

A. I. Nº - 0896043012/16-2
AUTUADO - DALNORDE COMERCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ ANTONIO CORREIA DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 22.11.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0207/17

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOR DESENCONTRO ENTRE O VALOR DO IMPOSTO RECOLHIDO E O ESCRITURADO NO LIVRO FISCAL. Acolhida a decadência parcial do lançamento relativa aos fatos geradores ocorridos em abril, maio, julho e agosto / 2011. Quanto aos demais períodos restou comprovado através de diligência inexistência de diferenças entre o imposto recolhido e o lançado pelo contribuinte no livro Registro de Apuração do ICMS. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 15/09/2016, para exigência de ICMS recolhido a menor no valor de R\$278.318,57, acrescido da multa de 60%, em decorrência de desconcontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto.

O autuado em sua defesa às fls. 55 a 62, argui a nulidade da ação fiscal, sob o argumento que a autuante não cumpriu o prescrito no inciso III do art. 39 do RPAF/BA, por inexistência de clareza quanto aos fatos por ela relatados, e acrescenta ainda que o § 1º do art. 39 do Decreto nº. 7629/99 exige que o Auditor lavre o Auto de Infração no estabelecimento do infrator, o que não foi efetuado, e em consequência, a Autuada somente tomou conhecimento do Auto de Infração no momento da sua assinatura. Portanto é caso de nulidade da autuação, nos termos do § 1º do art. 18 do citado regulamento.

Desta forma, esta infração deverá ser excluída do processo em apreço, considerando muito mais grave ainda, o fato de que, nas infrações tipificadas no processo, não consta o indicativo em que a autuante se baseou para caracterizar as infrações referidas, já que os demonstrativos, além de não fazerem referência a que infração corresponde, nelas também, não consta em que “demonstrativo são referidas”.

Entendendo que diante dos fatos narrados houve cerceamento do direito de defesa, e portanto, caso de Nulidade da autuação, nos termos do § 1º do art. 18 do citado regulamento.

Prossegue, solicitando a extinção do crédito tributário arguindo a DECADÊNCIA, relativo aos lançamentos, que teve como fato gerador todo o período anterior à 27/06/2011, nos termos do inciso V do art. 156 c/c o § 4º do art. 150 da Lei nº. 5.172 de 25.10.1966, tendo como guardida o dispositivo legal do artigo 150 do CTN, o qual transcreve.

Externa o entendimento de que no lançamento em questão, ocorre a apuração e o prévio recolhimento do tributo pelo devedor, sem qualquer intervenção prévia da autoridade administrativa. Uma vez efetivada a apuração do montante devido, pode o fisco homologar o que fora declarado, ficando o declarante (sujeito passivo) no aguardo desta ulterior homologação. Esta poderá ser expressa, mediante uma fiscalização através da qual o fisco certificará a legalidade e a exatidão das apurações e recolhimentos realizados. No entanto, em não havendo esta fiscalização pessoal, há que se observar também o lapso temporal para sua realização

(homologação tácita), que será de cinco anos, conforme disposto no §4º do artigo 150 da lei acima referida.

Acrescenta que, tendo em vista que a doutrina, ao tratar como ato válido para a constituição do crédito tributário apenas a autuação fiscal, entende que está consolidado através da jurisprudência que somente após inscrito o crédito tributário em dívida ativa e emitida a CDA (certidão de dívida ativa), tem-se um título executivo, dotado de certeza, liquidez e exigibilidade, e neste momento não mais se fala em decadência, passando a se computar a prescrição.

Quanto ao mérito, entende que o Autuante se equivocou quanto aos lançamentos realizados no livro de registro de apuração de ICMS efetuado pela autuada, levando-se em consideração que o recolhimento a menor relativo às divergências apontadas pelo autuante não corresponde à realidade, e desta forma, verifica-se que o autuante não fez a devida observação ao relacionar a suposta divergência existente, e que os valores recolhidos constantes do Livro de Apuração do ICMS teve por base efetivamente, as entradas da autuada, portanto, dentro do que prescreve a legislação que regulamenta a matéria enfocada.

Portanto, o imposto recolhido pela autuada foi o efetivamente devido e não aquele constante dos demonstrativos acostados ao processo pelo autuante. Não há o que se falar em qualquer recolhimento a menor efetuado pela impugnante. Prossegue afirmando de que os livros e documentos fiscais provam o contrário do que informa o autuante. O imposto devido e apurado pela autuada, foi por ela recolhido como prevê a lei.

Requer a aceitação das preliminares arguidas e, em assim não entendendo pede a Improcedência do auto de infração pelos motivos alegados. Em última análise, quanto aos fatos e fundamentos apresentados requer a realização de diligência para reexame da fiscalização.

O autuante em sua informação fiscal às fls.68 a 70, após descrição dos fatos apresenta suas considerações sobre os argumentos da defesa. Faz observação sobre a tempestividade de que nada tem a opor visto que a petição foi apresentada no prazo regulamentar.

No que diz respeito à alegada nulidade da ação fiscal de que não foi atendido o disposto no inciso III do art. 39 do RPAF, afirma que a autuação foi baseada no art. 142 do CTN cujo teor transcreve.

Acrescenta que também foi atendido o disposto no art. 39 do RPAF, o qual transcreve.

Discorda do argumento de que os demonstrativos são divergentes e contraditórios pois não há imprecisão eis que os mesmos são bem esclarecedores conforme se verifica à fl. 06 do PAF. Portanto, afasta o suposto cerceamento de defesa.

Assevera não proceder a Decadência arguida pois não decaiu o exercício de direito do Estado em constituir o crédito reclamado. Acrescenta que a doutrina apresentada não se encaixa no amparo da legislação que autoriza a lavratura do auto de infração.

No que tange ao mérito, diz que embora a autuada negue a divergência apontada no demonstrativo de débito, alegando que tudo esta conforme seu livro de RAICMS, os demonstrativos de fls. 06 a 50 explicita bem as divergências encontradas entre os valores do ICMS escriturado e os valores do ICMS recolhido. Portanto, os referidos documentos confirmam as infrações.

Informa também que os arquivos inseridos nas mídias juntadas às folhas 51 do PAF, refletem o que já está na mídia de folha 65. Portanto, encontra-se validada a auditoria fiscal.

Finaliza requerendo a Procedência total do auto de infração.

Observando que não foi anexado ao PAF cópias do livro Registro de Apuração do ICMS escriturado pelo contribuinte apesar de ter sido anexado cópia dos Termos de Abertura e Encerramento do mesmo e que não foram juntados os comprovantes de pagamento do imposto nem o extrato de Relação de DAEs emitidos pelo sistema INC desta Secretaria.

Esta Junta de julgamento decidiu pela conversão do processo em diligência para ue fosse anexado ao PAF cópias dos documentos anteriormente mencionados referentes aos meses objeto da exigência fiscal.

Posteriormente, foi solicitado que o autuado fosse intimado, mediante recibo, para entrega dos documentos indicados r, concedendo-lhe o prazo de 60 dias, contados da ciência da intimação, para se manifestar, querendo.

O fiscal designado para realização da diligência atendeu o solicitado e anexou ao PAF os documentos de fls.79 a 107.

O contribuinte foi cientificado com reabertura do prazo de defesa, conforme documento de fl. 111, porém não se manifestou.

VOTO

Inicialmente, o autuado alegou que não há clareza quanto aos fatos relatados pela autuante, em consonância com as planilhas elaboradas, enquadramento legal, infrações aplicadas e os fatos verdadeiros constantes da documentação apresentada.

O autuado afirmou que o mais grave, é o fato de que, nas infrações tipificadas no processo em apreço, não consta o indicativo em que a autuante se baseou para caracterizar as infrações apuradas, já que os “demonstrativos”, além de não fazerem referência a que infração corresponde, nelas também, não consta em que demonstrativo são referidas.

De fato verifico que a acusação fiscal está enfaixada da seguinte maneira: *”Recolheu a menor o ICMS em decorrência de desconcontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto.”*

Ocorre que para embasar a acusação fiscal foram juntados os Termos de Início e Encerramento do livro Registro de Apuração do ICMS, entretanto, não foram anexadas cópias do livro Registro de Apuração do ICMS escriturados pelo contribuinte, elementos necessários para a caracterização da infração, e sim Relatórios emitidos pelo sistema SAFA, confeccionados pela fiscalização, fls.09/50.

Também observo que não foram juntados os comprovantes d pagamento do imposto nem o extrato de Relação de DAEs emitidos pelo sistema INC desta secretaria.

Esta falha processual foi suprida através do encaminhamento do processo em diligência à Inspetoria de origem para que tomasse as devidas providências, e posteriormente intimasse o sujeito passivo, reabrindo o prazo de defesa.

A diligência foi cumprida, oportunidade em que foram anexados os documentos solicitados às fls. 79 108. Após, o contribuinte foi intimado através de DTE- e reaberto o prazo de defesa de 60 dias, conforme se verifica no documento de fl. 111, porém, o mesmo não se pronunciou.

Ademais, conforme disposto no § 1º do art. 18 do RPAF/BA, “as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário”.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O autuado suscitou a decadência/Prescrição relativo aos lançamentos efetuados pela autuante, tendo como fato gerador todo o período anterior a 2706/2011, nos termos do inciso V do art. 156 c/c o § 4º do art. 150 da Lei nº. 5.172 de 25.10.1966.

A prescrição e a decadência são situações distintas de extinção do direito à exigibilidade do crédito tributário. A decadência extingue o direito; a prescrição tem por objeto a ação. A

decadência está prevista no artigo 173 do Código Tributário Nacional - CTN, representa a perda do direito da Fazenda Pública constituir, através do lançamento, o crédito tributário, em razão do decurso do prazo de 5 anos. A prescrição, prevista no art. 174 do CTN, extingue o direito que tem o credor de ajuizar ação de cobrança do crédito tributário, também pelo decurso do prazo de 5 anos, contado da data da sua constituição definitiva.

Conforme estabelece o art. 150 do CTN, *“O lançamento por 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”*.

a) *o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável;*

b) *o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.*

As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, inc. 1, do mesmo Código. Nessa esteira, ainda quando tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, há casos específicos em que o prazo decadencial deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorrido o fato gerador.

Assim o será, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação. De igual forma, quando se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir à hipótese de dolo, fraude ou simulação. Revela-se, portanto, a importância da análise do caso concreto, para fins de adequada definição do critério de contagem do prazo decadencial. Ademais, para identificação do marco temporal concernente à data em que “o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 173, I, CTN) -, é mister seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação.

Isto posto, vejo que as questões debatidas nestes autos se amoldam, em parte, à regra prevista pelo Art. 150, § 4º do CTN, vez que o autuado declarou o imposto, o qual foi apurado mediante interpretação da norma tributária pelo próprio e o pagamento foi efetuado de acordo com o valor lançado.

Assim, com lastro no entendimento da PGE/PROFIS consignado através do Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0 retro transcrito, acolho a prejudicial de mérito suscitada pelo autuado em relação aos fatos geradores anteriores a 15/09/2011, vez que o Auto de Infração foi lavrado em 15/09/2016, que é o marco inicial para a contagem do prazo decadencial, devendo, desta maneira, serem excluídos do lançamento os valores referentes aos meses de abril, maio, julho e agosto de 2011.

Em relação aos demais meses constato que de acordo com as cópias do livro Registro de Apuração do ICMS anexados ao PAF em atendimento a diligência requerida por este Conselho verifico que diferentemente do demonstrado inicialmente pela fiscalização à fl.06, inexistem diferenças entre o imposto apurado pelo sujeito Passivo em seu livro fiscal, fls. 92 e 94 e o recolhido conforme informado no extrato de Pagamento emitido pelo sistema INC desta Secretaria, fls.81 e 82.

Dessa forma, a acusação imputada ao sujeito passivo é insubsistente em sua totalidade.

Ante o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **089604.3012/16-2** lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**

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, 09 de novembro de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

MÔNICA MARIA ROTERS -JULGADORA