

PROCESSO - A. I. N° 269114.0008/20-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - O FAZENDÃO COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0006-04/24-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO C/JF N° 0243-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente; **b)** DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. Procedimento do autuado de acordo com o previsto na norma regulamentar. Infração insubsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Excluídas da autuação as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Infração 03 parcialmente subsistente. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. Excluídas as parcelas indevidas. Infração parcialmente subsistente. 4. FALTA DE RECOLHIMENTO. NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Excluídas do lançamento notas fiscais que foram denegadas. Infração parcialmente subsistente. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Refeitos os cálculos para efeito de consideração da data da efetiva entrada e registro da operação na escrituração fiscal. Acusação parcialmente subsistente. 6. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. MULTA PERCENTUAL SOBRE O VALOR DO IMPOSTO QUE DEIXOU DE SER PAGO. Após o refazimento dos cálculos a acusação restou insubsistente. 7. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Os demonstrativos elaborados pelo autuante em relação a esta infração indicam que ocorreu “*substituição tributária escriturada a menor em relação ao destacado no documento fiscal*”, enquanto que a acusação se reporta a falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas efetuadas a contribuintes localizados neste Estado. Infração 12 nula. 8. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS. FALTA DE REGISTRO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Comprovada escrituração de parte das notas fiscais e excluído as notas fiscais denegadas. Infração parcialmente subsistente. Acolhido parcialmente a arguição de decadência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 4ª JF, conforme disposto no art. 169, I, “a” do RPAF/BA, por ter desonerado parte dos valores exigidos, relativo ao Auto de Infração, lavrado em 06/10/2020, exige crédito tributário no valor de R\$ 265.086,44 em razão do cometimento de 13 (treze) infrações, sendo objeto de reexame as infrações 1, 2, 3, 4, 5, 8, 10, 11, 12 e 13 que acusam:

Infração 01 – 01.02.40: “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no (s) no(s) documento(s) fiscal(is)”. Valor lançado R\$ 10.212,19. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 01.02.41: “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque a maior no(s) documento(s) fiscal(is)”. Valor lançado R\$ 2.478,48. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – 02.01.03: “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”. Valor lançado R\$ 87.979,75. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 – 02.01.03: “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”. Valor lançado R\$ 15.340,09. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 – 03.02.02: “Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”. Valor lançado R\$ 92,35. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 08 – 05.05.03: “Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente (s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios”. Valor lançado R\$ 784,53. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

Infração 10 – 07.01.02: “Efetuiu o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior”. Valor lançado R\$ 116.046,61. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Infração 11 – 07.15.05: “Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente”. Multa aplicada no valor de R\$ 17.724,92, com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Infração 12 – 08.35.01: “Deixou de proceder o recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia”. Valor lançado R\$ 5.384,91. Multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 13 – 16.01.01: “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço (s) sujeito (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal”. Multa aplicada no total de R\$ 3.113,61 com previsão no Art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96.

Na decisão proferida (fls. 125 a 137) inicialmente foi afastada a nulidade da infração 10, quanto a alegação de que o autuante processou de forma incorreta as datas de emissão das notas fiscais e não as datas das efetivas entradas das mercadorias no seu estabelecimento, por entender que se trata de questão de mérito a ser apreciada. Em seguida apreciou a nulidade da infração 12.

Foi, também, suscitada a nulidade da infração 12 relacionada a falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas efetuadas a contribuintes localizados neste Estado, com o valor lançado de R\$ 5.384,91, ao argumento de que não existiu a alegada falta de recolhimento e muito menos a retenção do imposto, observando que o demonstrativo elaborado pelo autuante diz respeito a “substituição tributária escriturada a menor em relação ao destacado no documento fiscal”, o que não se coaduna com a acusação.

Na informação fiscal prestada, o autuante, em relação a esta infração, se limitou a dizer que esta infração foi absorvida pela infração 10, não havendo nada mais a ser cobrado.

Verificando os demonstrativos de fls. 42 e 43, elaborados pelo autuante em relação a esta infração, vejo que assiste razão ao autuado em seu pedido de nulidade da infração, na medida em que, realmente, o levantamento fiscal indica em seu título que ocorreu “substituição tributária escriturada a menor em relação ao destacado no documento fiscal”, enquanto que a acusação se reporta a falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas efetuadas a contribuintes localizados neste Estado, havendo, desta forma, total dissonância entre a acusação e o que consta consignado como tendo sido apurado.

Infração 12 nula.

Como preliminar de mérito foi arguido pelo autuado a decadência do direito de o Estado efetuar o lançamento para constituição do crédito tributário com referência aos fatos ocorridos até o dia 05/10/2015 posto que somente foi regularmente intimado em 06/10/2020, isto em relação as infrações nos 01, 03, 04, 05, 08, 09, 10, 11, 12 e 13, citando que em relação a todas as ocorrências as operações foram devidamente escrituradas, e, até mesmo no que diz respeito a infração 08, embora a acusação seja de não lançamento das notas, não existiu a obrigação acessória escritural, eis que a emissão das notas fiscais foi denegada, conforme consta no portal NF-e da SEFAZ.

O Código Tributário Nacional – CTN, prevê dois critérios distintos relacionados a contagem do prazo decadencial: o primeiro, com base no art. 150, § 4º, contado 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, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Já o segundo critério, previsto em seu art. 173, I, cuja contagem do prazo decadencial é a partir do primeiro dia do exercício seguinte, quando o contribuinte: i) declara a ocorrência do fato jurídico, apura o montante devido, mas não efetua o recolhimento do imposto; ii) não declara a ocorrência do fato jurídico tributário e iii) quando apesar de declarado e efetuado o recolhimento, em momento posterior o Fisco constata que o imposto foi recolhido a menos que o devido.

Na situação sob análise, vejo que assiste razão, em parte ao autuado, em seus argumentos. Isto porque, relação às infrações nos 01, 03, 04, 05, 10 e 11, estas se encontram devidamente declaradas pelo autuado em sua escrita fiscal, razão pela qual deve ser aplicada a regra estabelecida pelo art. 150, § 4º do CTN, contando o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador.

Desta maneira, como a ciência ao autuado do Auto de Infração ocorreu em 06/10/2020, deverão ser excluídos da autuação todas as imputações anteriores a 06/10/2015 por já haver transcorrido mais de 05 cinco anos entre a data de ocorrência e a notificação do lançamento.

O mesmo não ocorre em relação a infração 09, por se tratar de falta de pagamento de diferença de alíquota, onde se aplica a norma prevista pelo art. 173, I do CTN, bem como; em relação à infração; 12, declarada nula, e quanto a infração 13, resultante de falta de registro de nota fiscal de entrada no estabelecimento (obrigação de fazer), sobre a qual se aplicada o previsto pelo art. 173, I, do CTN.

Isto posto, processo as seguintes exclusões no presente lançamento tributário:

Infração 01 – 01.02.40: Jan/15 R\$ 355,40; Fev/15 R\$ 171,36; Mar/15 R\$ 18,13; Abr/15 R\$ 428,77; Mai/15 R\$ 114,44; Jun/15 R\$ 485,43; Jul/15 R\$ 145,78; Ago/15 R\$ 241,25 e Set/15 R\$ 350,34, totalizando a ser excluído nesta infração o montante de R\$ 2.311,10, remanescendo a quantia de R\$ 7.901,09 a ser examinada quanto ao mérito.

Infração 03 – 02.01.03: Jan/15 R\$ 1.367,12; Fev/15 R\$ 1.207,43; Mar/15 R\$ 1.565,88; Abr/15 R\$ 1.811,24; Mai/15 R\$ 1.818,65; Jun/15 R\$ 1.100,71; Jul/15 R\$ 1.982,24; Ago/15 R\$ 1.901,54 e Set/15 R\$ 1.305,55, totalizando a ser excluído nesta infração o montante de R\$ 14.060,96, remanescendo a quantia de R\$ 73.918,79 a ser examinada quanto ao mérito.

Infração 04 – 02.01.03: Jan/15 R\$ 307,40; Fev/15 R\$ 102,52; Mar/15 R\$ 256,25; Abr/15 R\$ 469,52; Mai/15 R\$ 611,25; Jun/15 R\$ 554,93; Jul/15 R\$ 326,13; Ago/15 R\$ 752,84 e Set/15 R\$ 180,06, totalizando a ser excluído nesta infração o montante de R\$ 3.560,90, remanescendo a quantia de R\$ 11.779,19 a ser examinada quanto ao mérito.

Infração 05 – 03.02.02: Jun/15 R\$ 47,48, remanescendo a quantia de R\$ 44,87 a ser examinada quanto ao mérito.

Infração 10 – 07.01.02: Nesta infração deverá ser excluído o montante de R\$ 106.696,87, referente ao período de janeiro/2015 a setembro/2015, remanescendo apenas a quantia de R\$ 9.349,74 a ser examinada em relação ao mérito.

Infração 11 – 07.15.05: Nesta infração deverá ser excluído o montante de R\$ 9.436,39, referente aos períodos de janeiro/2015, maio/2015, junho/2015 e setembro/2015, remanescendo a quantia de R\$ 8.288,62 referente aos meses de janeiro/16 e setembro/16, a ser examinada em relação ao mérito.

Isto posto, adentro ao exame do mérito da autuação. Antes, porém, indefiro o pedido de diligência formulado pelo autuado em relação às infrações 03, 04 e 09, no sentido de que o PAF fosse encaminhado para preposto estranho ao feito ou a ASTEC/CONSEF para revisão nos aludidos lançamentos, por considerar que os elementos presentes aos autos são suficientes para formação de meu convencimento como julgador.

Assim é que, em relação a infração 01, após as exclusões levadas a efeito com relação aos períodos alcançados pela decadência, remanesceu para exame o valor de R\$ 7.901,09 referente ao período de outubro/2015 a dezembro/2016. A acusação versa sobre utilização indevida de crédito fiscal em valor superior ao destacado no documento fiscal.

Foi alegado pela defesa que muitas das operações envolvidas na autuação tiveram os créditos apropriados

corretamente, inclusive com os valores constantes no campo informações complementares dos respectivos documentos, por se tratarem de empresas optantes do Simples Nacional, fato este que, ao seu, argumento, não foi observado pelo autuante.

Este argumento motivou que o autuante revisasse todo o levantamento efetuado, processando as exclusões devidas, inclusive em relação a NF-e nº 704 de 21/03/2016 cujo crédito fiscal glosado foi no valor de R\$ 416,41, conforme se verifica através do CD Room de fl. 75, mantendo a exigência apenas em relação aos documentos fiscais que não atendem ao que preceitua a Lei 123/06, em seu Art. 23, § 4º, inciso II, que assim preceitua:

Art. 23. As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional:

(...)

§ 4º Não se aplica o disposto nos §§ 1º a 3º deste artigo quando:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte estiver sujeita à tributação do ICMS no Simples Nacional por valores fixos mensais;

II - a microempresa ou a empresa de pequeno porte não informar a alíquota de que trata o § 2º deste artigo no documento fiscal;

Portanto, foram mantidas na autuação apenas as exigências que recaíram sobre as notas fiscais que não atendem ao regramento legal acima posto, bem como aquelas relacionadas a contribuintes não optantes pelo Simples Nacional, ao tempo em que o autuado, quando da sua manifestação, não apontou as notas fiscais cuja exigência considera indevida.

Desta maneira, julgo procedente em parte a infração 01, no valor de R\$ 7.901,09, tomando por base o demonstrativo de fl. 82, meses de outubro/15 a dezembro/15, e demonstrativo de fl. 83, período de janeiro a dezembro/16.

A infração 02 que se reporta a utilização indevida de crédito fiscal no total de R\$ 2.478,48 em decorrência de destaque de imposto a mais no documento fiscal, foi alegado pelo autuado que a diferença de 1% que foi exigida decorreu de alteração na legislação que aumentou a alíquota de 17% para 18% a partir de 10/03/2016, argumento este que foi corretamente acolhido pelo autuante.

Isto posto, a infração 02 é totalmente improcedente.

Naquilo que se refere à infração 03, no valor de R\$ 87.979,75 que trata de operações tributáveis consideradas como não tributáveis, após a exclusão do montante de R\$ 14.060,96 abarcado pela decadência, remanesceu a quantia de R\$ 73.918,79 a ser examinada quanto ao mérito.

Foi alegado pela defesa que foram incluídas pelo autuante operações envolvendo mercadorias sujeitas a substituição tributária, destacando o exercício de 2016 pelo fato do exercício de 2015 ter sido, em grande parte, fulminado pela decadência.

Desta forma após destacar na própria planilha elaborada pelo autuante as operações com mercadorias que estariam enquadradas no regime de ST, pleiteou a exclusão do montante de R\$ 34.228,42 para o exercício de 2016, remanescendo o débito na ordem de R\$ 34.259,12, que reconhece como devido.

Assim é que, após a revisão levada a efeito pelo autuante, conforme sintética e analiticamente demonstrados, acolho o resultado parcial em relação ao exercício de 2015, fl. 84, que, após expurgadas as parcelas abarcadas pela decadência no lançamento original que soma R\$ 14.060,96, relativamente ao período de janeiro a setembro/15, remanesce devido para este exercício o valor de R\$ 3.228,08, conforme demonstrado à fl. 84, referente aos meses de outubro a dezembro/15.

Já em relação ao exercício de 2016, acolho o valor de R\$ 34.677,16 apurado pela autuante na revisão efetuada, fl. 85, que, praticamente, se assemelha ao valor reconhecido pelo autuado.

Com isso julgo parcialmente subsistente a infração 03 no valor de R\$ 37.905,24.

No que se relaciona a infração 04, no valor de R\$ 15.340,09, que também se refere a prática de operações tributáveis como não tributáveis, não consta na defesa uma argumentação específica em relação a esta infração, foi citada, apenas, em conjunto com a infração 03, porém, considero que os argumentos trazidos se esgotaram quando do exame da terceira infração.

Assim é que, após a exclusão das parcelas alcançadas pela decadência, que somou o montante de R\$ 3.560,90, referente ao período de maio/2015 a setembro/2015, remanesce devida a quantia de R\$ 11.779,19 relacionada ao período de outubro/2015 a dezembro/2016, conforme consta na inicial.

Infração 04 parcialmente subsistente.

No que tange a infração 05, no valor de R\$ 92,35, referente a aplicação incorreta da alíquota do imposto, foi questionado pelo autuado apenas o valor de R\$ 47,48, alcançado pela decadência, remanescendo, portanto, devida a quantia de R\$ 44,87 que foi reconhecida pelo autuado.

Infração 05 parcialmente subsistente no valor de R\$ 44,87, fl. 04.

Não houve impugnação pelo autuado quanto aos valores autuados em relação às infrações 06 e 07, nos valores respectivos de R\$ 37,10 e R\$ 82,31, que ficam mantidos.

Quanto a infração 08, no valor de R\$ 784,53 relacionado a documentos fiscais não escriturados no livro registro de saídas, o autuado reconheceu como devido apenas o valor de R\$ 73,01 referente ao mês de fevereiro/16. Quanto aos demais valores os questionou argumentando que se referem a notas fiscais que foram denegadas pelo sistema, portanto não passíveis de escrituração.

Tal fato foi reconhecido e aceito pelo autuante que manteve apenas a exigência no valor de R\$ 73,01 para a presente infração, mês 02/16.

Infração 08 parcialmente subsistente.

A infração 09 trata de exigência de diferencial de alíquota no total de R\$ 5.809,59, foi arguido pela defesa que se tratam de operações envolvendo aquisições “para outros fins” que não uso ou consumo próprio, as quais seriam operações de outras saídas de mercadorias, amostra grátis, demonstração, bonificação doação ou brinde e comodato, sem citar, contudo, a nota fiscal que envolve estas operações de forma específica.

Tal argumento não foi acolhido pelo atuante que levou em consideração a escrituração fiscal do autuado que indica que essas aquisições estão registradas com o CFOP – 2556 compras de material de uso e consumo, enquanto que o autuado não trouxe qualquer comprovação em contrário, o que me leva a manter subsistente a infração 09.

Quanto a infração 10 que reclama o valor de R\$ 116.046,61 em razão do autuado ter efetuado pagamento a menos do imposto por antecipação, registro, de imediato, a exclusão do valor de R\$ 106.696,87, referente ao período de janeiro/2015 a setembro/2015 alcançado pela decadência, remanescendo apenas a quantia de R\$ 9.349,74, referente ao mês de outubro/15, a ser enfrentada no mérito.

O argumento defensivo foi no sentido de que o autuante, para efeito de cálculo do imposto, considerou as datas de emissão das NFs, com o que deslocou valores de meses para outros, gerando diferenças inexistentes, já que apurou o imposto em consonância com as datas das entradas das mercadorias no estabelecimento, como determinava a legislação na época.

Tal argumento foi acolhido pelo autuante, que refez o levantamento fiscal, apurando novos valores consoante demonstrado à fl. 87, cujo novo valor devido para esta infração seria de R\$ 132.002,34, superior, portanto, ao originalmente lançado.

Isto posto, e considerando as exclusões dos valores pertinentes aos meses de janeiro a setembro/15, abarcados pela decadência, remanesce como devido apenas o valor de R\$ 7.747,71 referente ao mês de outubro/15, já que, os novos valores inseridos em relação aos meses de novembro e dezembro/2015 não podem ser considerados pois não constam registros de exigência fiscal em relação a estes meses no lançamento original.

Infração 10 parcialmente subsistente no valor de R\$ 7.747,71, referente ao mês de outubro/15.

Naquilo que concerne a infração 11, no valor de R\$ 17.724,92, referente a multa percentual aplicada sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial, foi alegado pelo autuado que “sua impertinência decorre da mesma motivação do erro cometida pelo autuante na infração 10, qual seja, foram consideradas as datas de emissão das notas, viciando o lançamento. Além disso, conforme demonstrativos anexos, foram incluídas aquisições para uso/consumo (CFOP 2556), acrescentando que aproveitando os demonstrativos da autuação, marcou, em amarelo, as operações lançadas e com valores corretamente pagos, pelas entradas”.

Tal argumento foi analisado pelo autuante, que o acolheu quase que totalmente, remanescendo como devido, ao seu entender, apenas a quantia de R\$ 4.410,80 referente ao mês de maio/15, fl. 88.

Ocorre, entretanto, que esta infração, após as exclusões que foram efetuadas em relação aos períodos abarcados pela decadência, remanesceu apenas para exame do mérito a quantia de R\$ 8.288,62 referente aos meses de janeiro/16 e setembro/16.

Considerando que o autuante, na revisão fiscal que efetuou, só indicou como remanescente débito na quantia de R\$ 4.410,80 para o mês de maio/15, período este abarcado pela decadência, nada mais resta devido em relação a presente infração.

Infração 11 insubsistente.

Considerando que a infração 12 foi declarada nula, resta, finalmente, a apreciação da infração 13, referente a penalidade aplicada por descumprimento de obrigação acessória no total de R\$ 3.113,61, em razão da falta de registro de notas fiscais de entradas na EFD pelo autuado.

A alegação defensiva foi no sentido de que algumas das notas fiscais que não foram registradas foram denegadas pela SEFAZ, enquanto outras foram registradas em períodos posteriores aos considerados pelo autuante, pugnando, assim, pela nulidade ou improcedência da infração.

O autuante se posicionou no sentido de que a NF-e 61.224 de 21/02/2015 foi excluída do lançamento e que nenhuma das 36 (trinta e seis) apontadas pelo autuado, em relação ao exercício de 2015 como lançadas em 2016 fazem parte da autuação. Portanto, exceto em relação ao mês 02/2015 nenhum outro mês sofreu alteração.

Quando da sua manifestação acerca do posicionamento acima do autuante, o autuado apenas se limitou a dizer que “disse que fará nova conferência e apresentará, ainda na fase recursal, as devidas comprovações ou motivações para exclusões das multas mantidas”, tendo o autuante, em consequência, mantido seu posicionamento anterior, apresentando os demonstrativos de débito nos valores de R\$ 1.908,96 para o exercício de 2015, fl. 89, e R\$ 135,94 para o exercício de 2016, fl. 90.

Acolho o posicionamento do autuante na medida em que, quando da sua manifestação apresentada o autuado nada trouxe para contestar o resultado ao qual chegou o autuante. Divirjo deste apenas em relação ao acréscimo consignado pelo autuante no valor de R\$ 0,80 para o mês de dezembro/16, fl. 90, vez que no lançamento inicial não consta inclusão de penalidade para este mês.

Infração 13 parcialmente subsistente no valor de R\$ 2.044,90 conforme fls. 89 e 90, sendo R\$ 1.908,96 para o exercício de 2015 e R\$ 135,94 para o exercício de 2016.

No que se refere ao pedido para que doravante todas intimações relacionadas ao presente feito sejam encaminhadas aos profissionais que subscreveram a peça impugnatória, esclareço que esse procedimento atende ao estabelecido pelo Art. 108 do RPAF/BA, entretanto, nada obsta que o pedido formulado também possa ser atendido.

Em conclusão voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$ 73.425,01, conforme demonstrado abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos:

Apresentou demonstrativo resumo de fl. 137, no qual indicou o resultado do julgamento das 13 (treze) infrações com redução do débito original de R\$ 265.086,44 (atualizado no julgamento de R\$ 594.772,15) para R\$ 73.425,01 (atualizado R\$ 161.987,73).

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/BA.

O conselheiro João Vicente da Costa Neto declarou impedimento sendo substituído pelo conselheiro Fernando Antonio Brito de Araújo.

Registrada a presença do advogado Dr. Fernando Marques Villa Flor na sessão de videoconferência, que na oportunidade exerceu o seu direito regimental de fala.

VOTO

O Auto de Infração acusa o cometimento de 13 (treze) infrações, sendo objeto de reexame as infrações 1, 2, 3, 4, 5, 8, 10, 11, 12 e 13.

Constato que as desonerações promovidas no julgamento da primeira instância relativo as INFRAÇÕES 1, 4 e 5, decorreram **unicamente** pelo acatamento da materialização da **decadência** relativo aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a setembro de 2015, tendo em vista que a ciência do lançamento foi efetivada em 06/10/2020, aplicando a jurisprudência do CONSEF quanto a ao disposto no art. 150, § 4º do CTN, nos casos em que o sujeito passivo declarou o fato jurídico tributável, promoveu algum pagamento do ICMS e aguardou a homologação no prazo de cinco anos.

Também foi acolhido a decadência relativa ao mesmo período em relação as INFRAÇÕES 2, 10 e 11 que também tiveram apreciação de razões de mérito além da preliminar.

Observe que as INFRAÇÕES 1, 4 e 5 acusam utilização indevida de crédito fiscal; ter praticado operações tributáveis como não tributáveis e aplicado alíquotas diversas da prevista na legislação, regularmente escrituradas. Dessa forma tendo os fatos jurídicos tributários sido devidamente declarados, a contagem do prazo decadencial deve levar em consideração a data da ocorrência do fato gerador.

Fica mantida a decisão pela redução do débito de R\$ 10.212,19 para R\$ 7.901,09 (infração 1); de R\$ 15.340,09 para R\$ 11.779,19 (infração 4) e de R\$ 92,35 para R\$ 44,87 (Infração 5).

Também foi acolhida a decadência e apreciado de razões de mérito relativo as infrações 3, 10 e 11.

A INFRAÇÃO 3 acusa ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Como apreciado anteriormente na infração 4, tratando de operações devidamente registradas cujo crédito foi compensado no débito e recolhido ICMS no período, aplica se o disposto no art. 150, § 4º do CTN. Fica mantido o afastamento dos valores decaídos de R\$ 14.060,96 relativo ao período de janeiro a setembro de 2015, remanescendo valor de R\$ 73.918,79 a ser

apreciado nas questões de mérito.

A INFRAÇÃO 10 acusa recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação.

Como apreciado anteriormente, tratando-se de operações devidamente registradas, apurado o imposto devido que foi recolhido a menos do que o devido, aplica-se o disposto no art. 150, § 4º do CTN. Fica mantido o afastamento dos valores decaídos de R\$ 106.696,87 remanescendo valor de R\$ 9.349,74 a ser apreciado nas razões de mérito.

A INFRAÇÃO 11 aplica multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada.

Observo que a materialização da decadência pertinente a multa, usualmente se aplica o disposto no art. 173, I do CTN, ou seja, a contagem do prazo é feita a partir do primeiro dia do exercício seguinte após ocorrido cinco anos.

Nesta situação específica, constato que conforme demonstrativo elaborado pela fiscalização de fls. 40 e 41, foi apurado o montante devido mensal e deduzido o lançado pela empresa, tendo sido aplicado a multa sobre a diferença devida que tiveram recolhimento integral nas saídas subsequentes das mercadorias comercializadas. Assim sendo, considero correta a aplicação do disposto no art. 150, § 1º do CTN. Fica mantido o afastamento dos valores decaídos de R\$ 9.436,39, remanescendo valor de R\$ 8.288,62 a ser apreciado quanto às razões de mérito.

Feito estas apreciações acerca da decadência, passo a apreciação e mérito das desonerações procedidas no julgamento de primeira instância relativo às infrações 2, 3, 8, 10, 11, 12 e 13.

INFRAÇÃO 2 – Acusa utilização indevida de crédito fiscal no valor R\$ 2.478,48 em decorrência de destaque de imposto a mais no documento fiscal.

Foi alegado que a diferença de 1% decorre de alteração na legislação que aumentou a alíquota de 17% para 18% a partir de 10/03/2016, que foi acolhido pelo e julgada totalmente improcedente.

Verifico que no demonstrativo original (Mídia de fl. 75) foi indicado alíquota aplicada de 18% e admitido de 17%, acusou exigência de 1% a exemplo da Nota Fiscal nº 77.471 de 10/03/2016.

Portanto, considerando que a Lei nº 13.461/2015 elevou a alíquota interna de 17% para 18%, está correta a decisão pela improcedência da infração 2, que fica mantida.

INFRAÇÃO 3 - Acusa prática de operações tributáveis como não tributáveis, que após exclusão de R\$ 14.060,96 abarcado pela decadência, remanesceu R\$ 73.918,79 a ser apreciado no mérito.

Na defesa apresentada foi alegado que inclui operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária, indicada no demonstrativo de fl. 68. Reconheceu como devido R\$ 34.259,12.

Na revisão feita pelo autuante, conforme demonstrativo analítico gravado na mídia de fl. 75, foi excluído os valores relativos a mercadorias enquadradas no regime de ST, que resultou em valor de R\$ 12.335,39 no exercício de 2015 (fl. 84) e R\$ 34.677,16 em 2016, totalizando R\$ 47.012,55.

Verifico que na apreciação inicial sobre a decadência a 4ª JF afastou valores originais de R\$ 14.060,96 (janeiro a setembro/2015). Com o refazimento pela fiscalização, excluindo os valores de mercadorias enquadradas no regime de ST (fl. 84) remanesceu valor de R\$ 12.335,39 relativo ao exercício de 2015, que com a exclusão dos valores abarcados pela decadência remanesceu valor devido de R\$ 3.228,08, naquele exercício referente aos meses de outubro a dezembro/2015.

Já no exercício de 2016, com o valor revisado pelo autuante e exclusão dos valores das mercadorias enquadradas na ST, o valor original exigido de R\$ 68.487,54 (fl. 27) foi reduzido para R\$ 34.677,16 (fl. 85).

Pelo exposto, restou comprovado que a redução do débito original de R\$ 87.979,85 da infração 3 decorreu do afastamento dos valores que decaíram e de operações que encerraram a fase de tributação.

Fica mantida a decisão pela procedência em parte da infração 3 no valor de R\$ 37.905,24 (R\$ 3.228,08 + R\$ 34.677,16).

INFRAÇÃO 8 – Acusa omissão de saída de mercadorias pelo não lançamento de documentos fiscais nos livros próprios. Na defesa apresentada o autuado alegou que do valor exigido de R\$ 784,53 as notas fiscais foram denegadas e reconheceu como devido o valor de R\$ 73,01.

O autuante na informação fiscal (fl. 72) reconheceu que parte das notas fiscais foram denegadas pelo sistema e não passíveis de escrituração, o que foi acolhido no julgamento.

Fica mantida a decisão com redução do débito de R\$ 784,53 para R\$ 73,01.

INFRAÇÃO 10 – Acusa recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação, sendo que conforme apreciado anteriormente foi afastado os valores decaídos de R\$ 106.696,87 (janeiro a setembro/2015) remanescendo valor de R\$ 9.349,74 (10/2015) a ser apreciado nas razões de mérito.

Na defesa apresentada o sujeito passivo argumentou que no período fiscalizado (2015) a legislação previa apuração do imposto em consonância com as datas das entradas das mercadorias no estabelecimento e a fiscalização apurou os valores exigidos com base na data da emissão das notas fiscais, como determinava a legislação na época.

□o julgamento foi acolhido o demonstrativo refeito pelo autuante (fl. 87), que implicou na redução do débito do valor exigido no mês 10/2015 de R\$ 9.349,74 para R\$ 7.747,71.

Assim sendo, considero correta a decisão que promoveu a exclusão dos valores que decaíram e ajustes promovidos pela fiscalização relativa a inconsistências comprovadas no levantamento fiscal, que implicou na redução do débito de R\$ 132.002,34, para R\$ 7.747,71 da infração 10.

INFRAÇÃO 11 - Aplica multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, que conforme anteriormente apreciado decaíram os valores exigidos no período de janeiro a setembro/2015 totalizando R\$ 9.436,39, remanescendo valor de R\$ 8.288,62 (01/2016 e 09/2016) a ser apreciado quanto as razões de mérito.

Na defesa apresentada o autuado alegou que o levantamento fiscal considerou as datas de emissão das notas fiscais, quando a legislação vigente previa a da entrada da mercadoria no estabelecimento e que foram incluídas aquisições para uso/consumo (fl. 65).

O autuante na informação fiscal (fl. 74) afirmou que “*Refeito o lançamento nas datas corretas, apenas o mês de maio/2015 apresentou diferenças*” remanescendo valor de R\$ 4.410,80 conforme demonstrativo analítico gravado na mídia de fl. 75 e sintético de fl. 88.

A 4ª JJF apreciou que o valor remanescente do mês 05/2015 foi abarcado pela decadência e julgou improcedente a infração 11.

Restando comprovado a materialização da decadência e inconsistências no levantamento fiscal, fica mantida a decisão pela improcedência da infração 11.

INFRAÇÃO 12 – Acusa ter deixado de proceder o recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas efetuadas a contribuintes localizados neste Estado, totalizando R\$ 5.384,91 conforme demonstrativos de fls. 44 e 45.

Na impugnação inicial (fl. 65) o sujeito passivo suscitou a nulidade sob o argumento de que:

- i) O demonstrativo apresentado indica “*substituição tributária escriturada a menor em relação ao destacado no documento fiscal*”, que não se coaduna com a acusação;
- ii) Referem se a notas fiscais de devolução de vendas, inexistindo ST.

Na informação fiscal (fl. 74), o autuante afirmou que “*Esta infração foi absorvida pela infração 10, não havendo nada mais a ser cobrar*”.

Pelo exposto, considero correta a decisão pela NULIDADE da infração 12, tendo em vista a incerteza quanto a ocorrência desta infração, visto que a descrição indica falta de recolhimento do ICMS retido (art. 10 da Lei nº 7.014/1996) e os demonstrativos indicam substituição tributária “*escriturada a menor*” (fls. 42 e 43). Nos termos do art. 18, IV do RPAF/BA, é nulo o lançamento de ofício que não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração e o

infrator.

INFRAÇÃO 13 – Aplica multa de 1% sobre o valor das mercadorias que deram entrada no estabelecimento e não registradas na escrita fiscal.

Na defesa apresentada (fl. 65) o estabelecimento autuado alegou que parte das notas fiscais: **i)** foram denegadas pela SEFAZ; **ii)** foram registradas em períodos posteriores.

O autuante na informação fiscal (fl. 74) esclareceu que excluiu do lançamento notas fiscais denegadas e considerou as notas fiscais lançadas em períodos posteriores, o que implicou na redução do débito de R\$ 3.113,61 para R\$ 2.044,90 conforme demonstrativo analítico gravado na mídia de fl. 75 e sintético de fls. 89 e 90 (R\$ 1.908,96 em 2015 e R\$ 135,94 em 2016).

Constato que a redução do valor da multa aplicada decorre de provas materiais carreadas aos autos. Por isso, fica mantida a procedência parcial da infração 13.

Por tudo que foi exposto, não merece qualquer reparo a decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração com redução do débito original de R\$ 265.086,44 para R\$ 73.425,01, conforme demonstrativo indicado na fl. 137, devendo ser homologados os valores já recolhidos:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO				
INFRAÇÃO	AUTUADO	JULGADO	MULTA	RESULTADO
01	10.212,19	7.901,09	60%	PROC. PARTE
02	2.478,48	0,00	60%	IMPROCEDENTE
03	87.979,75	37.905,24	60%	PROC. PARTE
04	15.340,09	11.779,19	60%	PROC. PARTE
05	92,35	44,87	60%	PROC. PARTE
06	37,10	37,10	60%	PROCEDENTE
07	82,31	82,31	60%	PROCEDENTE
08	784,53	73,01	100%	PROC. PARTE
09	5.809,59	5.809,59	60%	PROCEDENTE
10	116.046,61	7.747,71	60%	PROC. PARTE
11	17.724,92	0,00	60%	IMPROCEDENTE
12	5.384,91	0,00	100%	NULA
13	3.113,61	2.044,90	--	PROC. PARTE
TOTAL	265.086,44	73.425,01		

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269114.0008/20-1, lavrado contra **O FAZENDÃO COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 71.380,11**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 71.307,10, e de 100% sobre R\$ 73,01, previstas no Art. 42, incisos VII, “a”, II, alíneas “a”, “f” e “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 2.044,90**, prevista no inciso IX do dispositivo legal citado, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de junho de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS