Em sede de Defesa, o Autuado denegou o cometimento da Infração aduzindo que o imposto foi retido pelo contribuinte substituto na própria operação. Asseverou ser responsabilidade do contribuinte substituto recolher o ICMS na base da cadeia produtiva, tomando por base a alíquota de substituição tributária presumida, destaca que toda essa retenção foi feita nas notas apontadas no levantamento fiscal. Apresentou o entendimento de que na qualidade de contribuinte substituído se encontra dispensado do pagamento do ICMS na comercialização das mercadorias recebidas.

O Autuante manteve a autuação destacando que o Impugnante apresentou seu “registro” na Escrituração Fiscal Digital - EFD e não as Notas Fiscais comprovando o destaque do ICMS Substituição Tributária pelo remetente/fornecedor. Apresentou a título de exemplo, *print* do arquivo da Nota Fiscal nº 113921, fl. 77, para comprovar que não houve destaque no documento fiscal pelo remetente/fornecedor.

Depois de analisar todos os aspectos que emergiram do contraditório acerca da Infração 02, constato que a exigência da exação está devidamente comprovada nos demonstrativos acostados às fls. 10 a 16, com cópias entregues ao Autuado, cujos cálculos, não foram apontadas qualquer inconsistência pelo Impugnante. Apesar de mencionar em sua Defesa ter anexado as notas fiscais que dariam suporte à alegação, nota fiscal alguma foi juntada aos autos.

Constato também que as planilhas acostadas pelo Impugnante, fls. 50 a 70, nada comprovam a alegação da Defesa de que fora efetuada a antecipação pelo remetente, bem como restou evidenciado pelo Autuante a não antecipação pelo remetente exemplificada através da Nota Fiscal de nº 113921, arrolada no levantamento fiscal.

Logo, não tendo, o Autuado, trazido aos autos comprovação alguma que pudesse elidir a acusação fiscal, fica patente o acerto da autuação.

Assim, entendo que a Infração 02, afigura-se subsistente.

Infrações 03 e 04 - imputam ao sujeito passivo a entrada no estabelecimento de mercadorias, bens e serviços sem o devido registro na escrita fiscal, consoante demonstrativos acostados às fls. 15 a 23.

Em relação ao mérito, o Autuado não apresentou qualquer argumento para refutar a acusação fiscal, eis que se ateve, tão-somente, a alegar a decadência, argumento já enfrentado em sede de preliminar.

Logo, tendo em vista que se trata de penalidades por descumprimento de obrigações tributárias acessórias, nos casos, falta de registro de entrada de mercadorias, bens ou serviços no estabelecimento autuado, tendo como suporte os demonstrativos, fls. 15 a 23, para os quais o Impugnante não contesta os dados discriminados nos demonstrativos das infrações, entendo restar devidamente configurado o cometimento pelo Autuado desses itens do Auto de Infração.

Concluo pela subsistência das Infrações 03 e 04

Diante do exposto, julgo **PROCEDENTE** o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **178891.0052/22-4**, lavrado contra **OK BATERIAS LTDA**, devendo ser intimado o Autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 38.044,79**, acrescido da multa de 60%, previstas, respectivamente, nas alíneas “f” e “d” do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 14.296,83** prevista no inciso IX, do art.42, do mesmo diploma legal com os acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2023.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA