

PROCESSO - A. I. Nº 232877.0002/15-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - UNIÃO INDUSTRIAL AÇUCAREIRA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0232-02/16
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/08/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0253-12/17

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO. a) NÃO RECOLHIDO. b) RECOLHIDO A MENOS. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Decretada, de ofício, a decadência do lançamento, com base no entendimento da PGE/PROFIS exarado através do Parecer relativo à Uniformização de entendimento com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PREJUDICADO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício em razão da Decisão de piso proferida pela 2ª JJF através do Acórdão nº 0232-02/16, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, reduzindo o valor histórico de R\$208.214,61 para R\$ 474,42, acrescido da multa de 60%.

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/12/2015, formaliza a exigência de ICMS pelo 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 abril, 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.

A 2ª JJF julgou o Auto de Infração Procedente em Parte após tecer dos seguintes comentários:

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.

Ademias, 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.

Observe 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, aplicada 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 abril, 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

Em razão da redução do crédito tributário, com fulcro no art. 169, inciso I, alínea "a", do RPAF/99, foi interposto Recurso de Ofício.

VOTO

De logo, e não obstante o Recurso de Ofício em referência, sinalizo que é forçoso concluir, *ex officio*, pela pertinência nas razões defensivas em sede de impugnação, que postularam o reconhecimento do instituto da decadência na presente demanda fiscal.

Isto porque, observa-se que o Auto de Infração nº 232877.0002/15-3 foi lavrado em 30 de dezembro de 2015 por meio do qual o autuante apurou crédito tributário referente ao ICMS, no valor histórico de R\$208.214,61, tendo sido dado ciência em 07/01/2016.

Ocorre que, os valores reclamados a título de ICMS são originários dos meses de abril, agosto, setembro a dezembro de 2010, restando, portanto, alcançado pela decadência o lançamento exigido, haja vista o transcurso de prazo superior a 05 (cinco) anos, com base na aplicação do disposto no parágrafo 4º, inciso I, do art. 150, do CTN. Vejamos:

"Art. 150. (...)

Parágrafo 4º. Se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado 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".

Registre-se ainda que na Infração 1 o recorrente deixou de proceder o recolhimento do ICMS, relativo a uma parcela ínfima do imposto devido naquele mês, restando claro que não houve ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Na Infração 2, o recorrente efetuou recolhimento a menor do ICMS em decorrência da aquisição de mercadorias de outras unidades da federação destinadas ao consumo no estabelecimento.

Para corroborar com esse entendimento, a Procuradoria Fiscal promoveu a uniformização de sua orientação jurídica, segundo os requisitos e sistemática do Decreto Estadual n.º 11.737, de 30/09/2009, exarando entendimento quanto ao prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, parágrafo 4º, do CTN, 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, fazendo ressalva apenas para os fatos geradores ocorridos antes de 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante n.º 08 pelo STF.

Diante do acima exposto, considerando que o recorrente realizou o pagamento a menor do ICMS devido nos meses autuados, tendo transcorrido o prazo de cinco anos, contados a partir do fato gerador da obrigação tributária, encontra-se extinto o direito do Estado da Bahia de constituir, por meio de Auto de Infração, operando-se, portanto, a decadência e extinção do crédito tributário.

Isto posto, de ofício, voto pelo acolhimento da prejudicial de Decadência suscitada pelo recorrido em sede de impugnação, que fulmina integralmente o lançamento exigido.

Recurso de Ofício PREJUDICADO e, de ofício, acolher a preliminar de decadência para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232877.0002/15-3**, lavrado contra **UNIÃO INDUSTRIAL AÇUCAREIRA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

ANA PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS - REPR. DA PGE/PROFIS