

PROCESSO	- A. I. Nº 298951.0016/22-7
RECORRENTE	- COMERCIAL COUTO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0116-02/23-VD
ORIGEM	- DAT SUL – INFRAZ CENTRO SUL
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 18.07.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0162-11/24-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. Não houve arguição de mérito. Não recolhida a decadência suscitada. Infração subsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. A autuada contestou a infração sob o argumento do autuante ter incluído no levantamento mercadorias sujeiras ao regime de substituição tributária, que não restou provado. Acolhida a arguição de decadência parcial da infração com base na regra do art. 150, § 4º do CTN. Infração parcialmente subsistente. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTRAS UNIDADES. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados, o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I da Lei nº 7.014/96. A defesa não contestou o mérito. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário em face da Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, desonerando o Sujeito Passivo (Inscrição Estadual nº 063.490.722) no valor de R\$ 1.525,82 (fl. 1.276), ao tempo da prolação da decisão.

Não houve, portanto, desoneração em monta que determinasse o processamento de Recurso de Ofício (art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99).

O Auto de Infração foi lavrado em 20/09/2022 e notificado ao Sujeito Passivo em 07/10/2020 (fl. 27), para exigir ICMS e multas, constituindo crédito tributário no montante histórico de R\$ 143.098,44, com os acréscimos legais, em decorrência da acusação de cometimento de três infrações ao longo dos exercícios de 2017 a 2018, sendo que o único objeto de Recurso Voluntário é a que fora enunciada da seguinte maneira, no Auto de Infração:

Infração 02 – 002.001.003. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Ver Demonstrativos “4A1 - DÉBITO DE ICMS” e “4A1.1 - DÉBITO DE ICMS”. [...] Enquadramento legal: Art. 2º, inciso I; e art. 32 da Lei nº 7.014/96 C/C art. 332, inciso I do RICMS/2012, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa Aplicada: Artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96” Total da Infração: R\$ 142.684,79.

O contraditório se desenvolveu em primeiro grau com **Defesa** às fls. 30 a 34, mais documentos e mídia de fls. 35 a 1.248; e **Informação Fiscal** às fls. 1.251 a 1.261, concluindo pela manutenção do lançamento.

Remetidos os autos para julgamento (fl. 1.263) e declarada encerrada a instrução (fl. 1.265), em sessão de 13/06/2023 (fls. 1.266 a 1.274) a 2ª JJF julgou o Auto de Infração Parcialmente Procedente, consoante voto acolhido à unanimidade e redigido nos seguintes termos:

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de três infrações à legislação do ICMS, todas tempestivamente impugnadas.

A autuada é contribuinte do ICMS, inscrita no Cadastro Estadual na condição Normal, atua na atividade econômica principal de comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – supermercados.

O contribuinte foi notificado do início da ação fiscal em 15/07/2022 através de mensagem postada no Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, contendo a Intimação Fiscal para apresentação de documentos e arquivos eletrônicos e o termo de ciência, fls. 08 a 11.

A intimação para quitação do débito ou apresentação de defesa foi realizada através de intimação encaminhada via Correios, cujo recebimento e ciência ocorreu em 07/10/2022, fls. 26 e 27, oportunidade que recebeu os demonstrativos analíticos e sintéticos, cópias impressas apensadas aos autos às fls. 12 a 15 e gravados no CD, em arquivos eletrônicos, fl. 23.

A defesa não arguiu nulidade do lançamento, contudo, verifico que o mesmo foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara. É possível se determinar com certeza a natureza das infrações, o autuado e o montante do débito tributário, assim como as multas sugeridas e os dispositivos legais e regulamentares tidos como infringidos.

O devido processo legal foi seguido, assim como o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

Preliminarmente a autuada arguiu decadência parcial do crédito tributário cobrado nas infrações 01 e 02, por entender que parte dos fatos geradores acorreram antes de setembro de 2017, portanto, o Fisco somente poderia ter realizado o lançamento antes de setembro de 2022.

Aduziu que o Auto de Infração é de 20/09/2022 e, considerando expirado o prazo quinquenal, por conseguinte, seria cabível o cancelamento do crédito tributário exigido, com base no art. 150, § 4º e art. 156, inc. VII, ambos do CTN.

Para análise da arguição posta, previamente lembro que o Código Tributário Nacional no seu art. 150, § 4º manda que a contagem do prazo decadencial seja a partir da data de ocorrência do fato gerador, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, declara e efetua o pagamento, ou efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas e não haja a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, pois assim está disposto:

Art. 150. 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, tomado conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. (...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de 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.

Já o art. 173, inc. I do citado CTN considera a contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, quando o contribuinte omite a realização da operação tributável, ou, de forma tácita, em situações que o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada e posteriormente o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido, em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

É o que se extrai da leitura do citado dispositivo conforme a seguir transcrito:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingu-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Ressalto que o ICMS, que é um imposto sujeito a lançamento por homologação, hipótese em que o próprio contribuinte apura, declara e recolhe o tributo que entende como devido.

De fato, na forma posta pelo sujeito passivo, o prazo decadencial para que o Fisco realize o lançamento é de cinco anos, sendo que o termo inicial desse prazo pode ser a data de ocorrência do fato gerador, conforme regra do art. 150, § 4º do CTN, ou a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, consoante disposição do art. 173, inc. I do citado CTN.

Esse entendimento foi externado pela Procuradoria Fiscal da PGE, através do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, já pacificado no âmbito deste CONSEF, que assim prescreve: "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.”. Ficando ressalvado o caso de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, quando se aplicaria a regra do art. 173, inc. I do CTN.

De outra forma, a contagem do prazo decadencial ocorreria do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, inc. I do CTN, segundo o citado Incidente de Uniformização que: “conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o valor efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação”.

Considerando a Súmula nº 12 do CONSEF que determina: “Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração” e que no caso, a data de ciência do lançamento, efetuado na forma do art. 108 do RPAF/99, se realizou em 07/10/2022, conforme cópia do Aviso de Recebimento dos Correios, fl. 27, esta é a data a ser considerada como referência para contagem do lapso temporal de 5 anos para decadência.

A infração 01 exige o imposto decorrente da falta de recolhimento do imposto relativo às operações sem o respectivo lançamento em sua escrita fiscal, ou seja, o contribuinte não declarou a ocorrência do fato jurídico tributário, omitiu a realização de operações ou prestações tributáveis.

Portanto, resta caracterizado que o contribuinte não efetuou nenhum pagamento do imposto referente as operações apuradas, e assim, cabe aplicar o disposto no art. 173, inc. I do CTN, ou seja, o prazo decadencial conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

O fato gerador do imposto exigido nesta infração ocorreu em 31/03/2017, portanto, a Fazenda Pública poderia proceder ao lançamento do crédito tributário referente a estas operações até 31/12/2022.

Tendo em vista que o lançamento se aperfeiçoou em 07/10/2022, conclui-se que não se processou a decadência arguida pela defesa, que resta afastada para a infração 01.

A infração 02, decorreu de falta de pagamento do imposto em razão da prática de operações tributadas como não tributadas, estando essas operações registradas na sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, ou seja, o contribuinte declarou a ocorrência do fato jurídico tributário, apurou o montante do imposto devido, mas efetuou o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas, por ter considerado parte dessas operações como não tributáveis, decorrente se sua interpretação da legislação, sem que tenha ocorrido qualquer indício de dolo fraude ou simulação.

Neste caso, aplica-se a regra prevista no art. 150, § 4º do CTN, ou seja, conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador.

Dessa forma, a Fazenda Pública, tendo efetivado o lançamento em 07/10/2022, somente poderia exigir o crédito tributário decorrente de fatos geradores ocorridos depois de outubro de 2017. Portanto, foram alcançados pela decadência os créditos tributários decorrentes dos fatos geradores ocorridos entre fevereiro e setembro de 2017 na infração 02.

Ao adentrar no mérito, genericamente a defesa alegou ser parcialmente improcedente a exação em razão de “...o preposto fiscal ao lavrar o presente Auto de Infração olvidou-se de observar que boa parte dos produtos foram vendidos como substituição tributária, conforme se comprova com a planilha anexa, bem como o registro de inventário anexo. “, assim como aduziu que “ ... não foi observado pelo preposto fiscal o recolhimento do ICMS-ST, deixando, portanto, de considerar créditos de ICMS que o autuado possuía e não foi utilizado, quando da mudança de tributação dos itens”.

Na informação fiscal o autuante relatou o método de aplicação do roteiro de auditoria empregado no processo fiscalizatório, assim como enumerou todos os parâmetros que utilizou, tendo como base de exame os registros fiscais elaborados e transmitidos pela autuada via SPED-Fiscal, onde foram consideradas todas as operações realizadas através de notas fiscais eletrônicas – NF-e e notas fiscais eletrônicas de consumidor – NFC-e, conforme demonstrativo gravado na mídia – CD anexado aos autos.

Apesar do contribuinte não ter se referido especificamente a uma das três infrações quando arguiu que o autuante incluiu no levantamento “boa parte dos produtos” que “foram vendidos como substituição tributária”, assim como não apontou nenhum caso específico que permitisse comprovar a veracidade e consistência do argumento, os dados apresentados indicam se tratar da infração 02, cuja acusação é de que o contribuinte realizou operações tributáveis como não tributáveis, deixando, portanto, de recolher o imposto devido.

O fato da defesa afirmar que seus argumentos se “comprova com a planilha anexa, bem como o registro de inventário anexo. “, não é o que se constata do exame da extensa planilha anexada aos autos na forma impressa e gravada no CD, tendo em vista que não há aderência dos dados demonstrados com os argumentos postos.

Contrariamente, verifico que as saídas registradas pela autuada como mercadoria não tributadas, visto que nas notas fiscais emitidas não houve destaque o imposto a ser debitado na apuração mensal do ICMS, são mercadorias sujeitas a tributação normal a exemplo da nota fiscal nº 1873, emitida em 07/03/2018, referente ao produto Aguardente Pitu – 965 ml, cuja saída ocorreu sem destaque do ICMS na operação com CFOP 5.403 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto.

Especificamente esta mercadoria, em 2018, não estava sujeita ao regime de substituição tributária. Esteve incluída no regime em 2015 até 30/11/2015, tendo sido excluída no Anexo I ao RICMS/2012 em 2015 pelo Decreto nº 16.434/2015, com efeitos a partir de 01/12/2015.

A seguir estão plotagens obtidas do Portal da Nota Fiscal Eletrônica relativa a esta nota fiscal, onde fica comprovada a saída do produto Aguardente Pitu – 965 ml, sem tributação do ICMS:

Tal ocorrência pode ser verificado em todas as notas fiscais arroladas no levantamento. Ademais o contribuinte apesar de alegar o fato, não apresentou as provas capazes de comprova-lo, o que faz incidir o disposto nos artigos 141 a 143 do RPAF/2012, ou seja:

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Assim sendo, tenho a infração 02 como parcialmente subsistente, em vista da decadência de parte dos créditos tributários, na forma do demonstrativo:

Ocorrência | *Vencimento* | *Base de Cálculo* | *Aliquota* | *Multa* | *Valor Histórico*

31/10/2017	09/11/2017	0,22	18,00	60,00	0,04
31/12/2017	09/01/2018	21,61	18,00	60,00	3,89
31/01/2018	09/02/2018	135,56	18,00	60,00	24,40
28/02/2018	09/03/2018	1,72	18,00	60,00	0,31
31/03/2018	09/04/2018	136.800,00	18,00	60,00	24.624,00
30/04/2018	09/05/2018	71.268,33	18,00	60,00	12.828,30
31/05/2018	09/06/2018	49.807,39	18,00	60,00	8.965,33
30/06/2018	09/07/2018	45.007,44	18,00	60,00	8.101,34
31/07/2018	09/08/2018	65.055,22	18,00	60,00	11.709,94
31/08/2018	09/09/2018	86.121,33	18,00	60,00	15.501,84
30/09/2018	09/10/2018	84.255,50	18,00	60,00	15.165,99
31/10/2018	09/11/2018	74.662,28	18,00	60,00	13.439,21
30/11/2018	09/12/2018	82.914,61	18,00	60,00	14.924,63
31/12/2018	09/01/2019	94.851,56	18,00	60,00	17.073,28
		Total			142.362,50

Em relação as infrações 01 e 03, o contribuinte não se manifestou quanto ao mérito. Constatou após o exame dos demonstrativos que efetivamente as acusações se mostram consistentes com os dados da EFD do contribuinte.

Considerado o disposto no art. 140 do RPAF/99, ou seja: "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. ", as tenho como subsistentes.

Quanto a multa sugerida pelo autuante para a infração 01, "deixar de recolher o ICMS nos prazos regulamentares decorrentes de operações não escrituradas nos livros fiscais" foi de 100% do valor do imposto exigido, prevista no art. 42, inc. III, alínea "g" da Lei nº 7.014/96, ou seja, no caso de "outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque. ".

Contudo, avalio que se aplicaria melhor a multa prevista no art. 42, inc. II, alínea "f" da Lei nº 7.014/96, ou seja: "quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal; ", tendo em vista que sequer foi aventada a possibilidade de ocorrência de dolo.

Destarte, de ofício, reenquadro a multa aplicada na infração 01, passando esta penalidade para 60% sobre o valor do imposto apurado, conforme art. 42, inc. II, alínea "f" da Lei nº 7.014/96.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Não foi interposto Recurso de Ofício, certamente por escapar ao valor de alçada (art. 169, inciso I, alínea "a" do RPAF/99).

Regularmente intimado o Sujeito Passivo ofereceu Recurso Voluntário (fls. 1.284 a 1.288), em cujas razões teceu os argumentos a seguir sumarizados:

- A) Considerações sobre a tempestividade do recurso e resumo do acórdão recorrido, declarando ter sido parcialmente acatada a tese defensiva, tendo porém prevalecido a manifestação do preposto fiscal, e afirmando que houve erro na aplicação da legislação, de modo a que a diferença encontrada não deve prevalecer, consoante faria expor na sequência;
- B) Que a Infração 02 é nula, pois nasceu baseada na consulta via sistema eletrônico de emissão de Notas Fiscais Eletrônicas, não sendo juntado "nenhum outro documento", o que acarreta a nulidade da infração por carecer de clareza e precisão, o que "viola a regra estabelecida pelo art. 18, inciso IV, alínea "a" e do art. 39, inciso III, do Decreto nº 7.629 de 09/07/99", e tece considerações doutrinárias, coligindo excerto de julgado do CONSEF.
- C) Quanto ao mérito da Infração 02, aduz não ter sido observado que "boa parte dos produtos foram vendidos como substituição tributária, conforme se comprova com a planilha, bem como o registro de inventário ambos anexos ao auto de infração no momento da apresentação da impugnação", não foi observado o recolhimento de ICMS-ST, e não foram considerados "créditos de ICMS que o autuado possuía e que não foi utilizado, quando da mudança de tributação dos itens"

Conclui reiterando o pedido proposto em todas as peças de defesa, requerendo o reconhecimento da inexistência de débito remanescente em razão da aplicação correta da legislação, e pugna pela improcedência do Auto de Infração, declarando-se improcedente ou nula a infração 02.

Recebidos os autos, estes foram a mim distribuídos e, por considerá-los instruídos, solicitei à Sra. Secretária que providenciasse sua inclusão em pauta, motivo pelo qual os trago a esta assentada.

VOTO

Conheço do recurso, pois nele enxergo o pressuposto do cabimento (art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99 - aprovado por meio do Decreto nº 7.629, de 04/07/1999), e da tempestividade (art. 171 do RPAF/99).

Destaco que as razões recursais não trazem questões, sequer preliminares ou formais, em relação às Infrações 01 e 03. Em um rigor processual (incomum no âmbito administrativo, e em desuso mesmo na esfera judicial diante do princípio da primazia da decisão de mérito - art. 4º do CPC/15) haver-se-ia de questionar a concludência do pleito recursal pelo juízo de “improcedência do Auto de Infração”, se nenhuma questão, seja quanto a objeto do lançamento, seja quanto a sua forma, veio a ser ventilada em relação àqueles dois capítulos do Auto de Infração.

Passa-se, outrossim, ao exame das questões ventiladas, apenas em relação à Infração 02.

NULIDADE DO LANÇAMENTO POR AUSÊNCIA DE CLAREZA E DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS: REJEITADA

Não procede a alegação de que a Fiscalização “não junta aos autos nenhum outro documento”, fazendo crer que todo o lastro probatório se baseia em “consulta via sistema eletrônico de emissão de Notas Fiscais Eletrônicas”.

Já na enunciação da Infração (transcrição no relatório), o Autuante teve o cuidado de mencionar os arquivos produzidos para evidenciar a infração, a partir da escrita fiscal do Sujeito Passivo.

Não há precisão em afirmar que se trata de “consulta” a “sistema de emissão de Notas Fiscais Eletrônicas”, mas sim à escrituração fiscal digital entabulada pelo Sujeito Passivo, em que operações havidas como não tributadas foram apontadas como tributadas, escrupulosamente reunidas em demonstrativos (fls. 04 a 22, com mídia à fl. 23).

Prova-o, ademais, a tese meritória do Sujeito Passivo. Ora, como sustentar que operações presentes nos demonstrativos teriam ocorrido com substituição tributária, se não houvesse compreendido claramente a imputação e, para além disso, se não tivesse visualizado as operações e as mercadorias envolvidas?

Em primeiro grau de cognição administrativa, foi exposto de forma exauriente que os demonstrativos presentes nos autos atendem aos requisitos da legislação (mormente ao que preconiza o art. 24 da Lei nº 7.014/96, ao art. 249 do RICMS-BA/12, e ao art. 39 do RPAF/99). Os demonstrativos concorrem para a clareza na constituição do crédito tributário, bem como para a exposição da liquidez do valor e da incursão em infração da legislação, com imposição de penalidade.

Ante o exposto, comungo do entendimento esposado em primeiro grau, e sou pela rejeição da arguição de nulidade, pois vejo presentes os demonstrativos do lançamento e os tenho como suficientes para a evidenciação da infração, com clareza.

MÉRITO DA INFRAÇÃO 02. OPERAÇÕES SOB REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE PROVAS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE IMPACTO SOBRE OS DEMONSTRATIVOS DA INFRAÇÃO

Em breves linhas, a Recorrente afirma que (pede-se vênia para a transcrição integral):

[...] o preposto fiscal ao lavrar o presente auto de infração olvidou-se de observar que boa parte dos produtos foram vendidos como substituição tributária, conforme se comprova com a planilha, bem como o registro de inventário ambos anexos ao auto de infração no momento da apresentação da impugnação.

Conforme já narrado alhures, todavia, não observado pela Junta da Julgamento, com a lavratura do auto de infração não foi observado pelo preposto fiscal a recolhimento do ICMS-ST, deixando, portanto, de considerar créditos de ICMS que o autuado possuía e que não foi utilizado, quando da mudança de tributação dos itens.

Não é demais reiterar, que a norma tributária merece interpretação pro legem, ou seja, deve-se extrair da norma tributária seu exato significado e alcance. O legislador infraconstitucional, visando dar maior efetividade aos Limites Constitucionais ao Poder de Tributar – garantia fundamental, pelos motivos peculiares óbvios na natureza real dos tributos, os quais de conhecimento notório dessa banca julgadora não nos cabe aqui explanar, assegura por meio de capítulo próprio do Código Tributário Nacional, limites à interpretação dessa espécie normativa.

De ver está que, no momento da autuação deveria ter sido deduzido pelo preposto fiscal o crédito de ICMS não utilizado pelo Autuado, o que torna insubsistente a suposta infração, vez que tal fato macula totalmente a autuação.

Inclusive para elucidar e robustecer a tese aqui ventilada, foi emitido relatório de inventário e planilha para comprovar que a infração é insubsistente, ou seja, não há que se falar em recolhimento a menor de ICMS.

Diante do exposto, pugna pela reforma do julgamento de primeira instância e, consequentemente pela improcedência da infração.

Em primeiro grau de cognição administrativa, foi exposto de forma exauriente que os demonstrativos presentes nos autos advieram da escrita fiscal do Sujeito Passivo, de modo que a negativa genérica sobre os fatos inculcados, não têm o condão de afastar a acusação (inteligência dos arts. 141 a 143 do RPAF/99).

A adução genérica sobre “operações com substituição tributária” foi afastada especificamente em primeiro grau, quando se analisaram operações específicas em que a simples consulta à NFe gerou convicção de não submissão das operações à tributação sob o regime de substituição tributária.

Ora, ainda que a Recorrente trouxesse elementos para evidenciar um eventual direito a crédito pelo tratamento equivocado de mercadorias - tendo deixado de apurar ou aproveitar crédito fiscal de operações a que faria jus (o que não se consegue aferir nos fólios) -, a ação fiscal, o lançamento e sua revisão não integram o rito adequado para a perquirição desses supostos créditos fiscais extemporaneamente apurados (arts. 314 e 315 do RICMS-BA/12). Não compete, em princípio, ao CONSEF este exame.

Nesse passo, mais uma vez comungo com o entendimento do órgão julgador *a quo*: a negativa genérica dos fatos e a adução de ausência de elementos para a defesa (que, constato, encontram-se presentes nos autos, havendo prova de sua disponibilização ao defendant) não pode concorrer, à luz do disposto nos arts. 141, 142 e 143 do RPAF/99, no acolhimento da tese de improcedência do lançamento.

Ante o exposto, também rejeito essa pretensão recursal, de modo que concluo pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298951.0016/22-7, lavrado contra **COMERCIAL COUTO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 142.362,50, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a”, “d” e “f” da Lei nº 7.014/96 e os acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de junho de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS