

A. I. Nº - 278904.0016/15-0
AUTUADO - BELMETAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - JAYME BORGES DOMINGUES FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNE - 20.12.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0211-02.16

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Defesa não apresentou elemento capaz de elidir imputação. Infração mantida. **2. ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA LEGALMENTE. RECOLHIMENTO A MENOS.** Infração subsistente. **3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO NAS VENDAS PARA NÃO CONTRIBUINTES.** Infração caracterizada. **4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO.** Infração procedente. Não acatada a alegação de decadência de parte do débito lançado. Negado o pedido de perícia. Afastada arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 23/12/2015, objetiva constituir crédito tributário no valor histórico de R\$70.289,29, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 – 03.01.01 –Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração. Valor histórico autuado R\$53.693,54. Referente aos meses de fevereiro e julho de 2010, abril e agosto a dezembro de 2011.

INFRAÇÃO 02 – 03.02.02 - Recolheu a menos ICMS em razão da aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, Valor histórico autuado R\$4.529,34.

INFRAÇÃO 03 – 03.02.07 – Recolheu a menos ICMS em razão de vendas de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual, Valor histórico autuado R\$903,91.

INFRAÇÃO 04 – 06.02.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. Valor histórico autuado R\$11.162,50.

O autuado impugnou o lançamento tributário, fls. 69 a 92, arguindo nulidade do Auto do Infração por cobrar acréscimo moratório sem explicar qual índice está sendo utilizado, bem como a forma de cálculo utilizada pela Fazenda Estadual, caracterizando afronta ao contraditório e a ampla defesa.

Requer a declaração de decadência de todos os fatos geradores ocorridos em período anterior a cinco anos contados da data em que foi cientificado da lavratura do presente auto de infração, 28.12.2015, com base no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, tendo em vista que o ICMS é um tributo cujo lançamento é realizado por homologação, não podendo ser cobrados valores de fatos geradores anteriores 28.12.2010. Transcreve algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça para reforçar seu entendimento.

No mérito, relativamente à infração 01, alega que não houve recolhimento a menor do tributo, tendo, na verdade, havido, erro no sistema (ERP) da Impugnante de modo a causar o envio pela mesma do SPED com valores divergentes do realmente apurado, referente ao mês 02/2010, conforme a Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) - Doc. 01, em consonância com o Registro de Apuração do ICMS – doc. 02, sendo anexada a Guia referente ao recolhimento do tributo do período – Doc. 03, e, ainda, com as notas fiscais de entrada (02/2010) – Doc. 04, deixam claro que o valor da exação recolhido pelo autuado está em total acordo com o realmente apurado pela mesma.

Além disso, aduz o autuado que tentou realizar a substituição de seu SPED referente ao período de fev/2010, mas, até o presente momento, tal procedimento não foi autorizado, conforme se observa no Procedimento Administrativo Fiscal anexo – Doc. 05.

Sustenta que a infração deverá ser cancelada, pois não houve recolhimento a menor por parte da Autuada, mas, tão somente, transmissão do arquivo referente ao SPED contendo informação divergente do realmente apurado, conforme amplamente demonstrado neste tópico, corroborado pelos documentos que seguem anexados à impugnação.

Entende que a multa aplicada deve ser cancelada ou reduzida não forma do § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, ressaltando que não houve dolo, fraude e/ou simulação, tendo ocorrido erro no sistema ERP do autuado, transcrevendo Emenda do Acórdão CJF Nº 0188-12/08, que trata de Emissão Irregular de Notas Fiscais de Venda Modelo 1.

Tece comentários sobre o princípio da verdade material, ressaltando a possibilidade de juntada posterior de documentos.

Por fim, requer:

“i) que seja preliminarmente julgado totalmente improcedente o presente auto de infração tendo em vista as nulidades apontadas;

*ii) no caso de não ser reconhecida a nulidade do auto, que no mérito o mesmo seja julgado **totalmente improcedente**;*

iii) caso, apenas ad argumentandum, o auto de infração seja mantido, requer-se que a multa aplicada seja cancelada, tendo em vista que estão presentes todos os requisitos previstos no art. 42, § 7º da Lei 7.014/96;

iv) a Impugnante protesta pela realização de todos os meios de prova existentes, inclusive, caso seja necessário, prova pericial contábil.”

O autuante presta Informação Fiscal, fl. 292 a 296, inicialmente, transcreve as infrações e faz um resumo da defesa.

Rechaça as alegações de nulidade, ressaltando que a regularidade dos procedimentos adotados na auditoria em questão, com a devida ciência da autuada em relação ao início dos procedimentos de fiscalização, bem assim pelo amplo direito ao conhecimento do conteúdo da autuação e possibilidade de manifestação, exercidos inclusive durante a realização da auditoria, conforme se comprova pela documentação acostada entre as folhas 14 e 28 do AI, e conforme preceitua o disposto nos inc. II e III do art. 26, aprovado pelo Dec. 7.629/99.

Acrescenta que um simples exame das peças do presente Auto de Infração é suficiente para atestar a devida indicação dos dispositivos legais infringidos, tipificação e multa correspondentes, em conformidade com a legislação.

Relativamente à decadência, diz que deve ser adotado o prazo do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional - CTN, recepcionado pelo Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, em seu artigo 107.

No mérito, quanto à infração 01, esclarece que a DMA constitui documento econômico-fiscal a ser elaborado com base nos lançamentos efetuados na escrituração fiscal do contribuinte, e não em substituição a esta, conforme preceitua o disposto no inc. I do art. 255 do RICMS/BA. No que concerne ao mérito, diz ser importante registrar que a presente auditoria foi realizada com base nas informações apresentadas pela própria empresa através do SPED relativas ao período de apuração compreendido entre 01/01/2010 e 31/12/2012, conforme visto à folha 01 do PAF.

Ressalta que, a despeito das alegações apresentadas pela autuada, não há justificativa plausível para o fato de não ter sido feito a retificação da EFD relativa ao mês de fevereiro uma vez que foram acatadas retificações de arquivos do SPED relativos ao período de 2010, conforme atesta os recibos apresentados, apensados entre as folhas 22 a 24 do PAF.

Frisa que conforme demonstrado às folhas 34 e 36, Anexo 03 do PAF, são impertinentes as alegações de que o valor do ICMS apurado e informado como devido no período fevereiro de 2010 pela própria empresa, através do SPED, teria sido recolhido em sua totalidade.

Por fim, aduz que quando do exame da documentação apensada pela autuada, folhas 93 a 290 do PAF, não restou comprovada sua tese de quanto à incorreção do valor apurado no período em questão.

Destaca que o autuado não apresentou qualquer questionamento diretamente relacionado às infrações 02, 03 e 04, não cabe qualquer manifestação a respeito das mesmas na presente informação fiscal.

Por fim, opina pela manutenção da autuação no sentido considerar procedente, em sua totalidade, as infrações de números 01, 02, 03 e 04.

VOTO

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Não acolho as preliminares de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Com relação a arguição defensiva de que a cobrança do acréscimo moratório foi realizada sem explicação de qual índice está sendo utilizado, bem como a forma de cálculo utilizada pela Fazenda Estadual, caracterizando afronta ao contraditório e a ampla defesa, o mesmo não cabe acolhimento, uma vez que consta no Demonstrativo de Débito do Auto de Infração, fls. 07 e 08, especificado, para cada valor autuado, o débito histórico, Acréscimo Moratório e Multa aplicada, obedecendo ao disposto na legislação tributária estadual, mas especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Ademais, o art. 39, § 3º do RPAF/BA prevê que o débito constante no Auto de Infração, será expresso pelos valores do tributo ficando sujeito à apuração, no momento do pagamento, dos valores das multas, da atualização monetária e dos acréscimos moratórios incidentes.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Rejeito o pedido de realização de “*perícia contábil*” formulado pelo autuado, pois entendo que os elementos constantes dos autos são suficientes à formação do convencimento deste órgão de julgamento administrativo, com base no artigo 147, inciso I, letra “a”, do RPAF/99. Além disso, se há alguma prova ainda a ser apresentada, certamente é proveniente de documentos que o próprio sujeito passivo possui e, assim sendo, é dele o ônus de trazê-los aos autos, sendo inadequada, para tal finalidade, a diligência solicitada.

No tocante à alegação defensiva de decadência parcial do lançamento tributário, relativo aos fatos gerados ocorridos antes de 28.12.2010, não pode ser acolhida, pelos motivos que passo a expor.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial, nos lançamentos tributários sujeitos à 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, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, como no caso do ICMS, quando do pagamento antecipado, o ente tributante dispõe de cinco anos para realizar o lançamento ou homologação, nos termos do artigo 150 do CTN - Código Tributário Nacional.

Observo que o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, nos termos do artigo acima citado, extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento. Havendo pagamento integral do tributo devido, não havendo outro prazo previsto em lei para homologação, este será 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.

Para aplicação da referida norma legal, é necessário que sejam atendidos alguns requisitos, entre eles, que o tributo tenha sido apurado e recolhido de acordo com lei, ou seja, o pagamento integralmente do valor devido pelo sujeito passivo; que não exista lei que fixe outro prazo e por fim, que não tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação, requisitos não existentes na lide em questão.

Na presente lide, o sujeito passivo, contribuinte do ICMS no Estado da Bahia, omitiu-se em prestar as informações ao fisco, artigo 149 do CTN, sendo necessária a apuração do imposto devido mediante procedimento administrativo tributário, resultando na lavratura do Auto de Infração em tela, por ter o sujeito passivo omitido informações na apuração do ICMS e realizado o conseqüente recolhimento em valor inferior ao devido.

Portanto, não se pode falar na aplicação da regra do § 4º do artigo 150 do CTN, pois, mediante ação fiscal, restou comprovada a omissão de pagamentos do tributo estadual, não havendo pagamento antecipado não se pode falar em homologação, pois não se pode homologar um pagamento que não foi realizado pelo sujeito passivo.

Também não pode ser arguida a aplicação do § 4º do artigo 150 do CTN, pois o Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981, aplicado aos contribuintes baianos, em seu artigo 107-B, fixou prazo para homologação, exercendo a faculdade prevista no próprio § 4º do artigo 150 do CTN.

O prazo para homologação tácita do lançamento e extinção do crédito tributário, fixado no Código Tributário do Estado da Bahia, no § 5º do artigo 107-B, é de 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, desde que não seja comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, pois, comprovada essa situação, o tributo poderá ser reclamado pelo sujeito ativo, ente tributante, a qualquer época.

Assim, no caso em tela, o prazo para contagem da decadência deve ser observado o previsto no § 5º do artigo 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia, combinado com o artigo 173, inciso I, do CTN, o qual estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, por se tratar de fatos geradores ocorridos no exercício de 2010, o fisco teria até o dia 31/12/2015 para constituir o lançamento tributário. Como o Auto de Infração foi lavrado em 23/12/2015 não se configurou a decadência.

No mérito, propriamente dito, após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multa em decorrência de 04 infrações.

Em sua defesa o autuado não impugnou às infrações 02, 03 e 04, interpreto esse silêncio com reconhecimento tácito dos valores reclamados, conforme Art. 140, do RPAF/99, o qual determina que *“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.”*. Logo entendo que as mesmas restaram caracterizadas, pois não existe lide.

Na infração 01 é imputado ao sujeito passivo ter recolhido a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração, referente aos meses de fevereiro e julho de 2010, abril e agosto a dezembro de 2011.

Em sua defesa o sujeito passivo impugnou, parcialmente o valor autuado, apenas questionando o valor relativo ao mês de fevereiro de 2010, sustentando que não houve recolhimento a menor do tributo, tendo, na verdade, havido, erro no sistema (ERP) da Impugnante de modo a causar o envio pela mesma do SPED com valores divergentes do realmente apurado, referente ao mês 02/2010, conforme a Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA), e que não foi autorizado a retificação do referido arquivo.

Entendo que o argumento apresentado pela defesa não é capaz de elidir a imputação, pois consoante esclarecimento apresentado na informação fiscal, que a DMA constitui documento econômico-fiscal a ser elaborado com base nos lançamentos efetuados na escrituração fiscal do contribuinte, e não em substituição a esta, conforme preceitua o disposto no inc. I do art. 255 do RICMS/BA.

O levantamento fiscal foi realizado com base nas informações apresentadas pela própria empresa através do SPED relativas ao período de apuração compreendido entre 01/01/2010 e 31/12/2012, conforme visto à folha 01 do PAF.

Devo frisar que não vejo justificativa para o fato de não ter sido feito a retificação da EFD relativa ao mês de fevereiro, uma vez que foram acatadas retificações de arquivos do SPED relativos ao período de 2010, conforme atesta os recibos apresentados, apensados entre as folhas 22 a 24 do PAF.

Em relação alegação de que o valor do ICMS apurado e informado como devido no período fevereiro de 2010, pela própria empresa, teria sido recolhido em sua totalidade, uma vez que os valores devido e autuado foram corretamente demonstrados pelo autuante às folhas 34 e 36, Anexo 03 dos autos. Ademais, do exame da documentação apensada pela defesa, folhas 93 a 290 do PAF, não restou comprovada sua tese de quanto à incorreção do valor apurado no período em questão.

Logo, à infração 01 fica mantida.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278904.0016/15-0**, lavrado contra **BELMETAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$70.289,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alíneas “a”, “b” e “f”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2016.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR