

A. I. Nº - 206969.3001/16-8
AUTUADO - LOJAS SIMONETTI LTDA. (MÓVEIS SIMONETTI)
AUTUANTE - IRLENE ERCILINO
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 16.03.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0005-04/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO INDEVIDO. a) MERCADORIA SOB REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - Não acatada a alegação de prescrição. A autuação se deu na vigência do Decreto nº 12.534/2010. Infração subsistente. b) SAÍDA SUBSEQUENTE ISENTA. Acusação fiscal não elidida. Infração subsistente. c) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO EM NOTA FISCAL. Acusação fiscal não elidida. Infração subsistente. 2. RECOLHIMENTO A MENOR. ERRO DE APURAÇÃO. Defesa não apresenta razões pertinentes. Infração subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS. Defesa não apresenta explicações capazes de elidir as acusações. Infração subsistente Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 30/06/2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$39.005,45, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – 01.02.06 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a entrada de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, conforme demonstrativo Anexo_01_02_06, no valor de R\$9.545,96;

INFRAÇÃO 2 – 01.02.26 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saída subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. No valor de R\$5.245,45;

INFRAÇÃO 3 – 01.02.40 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is) conforme demonstrativo no Anexo_01_02_40. No valor de R\$18.987,55;

INFRAÇÃO 4 – 03.02.04 – Recolheu a menor ICMS apurado na escrituração fiscal em decorrência de erro na apuração no período 03 a 06/2011, levando ao valor de ICMS a recolher em 06/11 de R\$832,94 (valor ICMS a recolher R\$1.588,15 – Valor Recolhido R\$753,21). Conforme demonstrativo Anexo 03_02_04. No valor de R\$832,94;

INFRAÇÃO 5 – 07.01.01 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. Conforme demonstrativo no Anexo_07_02_01. No valor de R\$2.088,31;

INFRAÇÃO 6 – 07.01.02 – Efetuou o 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 e/ou do exterior. Conforme demonstrativo no Anexo_07_01_02. No valor de R\$2.305,24.

O Contribuinte tomou ciência do feito em 04/07/2016, repercutindo como limite para apresentação da defesa o dia 02/09/2016. Constata-se, conforme documento às fls. 172 que, aos dias 02/09/2016, tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos

constantes às fls. 173 a 178. Foi quando alinhavou o seguinte arrazoado:

De início a defesa faz análise acerca da prescrição e expressa que, de acordo com as informações constantes no Auto de Infração, o período referente à fiscalização foi de 01/01/2011 a 31/12/2011. Entretanto, a ciência da Autuada se deu apenas em 04/07/2016. Desta maneira, os fatos geradores ocorridos cinco anos antes desta data estariam prescritos, conforme o art. 173, CTN.

Transcreve também a defesa o art. 23 da Lei nº 87/96, frisando seu parágrafo único, que refere que a extinção do crédito tributário ocorre no prazo de cinco anos, contados da data de emissão do documento, e grifa o disposto no parágrafo único.

Conclui a seguir *"que o prazo para o cômputo da prescrição quinquenal é da data da emissão do documento fiscal, sendo assim a prescrição em relação ao ICMS, que anterior à data de 16/06/2011, deverão ser consideradas prescritas de pelo direito em todas as infrações do presente Auto."*

Prossegue a defesa discorrendo sobre as razões de impugnação, invocando o art. 37, da Carta Magna destacando o princípio da legalidade, que reveste o processo administrativo. Ainda, afirma que o Poder Público em suas atividades está atrelado a fazer somente o que permite a lei.

Chama atenção para a regulamentação do processo administrativo, editado pelo Decreto nº 7.629 de 1999. No mesmo sentido, afirma que na criação de regulamentação e legislação há sempre embasamento em princípios que norteiam a criação, bem como a aplicação da norma, e também as finalidades de sua regulamentação. E, para corroborar seu raciocínio, transcreve o art. 2º do RPAF, salientando os princípios da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa.

Informa que o artigo pela defesa transcrito quis assegurar tratamento justo, digno e igualitário ao contribuinte no processo administrativo. Posteriormente afirma que a interpretação do supracitado artigo remete aos princípios de direito e invoca a CF/88.

Argumentando a Defesa quanto à necessidade para que o processo administrativo atenda a alguns princípios, e relata que passará a enumerar infração por infração. Entretanto, apenas discorre acerca de uma infração, qual seja, a INFRAÇÃO 1 – 01.02.06, conforme se depreende do trecho a seguir:

Em relação à INFRAÇÃO 1 – 01.02.06 - Onde teria a Autuada utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente as mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, demonstraremos que em parte do período, a legislação apontada não estava em vigor, no que tange os produtos constates no item 44 do anexo 88 do RICMS/97 – Decreto nº 6.284/97.

Pois o item 44, do anexo 88 do RICMS/97, foi introduzido pelo Decreto nº 12.534, publicado em 24/12/2010, tendo sua vigência a vigorar somente a partir de 01/03/2011, sendo assim, a Autuada não poderia se penalizada neste período em relação estes produtos em questão, (...).

Insiste a defesa que, em assim sendo, o Auto de Infração não está em conformidade com a legislação vigente à época, portanto, deveria o pedido ser julgado totalmente improcedente, face à prescrição alegada em sede preliminar, bem como a vigência posterior do Decreto nº 12.534, que segundo a defesa se deu a partir de 01/03/2011.

Acrescenta ainda que para a hipótese de serem superadas as alegações já expostas, a defesa irá apresentar uma tese subsidiária, pois o que se extrai a presente autuação é que *"a Autuada estaria utilizando de crédito na entrada de mercadoria submetida ao regime de Substituto Tributário, mas está também estava pagando o ICMS quando da saída destes mesmos produtos."*

Aduz que cada venda destas mercadorias realizada pela Autuada também era tributada, sendo assim todas as vendas efetuadas com a tributação normal neste período foram recolhidas de forma irregular, supostamente gerando créditos para a Autuada.

Conclui a Defesa que, conforme explanado, o Auto de Infração encontra-se eivado de nulidade, e por isso deve ser julgado totalmente improcedente, acolhendo, desta forma, todos os argumentos da defesa, ou que, ao menos a compensação dos créditos quando da saída dos produtos seja reconhecida.

E, suplicou ao final:

1) Seja julgada improcedente todas as infrações constante no A.I. nº 2069693001/16-8, e por fim, seja acolhida “in totum” a presente defesa, e em via de consequência seja julgado IMPROCEDENTE o Auto de infração, determinando seu arquivamento, pois as infrações são todas inexistentes, face todos os esclarecimentos acima expostos.

A Autuante iniciou a informação fiscal apresentando uma síntese das alegações da defesa. A seguir, constatou que a defesa não juntou qualquer documento, planilha ou demonstrativo à peça impugnatória. Alegou ainda que o auto de infração contém seis infrações, mas a defesa apenas contestou parcialmente a infração 1, não se manifestando quanto às demais.

Segue sua informação, ainda esclarecendo, que não há que se discutir conceitos de obrigação, crédito, processo administrativo ou de princípios constitucionais. Assevera em seguida que a Autuante agiu conforme a legislação durante toda a ação fiscal, ocasião em que foram entregues à Autuada cópia de demonstrativos, planilhas, documentos anexos ao auto de infração, bem como atesta estarem presentes todos os requisitos de validade da ação fiscal e do auto de infração, sendo descabido o pedido de nulidade do auto de infração.

Ultrapassados os esclarecimentos iniciais, reconheceu a tempestividade da apresentação da defesa. Em seguida, passou a discorrer sobre a prescrição de parte das infrações elencadas no auto de infração, afirmando que os artigos 173 do CTN e o art. 23, LC nº 87/96 apenas corroboram com a correção do trabalho de fiscalização realizado pela Autuante. E prossegue citando o período fiscalizado (01/01/2011 a 31/12/2011), com início da ação fiscal em 20/05/2016, conclusão em 30/06/2016 e ciência do autuado em 04/07/2016.

Destaca ainda o art. 173, I, do CTN, também invocado pela defesa, que dispõe acerca do direito de a Fazenda constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado. Nesse diapasão, o Estado da Bahia teria até o dia 31/12/2016 para constituir o crédito tributário referente ao exercício de 2011.

Certifica ainda que não há que se confundir o direito de constituir o crédito tributário pela Fazenda Pública, com a obrigação de escriturar e o direito ao uso do crédito fiscal pelo contribuinte, como pretende a defesa ao invocar o art. 23, LC nº 87/96. Desta forma, conclui que o argumento fático utilizado pela defesa relativo à alegação de prescrição não possui qualquer respaldo legal, pelo que manteve integralmente a autuação.

Ultrapassada a análise da prescrição, dá continuidade a Autuante destacando as razões da impugnação afirmando que a ação fiscal e a autuação foram feitas em estrita observância da Legislação aplicável atendendo, desta forma, a todos os princípios tributários e legais.

No que pertine à ênfase da defesa à INFRAÇÃO 1 – 01.02.06, a Autuante destaca que:

A Defesa restringiu-se a arguir que a legislação apontada não estava em vigor, no que tange aos produtos constantes no item 44 do Anexo 88 do RICMS/97 – Dec. nº 6.284/97; que o item 44 (Suportes elásticos para cama, NCM-SH 9404.10.00; Colchões, inclusive Box, NCM-SH 9404.2; e Travesseiros e pillow, NCM-SH 9404.90.00) foi introduzido pelo Dec. nº 12.534, publicado em 24/12/2010, com efeitos a partir de 01/03/2011. Que “a Autuada não poderia ser penalizada neste período em relação a estes produtos.”.

Inferir ainda que a Defesa deixou de observar que logo abaixo da descrição da infração no demonstrativo do débito do auto, restou demonstrado que a cobrança do crédito indevido se deu a partir do mês de março de 2011, estando assim em perfeita consonância com a legislação (afirmações verificáveis nas folhas 01 do auto de infração, e 09 a 18 do anexo 01_02_06).

Em relação à tese subsidiária de que a Autuada estaria utilizando crédito na entrada de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária, mas estaria pagando ICMS quando da saída dos mesmos produtos, a Autuante alega ser descabida e chama atenção para a ausência de juntada de demonstrativos, fatos ou argumentos capazes de contestar os fatos apurados e descritos no referido auto de infração, restando desta forma, as infrações demonstradas e

comprovadas no PAF.

Alega ainda a falta de respaldo legal quanto a afirmação da defesa quanto a nulidade do auto de infração, e também do pedido de compensação dos créditos quando da saída dos produtos. A Autuante atenta para o fato de que a lei é geral, aplicável a todos, sendo vedado o uso do crédito pela entrada de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Não constitui assim opção do contribuinte de acatar ou não a lei.

Por fim, contesta os pedidos realizados pela Autuada afirmando não merecer ser atendido o pedido de improcedência das infrações, do auto de infração, muito menos o arquivamento do mesmo, pois que atende a todos os requisitos de validade, com a descrição correta e clara das infrações demonstradas e comprovadas no auto de infração. Alerta ainda que a defesa não contestou as infrações de 2 a 6:

(...) apenas requereu a improcedência de todas as infrações, sem apresentar nenhum argumento. Motivo pelo qual esta autuante entende que não houve contestação das Infrações de 2 a 6, devendo ser julgado como reconhecidas as infrações pela Autuada. A autuante mantém integralmente as Infrações, estando elas clara e corretamente descritas no auto, demonstradas e comprovadas no PAF.

A autuante efetuou os levantamentos fiscais de acordo com a documentação apresentada pelo contribuinte para fiscalização e os dados contidos nos arquivos do pacote de fiscalização enviado pela SEFAZ (EFD, NF-e e CT-e, do contribuinte), estando os levantamentos fiscais detalhadamente demonstrados e em consonância com a legislação pertinente, anexados ao auto de infração e entregue cópia à Autuada. O auto de infração atende a todos os requisitos de validade, as infrações estão correta e claramente descritas no auto, demonstradas e comprovadas no PAF. A autuante mantém integralmente a autuação, não havendo nenhuma retificação a fazer no auto de infração.

Conclui a Autuante no sentido de manter a integralidade da autuação, tendo em vista a ausência de prova, fato ou argumento por parte da autuada capaz de alterar os fatos descritos no auto de infração, não havendo qualquer retificação a ser realizada. Conclui pugnando pela procedência total do auto de infração.

VOTO

Compulsando os autos, verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido as informações quanto ao valor do imposto, da multa e de suas respectivas bases de cálculo evidenciadas de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Analisando o argumento preliminar de prescrição decido não acatá-lo em vista de que o lançamento do crédito fiscal em tela, pretensamente alcançado pela prescrição, refere-se ao período de mar/2011 a dez/2011, e foi objeto do respectivo lançamento de ofício em 30/06/2016, portanto dentro do prazo previsto pelo artigo 17 do CTN, o qual, em se tratando de imposto cujo lançamento ocorre por homologação, 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.

Considerando, tratar-se de fatos geradores ocorridos no exercício de 2011 e, portanto aptos a ser objeto de lançamento neste exercício, teria a Fazenda Pública o direito de constituí-lo no prazo de cinco anos contados a partir de 01/01/2012, prazo que, por óbvio, findaria em 31/12/2016, e sendo assim, tendo o lançamento de ofício sido efetuado em 30/06/2016, se considerado a data da lavratura do auto de infração, ou 04/07/2016, se considerado a data da ciência do feito pelo contribuinte, é absolutamente tempestivo.

Refuto ainda a alegação, quanto à prescrição, em que a defesa evoca o art. 23 da Lei nº 87/96,

frisando que seu parágrafo único, se refere que a extinção do crédito tributário ocorre no prazo de cinco anos, contados da data de emissão documento, pretendendo reforçar a sua tese. Todavia, não se podem misturar os temas, o artigo 23 da Lei Complementar nº 87/96 trata de tema diverso ao direito da Fazenda Pública de lançar o crédito tributário.

Entendo não haver cabimento para as alegações quanto à possível ofensa ao princípio da legalidade, posto que o processo administrativo em tela está revestido de todas as formalidades legais pertinentes, descabendo, por conseguinte, as alegações de ofensa aos princípios da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa.

Descabe de igual forma a alegação quanto ao início de vigência do Decreto nº 12.534/2010, que segundo a defesa se deu a partir de 01/03/2011, posto que em nada lhe socorre, tendo em vista que o período autuado no que se refere à infração 1, a qual diz respeito a alegação em tela, foi a partir de 31/03/2011.

Em relação à alegação de que a Autuada estaria utilizando de crédito na entrada de mercadoria submetida ao regime de Substituto Tributário, mas está também estava pagando o ICMS quando da saída destes mesmos produtos, verifiquei que não há comprovação nos autos, e sendo assim em nada pode lhe ser útil.

Pelo exposto opino pela PROCEDÊNCIA deste Auto de Infração sob julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206969.3001/16-8**, lavrado contra a empresa **LOJAS SIMONETTI LTDA. (MÓVEIS SIMONETTI)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$39.005,45**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 07 de fevereiro de 2017.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA