

A. I. Nº - 089604.3015/16-1
AUTUADO - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ ANTONIO CORREIA DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21.02.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 00010-02/18

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. RAICMS. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. 2. LIVROS FISCAIS. LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS E LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DE ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração comprovada. Afastadas as preliminares de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/09/16, refere-se ao lançamento de ICMS no valor de R\$72.477,34, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 1 - 03.01.01: Recolheu a menos ICMS em decorrência de desconhecimento entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, nos meses de janeiro a julho de 2011. Foi lançado imposto no valor de R\$ 69.746,05, mais multa de 60%.

Infração 2 - 03.01.02: Recolheu a menos ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de julho, novembro e dezembro de 2011. Foi lançado imposto no valor de R\$2.731,29, mais multa de 60%.

O autuado apresenta defesa (fls. 136 a 144) e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que o autuante não cumpriu o previsto no inc. III do art. 39 do RPAF-BA/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. 7729/99), *“porquanto que não existe clareza quanto aos fatos por ela relatados, em consonância com as planilhas elaboradas, enquadramento legal, infrações aplicadas e os fatos verdadeiros constantes da documentação apresentada pela autuada”*. Aduz que, nos termos do § 1º do art. 39 do RPAF-BA/99, o Auto de Infração deve ser lavrado no estabelecimento do infrator, o que diz não ter sido observado no presente lançamento. Sustenta que foi cerceado o seu direito de defesa, uma vez que não consta em que o auditor fiscal se baseou para caracterizar as infrações apuradas, bem como não há como se saber a que período as infrações se referem.

Argui a decadência do direito de constituição do crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 27/06/2011, nos termos do § 4º do art. 150 do CTN, conforme jurisprudência do STJ e do STF. Discorre sobre decadência, reproduz o disposto no art. 150, § 4º, do CTN. Tece considerações sobre lançamento por homologação.

No mérito, quanto à infração 1, afirma que o autuante se equivocou e não fez a devida análise ao relacionar a suposta divergência. Afirma que os valores recolhidos constantes no livro Registro de Apuração de ICMS (RAICMS) tiveram por base as operações de entradas realizadas pelo defendente e, portanto, dentro do que prescreve a legislação que rege a matéria. Sustenta que o imposto recolhido foi o efetivamente devido, e não aquele que consta nos demonstrativos acostados aos autos. Frisa que os seus livros e documentos provam o contrário do que informa o auditor fiscal. Diz que a infração não subsiste ante os fatos arguidos na defesa.

No que tange à infração 2, afirma que o autuante também se equivocou quanto aos lançamentos constantes em seu livro RAICMS. Pontua que fará as devidas retificações no momento oportuno, considerando que o recolhimento a menos apontado pelo auditor fiscal não corresponde à realidade dos fatos. Sustenta que os valores recolhidos constantes do seu RAICMS tiveram por base as efetivas entradas e, portanto, dentro do que prescreve a legislação pertinente. Menciona que o valor devido foi o efetivamente recolhido, e não o que foi indicado pelo autuante.

Pede que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente. Solicita que, caso não seja esse não for o entendimento dos julgadores, o processo seja convertido em diligência, para o reexame da ação fiscal.

Na informação fiscal, fls. 150 a 152, o autuante afirma que não há razão para a nulidade arguida na defesa, pois o Auto de Infração está em conformidade com a legislação. Transcreve o disposto nos artigos 142, do CTN, e 39, do RPAF-BA/99. Frisa que não há imprecisão nos demonstrativos que elaborou, os quais dia serem esclarecedores conforme se verifica às fls. 15 a 104. Pontua que não houve cerceamento de defesa.

Diz que a decadência suscitada pelo defendente não se sustenta e que doutrina citada na defesa não se encaixa na legislação que autorizou a lavratura do presente Auto de Infração.

No mérito, afirma que embora o autuado negue as divergências apontadas na infração 1, esse item do lançamento deve ser mantido. Diz que os demonstrativos de apuração do imposto estão em conformidade com o livro RICMS do autuado, sendo que esses demonstrativos explicitam as divergências entre os valores do ICMS escriturado e os montantes recolhidos.

Quanto à infração 2, diz que embora o autuado negue, a divergência apontada no demonstrativo de débito está de acordo com o apurado nas fls. 105 a 130, onde estão bem explicitadas as divergências encontradas entre os valores do ICMS escriturado e os recolhimentos efetuados. Pontua que os documentos acostados às fls. 15 a 130 confirmam as infrações. Aduz que os arquivos gravados na mídia anexada à fl. 131 refletem o que está na mídia de fl. 147.

Ao finalizar seu arrazoado, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Incluído o processo em pauta de julgamento, decidiu a 4ª Junta de Julgamento Fiscal converter o processo em diligência à INFAZ ILHÉUS, fl. 156, para que o autuante acostasse aos autos fotocópia das páginas do livro Registro de Apuração de ICMS do autuado referente ao período abarcado pelas Infrações 01 e 02. Também foi determinado que fosse concedido ao autuado o prazo de sessenta dias para pronunciamento.

A diligência foi atendida, tendo sido acostados aos autos (fls. 162 a 179) cópia das páginas do livro Registro de Apuração de ICMS. O autuado foi notificado acerca da concessão do prazo de sessenta dias para pronunciamento, fls. 181 a 183, porém manteve-se silente.

VOTO

Preliminarmente, foi suscitada a nulidade do Auto de Infração por ofensa ao disposto no art. 39, III, do RPAF-BA/99, uma vez que não existiria clareza quanto aos fatos relatados pela autuante, tendo em vista as planilhas elaboradas, o enquadramento legal utilizado e os fatos constantes nos documentos apresentados pelo autuado.

Da análise do Auto de Infração, depreende-se que não há razão para prosperar essa preliminar de nulidade, pois os ilícitos fiscais imputados ao autuado foram descritos de forma clara e precisa. O autuante elaborou demonstrativos que detalham a apuração do imposto lançado. Nesses demonstrativos, do qual o autuado recebeu cópia, constam, dentre outras informações, a data da ocorrência das infrações, os valores das operações, a base de cálculo do imposto lançado, a alíquota e o imposto exigido.

Dessa forma, afasto essa primeira preliminar de nulidade, pois, ao contrário do sustentado na defesa, a descrição das infrações apuradas é clara e precisa, permitindo que o sujeito passivo entenda do que está sendo acusado e exerça o seu direito de defesa sem qualquer cerceamento.

Foi arguida a nulidade do lançamento porque não teria sido observado o disposto no §1º do art. 39 do RPAF-BA/99, já que o Auto de Infração não foi lavrado no estabelecimento do infrator.

Ultrapasso essa preliminar de nulidade, uma vez que o citado §1º do art. 39 do RPAF-BA/99 prevê que *“O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração”*. No caso em análise, o Auto de Infração foi lavrado *na repartição fazendária*, portanto, em conformidade com a legislação.

Ainda em sede de preliminar, foi suscitada a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, tendo em vista que o autuante não teria informado em que se baseara para caracterizar as infrações apuradas, bem como não teria informado a que período as infrações se referiam.

No corpo do Auto de Infração em comento (fls. 1 e 2) estão consignados os meses em que os ilícitos fiscais foram apurados – janeiro a julho de 2011 (infração 1) e julho, novembro e dezembro de 2011 (infração 2). Conforme se depreende da descrição dos fatos e dos demonstrativos elaborados pelo autuante, as infrações imputadas ao autuado foram apuradas com base nos lançamentos efetuados pelo próprio sujeito passivo nos seus livros Registro de Entradas e Registro de Apuração de ICMS. Assim, afasto essa preliminar de nulidade arguida na defesa.

Foi suscitada a decadência do direito de constituição do crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 27/06/2011, pois considera que a contagem do prazo decadencial se faz nos termos do art. 150, §4º, do CTN.

Com o devido respeito, divirjo dessa tese defendida pelo impugnante, pois, de acordo com a legislação vigente à época dos fatos, o termo inicial da contagem do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O art. 150, § 4º, do CTN, prevê que *“Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador”*. Contudo, a legislação tributária do Estado da Bahia, utilizando a permissão contida no § 4º do art. 150 do CTN, fixou o prazo de homologação em cinco anos a contar *“do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”* (art. 107-A, I, do COTEB, vigente à época).

A homologação tácita, prevista no art. 150, § 4º, do CTN, só ocorre quando o imposto devido é lançado pelo sujeito passivo e pago dentro das condições previstas na legislação tributária. No caso em comento, não houve o alegado pagamento antecipado, haja vista que o débito foi apurado mediante roteiro de auditoria fiscal específico e, portanto, em relação ao montante cobrado nessa infração não houve o lançamento por homologação e, em consequência, não se pode aplicar o previsto no art. 150, § 4º, do CTN, como pleiteia o autuado.

Ressalto que em relação à revogação do artigo 107-A e do § 5º do artigo 107-B do COTEB, pela Lei nº 13.199/14, não há como se aplicar retroativamente essa revogação, pois se trata de uma norma jurídica de natureza material, e não procedimental. Em consequência, a legislação a ser aplicada é a vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

Dessa forma, para os fatos geradores ocorridos durante todo o exercício de 2011, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/16 para constituir o crédito tributário. Considerando que o Auto de Infração em comento foi lavrado em 27/06/16, não ocorreu a decadência arguida na defesa.

Com fulcro no art. 147, I, “a”, “b”, do RPAF-BA/99, indefiro a solicitação de diligência nos termos que foi requerida pelo autuado, pois considero que os elementos já existentes nos autos são suficientes para o deslinde das questões. Ressalto que os elementos probantes atinentes às acusações descritas no Auto de Infração estão relacionados à escrituração fiscal do contribuinte e, portanto, deveriam ter sido trazidos aos autos junto com a defesa, o que não foi feito. Além disso, observo que, ao requerer a realização de diligência, o autuado não demonstrou a necessidade do atendimento desse seu pedido, como exige o art. 145 do RPAF-BA/99.

Ultrapassadas as preliminares arguidas na defesa, adentro ao mérito da lide.

Conforme já relatado, a infração 1 cuida de recolhimento a menos de ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro RAICMS, conforme o

demonstrativo de fl. 15. Por sua vez, a infração 2 trata de recolhimento a menos de ICMS decorrente de divergência entre valores lançados nos livros Registro de Entradas e RAICMS, consoante o demonstrativo de fl. 105.

Em sua defesa, o autuado afirma que as infrações 1 e 2 não procedem, pois os valores lançados no seu livro RAICMS têm por base as operações de entradas realizadas, bem como diz que os seus livros e documentos provam o contrário do apurado pelo autuante.

No que tange à infração 1, a alegação defensiva não tem qualquer pertinência, pois a acusação que foi imputada ao sujeito passivo trata de recolhimento a menos em decorrência de divergência entre o valor escriturado no RAICMS e o recolhido. Já em relação à infração 2, o argumento defensivo não merece acolhimento, já que o autuado não trouxe qualquer prova da sua alegação.

Especificamente, quanto à infração 2, o defendente diz que fará as devidas retificações na escrituração de seus livros fiscais. Essas citadas retificações posteriores ao lançamento não são capazes de elidir a infração, já que não seriam correções espontâneas. Além disso, esse argumento defensivo chega a constituir uma confissão do cometimento do ilícito fiscal.

Com o devido respeito, essas alegações defensivas são genéricas, vagas e, portanto, incapazes de desconstituírem as infrações que foram apuradas pelo autuante, as quais estão devidamente demonstradas e comprovadas nos autos. Ao caso em análise, é aplicável o disposto no art. 143 do RPAF-BA/99, o qual prevê que *“a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”*.

Nos termos do art. 123, do RPAF-BA/99, foi garantido ao autuado o direito de fazer a impugnação do lançamento de ofício, aduzida por escrito e acompanhada das provas que possuísse. No entanto, em sua defesa o autuado nega as acusações que lhe foram imputadas, faz alegação que não possui pertinência com a lide - infração 1 - e, além disso, não traz aos autos nenhum documento comprobatório do quanto alegado. Assim, as infrações 1 e 2 subsistem integralmente.

Em face ao acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 089604.3015/16-1, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo o autuado ser intimado a recolher o imposto no valor de **R\$72.477,34**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b” e “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2018.

ANTONIO CÉSAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR