

A. I. N° - 089604.3011/16-6  
AUTUADO - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.  
AUTUANTE - JOSÉ ANTONIO CORREIA DE SOUZA  
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 29.11.2017

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0213-04/17

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESCRITURADO NO LIVRO FISCAL. Restou comprovado através de diligência que foi lançado pela fiscalização valor superior ao escriturado pelo contribuinte em seu livro fiscal. Infração parcialmente procedente. Afastadas as arguições defensivas sobre decadência. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 15/09/2016, para exigência de ICMS lançado nos livros fiscais e não recolhido no mês de janeiro de 2011, no valor de R\$33.544,54, acrescido da multa de 60%.

O autuado em sua defesa às fls. 29 a 36, 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 guarida 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 afirma que a autuada estava omissa no que se refere ao recolhimento de ICMS relativo a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

Diz que de acordo com os seus livros fiscais o imposto já fora pago de forma correta e em sua totalidade, conforme comprovamos documentos constantes do processo ( DAEs e Notas fiscais), nos termos da legislação pertinente.

Portanto, o imposto recolhido pela autuada foi o efetivamente devido, conforme consta nos arquivos desta Secretaria, assim não deve prosperar a autuação.

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.42 a 44, após descrição dos fatos apresenta suas considerações sobre os argumentos da defesa. Faz observação sobre a tempestividade e dia 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. 14 a 24 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 à folhas 25 do PAF, refletem o que já está na mídia de folha 39. 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, em sessão suplementar do dia 21 de fevereiro de 2017, decidiu pela conversão do processo em diligência para que fossem anexados 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.53 a 54.

O contribuinte foi cientificado com reabertura do prazo de defesa, conforme documento de fl. 57, 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: "*Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios*"

Ocorre que 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.15/17.

Esta falha processual foi suprida através do encaminhamento do processo em diligência à Inspetoria de origem para que fossem tomadas 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. 53 a 54. Após, o contribuinte foi intimado através de DTE- e reaberto o prazo de defesa de 60 dias, conforme se verifica no documento de fl. 56, 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 relativa aos lançamentos efetuados pela autuante, tendo como fato gerador todo o período anterior a 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.

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 verificar 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.

No caso presente, o contribuinte declarou o imposto, o qual foi apurado mediante interpretação da norma tributária pelo próprio, porém, não efetuou o respectivo pagamento, devendo ser aplicada a regra estabelecida no art. 173, inciso I do CTN, conforme orientação contida no Parecer do **Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0** da PGE PROFIS.

Neste caso, o fato gerador do imposto relativo ao mês de janeiro de 2011 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2016. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 15/09/2016, nesta data ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que não houve decurso do prazo regulamentar, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

No mérito, conforme já relatado no Auto de Infração em epígrafe o autuado foi acusado de não ter recolhido o ICMS, no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais.

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.14, o imposto apurado pelo sujeito Passivo em seu livro fiscal, fls. 53 a 54, é de R\$570,21 e não de R\$33.544,94.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$570,21.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº0896043011/16-6 lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA** devendo o autuado ser intimado a recolher o imposto no valor de **R\$570,21**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

MÔNICA MARIA ROTERS -JULGADORA