

A. I. N º - 130076.0056/08-5
AUTUADO - RECONFLEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA.
AUTUANTE - PAULO DAVID RAMOS DE ALMEIDA
ORIGEM - INFAC SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 07.04.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0079-04/10

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado que parte do imposto exigido já tinha sido recolhido nas parcelas incentivadas e não incentivadas apurada no Programa DESENVOLVE. Refeitos os cálculos o que implicou em redução do débito. Infração elidida em parte. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Diligência fiscal refez os cálculos para corrigir valores apurados incorretos. Reduzido o valor do débito. Rejeitadas nulidade e decadência suscitadas. Indeferido o pedido de revisão/perícia fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/09/08 exige ICMS no valor de R\$98.503,36, acrescido das multas de 60% e 70%, relativo às seguintes infrações:

01. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquota entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento - R\$57.470,91.
02. Omissão de saída de mercadorias tributáveis apuradas através de entrada de mercadorias não registrada - R\$41.032,45.

Conforme petição juntada à fl. 48, o autuado requereu parcelamento do débito em relação à infração 2 (fls. 49/53) e apresentou defesa (fls. 55/71), onde diz que procurou sempre cumprir corretamente suas obrigações junto ao Fisco e ficou surpreendido com a autuação.

Preliminarmente afirma que o Auto de Infração lavrado em 30/09/08, engloba fatos geradores do período de janeiro/03 a dezembro/05, e que os fatos geradores relativos ao período de janeiro a setembro/03 foram fulminados pela decadência. Transcreve os arts. 150, § 4º, e 156 do Código Tributário Nacional, texto de autoria do professor Hugo de Brito Machado e ementa das decisões contidas nos REsp 183603/SP e 325930/SP do Superior Tribunal de Justiça que versam sobre a decadência para reforçar o seu posicionamento.

Transcreve os artigos 174 da Constituição Federal/88 e 42, III da Lei nº 7.014/96 e afirma que a infração apontada correlata com a multa deveria decorrer de levantamento fiscal, inclusive de estoque, fato que não ocorreu na situação presente e sim de presunção.

Argumenta que a inexistência de uma demonstração cabal de operações omitidas, o lançamento é viciado, houve cerceamento do direito de defesa nos termos do art. 5º, LV da CF/88. Transcreve ementa dos Acórdãos 979/91; 224/91; JJF 198/00 e JJF 0898/01 que tratam de nulidade e improcedências de infrações por vício formal ou inobservância do a nulidade com fundamento no disposto no art. 18 do RPAF/BA.

No mérito, com relação à infração 1, ressalta que o autuante desconsiderou que está habilitado ao Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE e goza do benefício fiscal de dilação de prazo até 72 meses para pagamento de “até 90%” do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias.

Transcreve os artigos 2º e 8º da Lei nº 7.980/01 e artigos 14 e 15 do Dec. 8.205/02 que regulam o Programa DESENVOLVE e ressalta que a partir da publicação da Res. 12 de 12/11/02 do Conselho Deliberativo do Programa, passou a usufruir dos benefícios Classe II e a partir da publicação da Res. 43 de 15/09/04 dos benefícios Classe I.

Manifesta entendimento de que o benefício fiscal concedido para dilação de prazo para pagamento do ICMS relativo “as operações que lhe são próprias”, incluem as aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação destinadas ao uso e consumo do estabelecimento e consequentemente o pagamento do ICMS da diferença de alíquota.

Assim, entende que os valores tidos como não recolhidos pela fiscalização relativos à infração 1, “em verdade serão pagos dentro do prazo dilatado, nos termos do art. 3º do Dec. 8.205/02”.

Afirma que excluir o ICMS da diferença de alíquota nas aquisições de mercadorias destinadas a uso/consumo constitui uma ilação do autuante, por entender que as aquisições de tais bens se incluem nas operações próprias. Pondera que o art. 5º do RICMS segrega como operações que não são próprias, aquelas em que o contribuinte se encontra na condição de substituto tributário.

Requer revisão fiscal para apurar o débito corretamente, a nulidade ou improcedência do Auto de Infração, bem como requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidas e se necessário prova pericial.

No que se refere à infração 2, esclarece que a omissão apurada decorre de notas fiscais não registradas na sua contabilidade e entende que o autuante deveria fazer um levantamento quantitativo de estoques para verificar se tais mercadorias foram efetivamente vendidas, em respeito ao princípio da verdade material, o que “torna nula a infração imputada”.

O autuante na informação fiscal prestada (fls. 86/87) inicialmente discorre sobre as infrações e alegações defensiva e contesta a nulidade pretendida com suposição de que houve “decadência”, em vista de que foi emitida Ordem de Serviço e prorrogação, conforme documentos juntados às fls. 8/13 relativos aos exercícios fiscalizados.

Com relação às aquisições de mercadorias adquiridas e destinadas a uso/consumo, afirma que conforme Parecer Gecot-DITRI 0685/07 e 10168/07, tais operações não são contempladas com os benefícios do Programa DESENVOLVE.

Ressalta que o art. 2º, I do Dec. 8.205/02 difere apenas das aquisições de bens do ativo fixo, ficando excluída as aquisições de bens destinados a uso/consumo.

Com relação à infração 2, afirma que o autuado “reconheceu o débito, conf. fls. 49 a 53”.

Conclui dizendo que o autuado fez explicações genéricas sem apresentar documentos que fundamentem suas alegações, motivo pelo qual requer a procedência da autuação.

A Secretaria do CONSEF juntou à fl. 89 demonstrativo de parcelamento de parte do débito.

A 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 92) no sentido de intimar o autuado para apresentar livros e documentos e refazer os demonstrativos relativos às infrações 1 e 2, de acordo com as comprovações a serem feitas.

Em atendimento a diligência o autuante apresentou novo demonstrativo de débito (fls. 97/98) no qual indicou valores devidos de R\$29.152,86; R\$4.813,99 e R\$120,82 com datas de ocorrências respectivas de 16/04/03; 03/02/05 e 09/04/05 relativo à infração 2.

O autuado foi intimado para tomar conhecimento do novo demonstrativo de débito (fls. 101 e 125) tendo sido concedido prazo de dez dias para se manifestar, caso no prazo legal.

O autuante prestou nova informação fiscal (fl. 103) no qual informa que em cumprimento da diligência determinada pelo CONSEF refez o demonstrativo relativo à infração 1, tendo excluído os valores pagos da diferença de alíquota contidos tanto das parcelas incentivadas quanto não incentivadas conforme demonstrativo sintético à fl. 104 e analítico às fls. 105/119.

Ressalta que tomou como base a planilha apresentada pelo recorrente, visto que nos DAEs apresentados não constam os valores relativos à diferença de alíquota.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência (fl. 125), tendo o mesmo se manifestado às fls. 127/128.

Informa que em relação à diligência fez entrega do livro RAICMS e DAEs para a fiscalização e quanto a infração 2, tomou conhecimento da correção dos valores e que “apesar de aumentar o valor do crédito tributário lançado, não altera os fatos, o conteúdo e o mérito do fato gerador” e das alegações da defesa. Reitera os termos da defesa inicial, requer revisão fiscal ou perícia, pede a nulidade ou improcedência da autuação.

O autuante presta a terceira informação fiscal (fl. 132) e diz que não tendo sido apresentado argumento e provas capazes de elidir as infrações, requer a procedência da autuação.

A 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência para que fosse juntada cópia do livro RAICMS para certificar-se de que a DIFAL foi incluída na apuração do ICMS/DESENVOLVE (fl. 137).

Em cumprimento a diligência o autuante juntou às fls. 141/310 a cópia do mencionado livro.

VOTO

O autuado na defesa apresentada suscitou a nulidade da autuação em relação aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a setembro/03, sob o argumento de que é previsto o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação conforme disposto no art. 150, § 4º do CTN, tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 30/09/08, com ciência do autuado em 10/10/08.

O art. 150, § 4º do CTN, estabelece que se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

Art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos relativos aos fatos geradores ocorridos entre o período de 01/01/03 a 30/09/03 só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/09.

O autuado suscitou nulidade da autuação sob argumento de que o imposto foi exigido por meio de presunção, sem que fosse feito um levantamento fiscal. Rejeito a nulidade suscitada, haja vista que o autuante juntou demonstrativos próprios (fls. 18 a 40 e 42 e 44) relativo às infrações apontadas, o que possibilitou ao recorrente exercer o seu direito de defesa. Com relação ao imposto exigido por presunção na infração 2, trata-se de documentos fiscais não lançados na sua escrita fiscal/contábil, a mesma tem previsão legal (art. 4º, § 4º da Lei nº 7.011/90) sendo facultado ao impugnante comprovar a improcedência da presunção. Porta

revestido das formalidades legais e não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF/99 para decretar a sua nulidade.

Consoante o art. 147, inciso II, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendant para a realização de perícia fiscal, por considerá-la desnecessária, em vista das provas produzidas nos autos, inclusive com a realização de diligência fiscal para sanear inconsistências apontadas na defesa.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS relativo à falta de recolhimento da diferença de alíquota e entre as alíquotas internas e interestaduais e omissão de saída de mercadorias tributáveis apuradas através de entrada de mercadorias não registrada.

Quanto à infração 1, na defesa apresentada o autuado informou que estando habilitado no DESENVOLVE, goza do benefício fiscal de dilação de prazo para pagamento do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias. Alegou que os valores tidos como não recolhidos foram pagos dentro do prazo dilatado nos termos do art. 3º do Dec. 8.205/02.

Argumentou também que o ICMS da diferença de alíquota nas aquisições de mercadorias destinadas a uso/consumo, incluem-se nas operações próprias.

Com relação ao segundo argumento não pode ser acatado tendo em vista que o termo operação própria, é interpretado como as atividades que envolvem o processo produtivo da empresa, e não engloba as aquisições de bens destinados ao uso/consumo. Tanto que a Instrução Normativa 27/09 prevê que na apuração da parcela do saldo devedor a recolher passível de incentivo do DESENVOLVE deve ser ajustado o saldo devedor do período expurgando os valores não vinculados a investimento, inclusive do débito da diferença de alíquota (item 2.1.2.4).

Quanto ao primeiro argumento, observo que conforme disposto no art. 116, III, “b-4” o ICMS da diferença de alíquota apurado no mês deve ser lançado no livro RAICMS a título de “Outros Débitos”. Este valor apurado e lançado não deve integrar o débito relativo à apuração da parcela incentivada do DESENVOLVE (IN 27/09 item 2.1.2.4), ou seja, o valor da diferença de alíquota apurado deve ser somado à parcela não dilatada. Entretanto, o autuado na defesa apresentada juntou demonstrativo à fl. 73 e afirmou que incluiu [indevidamente] na apuração das parcelas dilatada e não dilatada o valor da diferença de alíquota.

O CONSEF determinou a realização de diligência no sentido de verificar no livro RAICMS se o ICMS da diferença de alíquota tinha sido incluído na apuração e recolhimento das parcelas incentivadas e não incentivadas do DESENVOLVE. Em atendimento a diligência foi juntada cópia do livro RAICMS (fls. 141/310). Verifico que no período fiscalizado o autuado incluiu o ICMS da diferença de alíquota na apuração das parcelas dilatada e não dilatada do DESENVOLVE, quando deveria apurar o valor do imposto e adicionar o ICMS da diferença de alíquota. Tomando como exemplo o mês de dezembro/05, o autuante apurou valor devido de R\$1.550,85 (fl. 38), enquanto a empresa escriturou a título de Outros Débitos naquele mês o valor de R\$1.280,00 (fl. 308). O Valor da diferença de alíquota foi somado, ao débito apurado no mês e deduzido do valor do crédito e na fl. 309 apurado o valor do ICMS dilatado. Logo, conclui-se que o valor da diferença de alíquota foi incluído de forma indevida na apuração da parcela não dilatada e dilatada do ICMS DESENVOLVE.

Já no demonstrativo refeito pelo autuante à fl. 119 foi apurado valor devido naquele mês de R\$1.298,85 (foram excluídas as notas fiscais 6249 e 24725). Deste valor o autuante considerou o valor de R\$259,78 relativo ao recolhimento da parcela não dilatada do DESENVOLVE (20%) e R\$103,91 que corresponde ao recolhimento da parcela dilatada equivalente a 10% do saldo devedor.

Portanto, restou caracterizado que o autuante refez os demonstrativos com base na planilha apresentada pelo impugnante (fls. 108/119) nas quais deduziu a título de recolhimento o percentual de 20% relativo ao pagamento da parcela não incentivada e 10% relativo ao pagamento da parcela incentivada recolhida por antecipação (10% dos 80% restantes).

Assim sendo acato o demonstrativo de débito refeito pelo autuante e juntado à fl. 104 e considero devido o valor de R\$32.609,39.

No que se refere à infração 2, embora o autuado tenha reconhecido o débito (fls. 49 a 53), a 4^a JJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 92) para refazer os demonstrativo original corrigindo a base de cálculo indicada de forma incorreta. O autuante apresentou novo demonstrativo de débito (fls. 97/98 e 123) no qual indicou valores devidos de R\$29.152,86; R\$4.813,99 e R\$120,82 totalizando R\$34.087,67.

Na manifestação acerca da informação fiscal, o autuado alegou que houve aumento do “valor do crédito tributário lançado”. Verifico que conforme demonstrativo original (fls. 42/44) foi exigido valores de R\$12.004,12; R\$28.317,60 e R\$710,73 totalizando R\$41.032,45. Portanto não procede a alegação defensiva de que houve aumento do crédito tributário lançado, visto que apesar de ocorrido aumento de valor em um mês, houve redução em outro, de modo que o valor original exigido na infração de R\$41.032,45 foi reduzido para R\$34.087,67 não havendo agravamento da infração.

Pelo exposto, acato o demonstrativo de débito juntado pelo autuante à fl. 123 e considero procedente em parte esta infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 130076.0056/08-5, lavrado contra **RECONFLEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$66.697,06**, acrescido das multas de 60% sobre R\$32.609,39 e 70% sobre R\$34.087,67, previstas no art. 42, II, “f” e III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de março de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR