

A. I. N° - 232877.0002/15-3
AUTUADO - UNIÃO INDUSTRIAL AÇUCAREIRA LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO JORGE SEIXAS LIMA
ORIGEM - INFAC C. ALMAS
PUBLICAÇÃO - INTENRET 28.12.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0232-02/16

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO. **a)** NÃO RECOLHIDO. Infração elidida. **b)** RECOLHIDO A MENOS. Defesa elidiu parcialmente esta imputação, fato reconhecido pelo fiscal autuante. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Defesa elidiu à imputação, fato reconhecido pelo fiscal autuante. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/12/2015, objetiva constituir crédito tributário no valor histórico de R\$208.214,61, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 – 02.01.01 – Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Valor histórico autuado R\$67,69. Referente ao mês de agosto de 2010.

INFRAÇÃO 02 – 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\$192.220,90. Referente aos meses de abri, setembro a dezembro de 2010.

INFRAÇÃO 03 – 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\$15.926,02.

O autuado impugnou o lançamento tributário, fls. 80 a 91, alegando decadência de todos os fatos geradores constante do Auto de Infração.

No mérito, relativamente à infração 01, aduz que de fato, conforme comprovam os documentos anexos, a empresa Impugnante realizou a compra de material de uso e consumo, em data de 05.08.2010, lançando a nota fiscal no livro de registro de entrada de mercadoria, CFOP 6102-1 (código de compra), o que deu origem ao débito de ICMS no valor de R\$67,69, Nota Fiscal de entrada NF-e 000.000.718, fls. 118 a 121. Entretanto, sustenta que essa mercadoria foi devolvida à empresa uma vez que não atendia aos parâmetros exigidos pela Impugnante, tendo, esta última, informado no livro de registro de saída de mercadoria, conforme nota fiscal lançada, CFOP 6556-1 (código de devolução de compra de material de uso e consumo), o que deu origem ao crédito de ICMS no mesmo valor de R\$67,69, conforme nota fiscal de saída NF-e 007353, emitida em data de 19.08.2010, com imposto destacado na nota. Dessa forma, realça que o ICMS à entrada da mercadoria foi compensado com o ICMS de saída, inexistindo qualquer valor de ICMS devido nesse sentido, devendo ser a infração 01 julgada totalmente improcedente.

Em relação à infração 02, no que tange aos valores de R\$34,45 e R\$439,67, ambos são referentes às diferenças dos DAE's de ICMS Regime Normal de apuração, que foram recolhidos, a menor, pela Impugnante, sendo parcialmente devidas tais importâncias.

Com relação ao valor de R\$34,45, frisa que a empresa fez o levantamento do valor devido a título de ICMS, CFOP 0791, Diferencial de Alíquota, relativa ao mês de abril de 2010, conforme planilha anexa, gerando um valor a recolher na quantia de R\$14.996,07, entretanto, a empresa realizou o pagamento desse imposto a maior em R\$0,85 centavos. Da mesma forma, a empresa apurou o montante devido a título de ICMS Regime Normal Indústria, CFOP 0783, relativo ao mês de abril de 2010, conforme planilha anexa, tendo chegado ao valor de R\$ 112.790,46. O pagamento dos dois impostos acima foi realizado numa única guia, no valor total de R\$127.752,09, conforme comprovante anexo (Doc. 05).

Reconhece, dessa forma, gerou uma diferença, à débito da empresa, de R\$34,45 que, de fato, é devida.

No que tange, ao valor de R\$439,67, salienta que é relativa à diferenças do DAE de ICMS Regime Normal de apuração, que foram recolhidos, a menor, pela Impugnante, sendo devida tal importânciа.

Já no que diz respeito ao montante de R\$191.746,78, ressalta que a empresa Impugnante apurou, em dezembro de 2010, um débito total de ICMS no valor de R\$492.412,93, sendo R\$487.069,74 de ICMS Regime Normal de apuração, relativo ao mês de dezembro e R\$5.343,19 de ICMS complemento de alíquota, conforme planilha anexa (Doc. 06). Nesse mesmo período, a empresa possuía um crédito escriturado no livro de apuração de ICMS no valor de R\$ 264.190,59, relativo à venda de açúcar e álcool, tendo utilizado este crédito para compensar com os débitos existentes no referido mês, restando um saldo devedor, para a empresa Impugnante, no valor de R\$228.222,34, fl. 142, detalhado da forma abaixo:

- R\$ 222.879,15 (duzentos e vinte e dois mil, oitocentos e setenta e nove reais e quinze centavos) relativos ao ICMS Regime Normal Indústria, CFOP 0806, do mês dezembro de 2010, DAE emitido e não pago pela empresa Impugnante.
- R\$ 5.343,19 (cinco mil, trezentos e quarenta e três reais e dezenove centavos) relativos ao ICMS Complemento de Alíquota, CFOP 0791, do mês de dezembro, DAE emitido e não pago pela empresa Impugnante (débito lançado pelo I. Auditor Fiscal na Infração 03).

Destaca que nesse período a empresa Impugnante passava por dificuldades financeiras e não realizou nenhum pagamento, no entanto, em 11.02.2011, a Impugnante realizou um parcelamento para pagar esses dois débitos – Código do Parcelamento 1802 / Processo Parcelamento 0001385119, no valor total de R\$238.537,98, em 60 vezes, tendo a empresa realizado o pagamento de 09 parcelas, conforme comprovantes anexos e depois parou de pagar, (Doc. 07), fls. 143 a 155 dos autos.

No tocante à infração 03, no que tange à infração de R\$10.582,83, aduz que tal débito é relativo ao ICMS, CFOP 0791, complemento de alíquota, com vencimento para 09.12.2010, referente ao mês de novembro de 2010, este valor foi pago no DAE de R\$67.100,39, em 04.01.2011, composto dos seguintes débitos:

- R\$ 61.521,76 (sessenta e um mil, quinhentos e vinte e um reais e setenta e seis centavos) - total do débito de ICMS regime normal de apuração, do mês de novembro de 2010;
- R\$ 10.582,83 (dez mil, quinhentos e oitenta e dois reais e oitenta e três centavos) – total do débito de ICMS Complemento de Alíquota, relativo ao mês de novembro de 2010 (débito lançado na infração 03);
- R\$ 13.772,16 (treze mil, setecentos e setenta e dois reais e dezesseis centavos) - outros débitos do mês de novembro de 2010;

Totalizando R\$ 85.876,75 – total geral de débitos do mês de novembro de 2010.

Esclarece que no mesmo mês a empresa adquiriu créditos sob a venda de açúcar e álcool no valor de R\$21.175,54, que foram compensados com os débitos existentes do mês de novembro, restando um saldo devedor para pagamento de R\$64.701,21.

Dessa forma, a empresa realizou o recolhimento de R\$ 67.100,39, que era o valor do saldo remanescente acrescidos de juros e correção monetária, conforme DAE, fls. 160 e 161, (Doc. 06), devendo ser julgada totalmente insubstancial à infração 03.

Por fim, com relação ao débito de R\$ 5.343,19, ressalta que, conforme detalhamento especificado na defesa da infração 02, supra, tal valor foi incluído do parcelamento firmado pela empresa.

Em relação a multa aplicada de 60%, entende que esse percentual aplicado é abusivo e desarrazoado, pois, em verdade, equivale à montante maior do que o valor integral da dívida e, assim, viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Por fim, requer pela improcedência da autuação.

O autuante presta Informação Fiscal, fl. 174 e 174 verso, em relação ao argumento decadência, frisa que a questão foi afastada em decisões anteriores do CONSEF, dando como exemplo o Acórdão JJF Nº 0156-03/04.

Quanto à infração 01, reconhece que a cobrança é indevida, admitindo que houve a devolução da mercadoria adquirida, conforme folhas 123 e 124.

Em relação à infração 02, reconhece que o contribuinte realizou a Denúncia Espontânea.

Relativamente à infração 03, acata a explicação da defesa.

VOTO

Inicialmente, 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 consequente 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 30/12/2015 não se configurou a decadência.

No mérito, propriamente dito, em relação à infração 01, a defesa comprovou, mediante apresentação de cópias de notas fiscais, fls. 123 e 124 dos autos, que houve devolução a mercadoria foi devolvida à empresa uma vez que não atendia aos parâmetros exigidos pela Impugnante, tendo, esta última, informado no livro de registro de saída de mercadoria, conforme nota fiscal lançada, CFOP 6556-1 (código de devolução de compra de material de uso e consumo), o que deu origem ao crédito de ICMS no mesmo valor de R\$ 67,69, conforme nota fiscal de saída

NF-e 007353, emitida em data de 19.08.2010, com imposto destacado na nota. Fato, reconhecido pelo autuante que opinou pela exclusão da infração.

Logo, à infração 01 fica excluída no Auto de Infração.

Na infração 02 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. Valor histórico autuado R\$192.220,90. Referente aos meses de abri, setembro a dezembro de 2010.

Em sua defesa o contribuinte reconheceu os débitos referentes aos meses de abril e setembro, os quais ficam mantidos na autuação, por não haver lide em relação aos referidos valores.

Entretanto, em relação ao valor de R\$191.746,78 relativo ao mês de dezembro de 2010, a defesa alegou que apurou no citado mês um débito total de ICMS no valor de R\$492.412,93, sendo R\$487.069,74 de ICMS Regime Normal de apuração, relativo ao mês de dezembro e R\$5.343,19 de ICMS complemento de alíquota, conforme planilha anexa (Doc. 06). Nesse mesmo período, a empresa possuía um crédito escriturado no livro de apuração de ICMS no valor de R\$264.190,59, relativo à venda de açúcar e álcool, tendo utilizado este crédito para compensar com os débitos existentes no referido mês, restando um saldo devedor, para a empresa Impugnante, no valor de R\$ 228.222,34, fl. 142, detalhado da forma abaixo:

- R\$ 222.879,15 (duzentos e vinte e dois mil, oitocentos e setenta e nove reais e quinze centavos) relativos ao ICMS Regime Normal Indústria, CFOP 0806, do mês dezembro de 2010, DAE emitido e não pago pela empresa Impugnante.
- R\$ 5.343,19 (cinco mil, trezentos e quarenta e três reais e dezenove centavos) relativos ao ICMS Complemento de Alíquota, CFOP 0791, do mês de dezembro, DAE emitido e não pago pela empresa Impugnante (débito lançado pelo I. Auditor Fiscal na Infração 03).

A defesa, ainda, destacou que nesse período a empresa Impugnante passava por dificuldades financeiras e não realizou nenhum pagamento, no entanto, em 11.02.2011, a Impugnante realizou um parcelamento para pagar esses dois débitos – Código do Parcelamento 1802 / Processo Parcelamento 0001385119, no valor total de R\$ 238.537,98, em 60 vezes, tendo a empresa realizado o pagamento de 09 parcelas, conforme comprovantes anexos e depois parou de pagar, (Doc. 07), fls. 143 a 155 dos autos.

Na informação fiscal o autuante reconheceu que o contribuinte realizou a Denúncia Espontânea.

Assim, o débito de R\$191.746,7, relativo ao mês de dezembro, fica excluído da autuação, uma vez que a defesa comprovou ter realizado a Denúncia Espontânea antes da ação fiscal.

Logo, à infração 02 fica parcialmente procedente, conforme abaixo:

| MESES/ANO | ICMS DEVIDO |
|--------------|---------------|
| abr/10 | 34,75 |
| set/10 | 439,67 |
| TOTAL | 474,42 |

Na infração 03 é imputado ao sujeito passivo ter deixado 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\$15.926,02.

Em sua defesa o autuado comprovou que o valor de R\$10.582,83 é relativo ao ICMS, CFOP 0791, complemento de alíquota, com vencimento para 09.12.2010, referente ao mês de novembro de 2010, este valor foi pago no DAE de R\$67.100,39, em 04.01.2011, composto dos seguintes débitos:

- R\$ 61.521,76 (sessenta e um mil, quinhentos e vinte e um reais e setenta e seis centavos) - total do débito de ICMS regime normal de apuração, do mês de novembro de 2010;
- R\$ 10.582,83 (dez mil, quinhentos e oitenta e dois reais e oitenta e três centavos) – total do débito de ICMS Complemento de Alíquota, relativo ao mês de novembro de 2010 (débito lançado na infração 03);

- R\$ 13.772,16 (treze mil, setecentos e setenta e dois reais e dezesseis centavos) - outros débitos do mês de novembro de 2010;

Totalizando R\$ 85.876,75 – total geral de débitos do mês de novembro de 2010.

Esclareceu a defesa que no mesmo mês a empresa adquiriu créditos sob a venda de açúcar e álcool no valor de R\$21.175,54, que foram compensados com os débitos existentes do mês de novembro, restando um saldo devedor para pagamento de R\$64.701,21, o qual foi recolhido acrescidos de juros e correção monetária, conforme DAE, fls. 160 e 161, no valor atualizado de R\$67.100,39.

Por fim, com relação ao débito de R\$5.343,19, a defesa ressalta que, conforme detalhamento especificado na defesa da infração 02, supra, tal valor foi incluído do parcelamento firmado pela empresa.

Na informação fiscal o autuante acatou a explicação da defesa.

Portanto, entendo que a defesa comprovou, mediante apresentação de DAE's, que os valores foram recolhidos antes da ação fiscal, mediante recolhimento com acréscimos e Denúncia espontânea.

Logo, à infração 03 fica excluída no Auto de Infração.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme abaixo:

| INFRAÇÕES | JULGAMENTO | ICMA DEVIDO |
|-----------|----------------|-------------|
| 1 | IMPROCEDENTE | 0,00 |
| 2 | PROC. EM PARTE | 474,42 |
| 3 | IMPROCEDENTE | 0,00 |
| TOTAL | | 474,42 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232877.0002/15-3, lavrado contra **UNIÃO INDUSTRIAL AÇUCAREIRA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$474,42**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, alínea “b” d E dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05 nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADOR