

PROCESSO	- A. I. Nº 299326.0011/17-5
RECORRENTE	- PLASTSPUMA BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA. - ME
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0182-03/19
ORIGEM	- INFRAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 31/03/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0022-12/20

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Contribuinte não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Rejeitada alegação de decadência. Não acolhido pedido de redução e cancelamento de multa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão recorrida que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2017, exige crédito tributário no valor de R\$590.260,91, acrescido da multa de 100%, em razão da *Infração 01 - 02.01.02. Falta de recolhimento nos prazos regulamentares, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de abril de 2012 a janeiro de 2015 - Demonstrativos às fls. 09 a 31 e CD à fl. 33.*

Consta como complemento que “*A empresa encontra-se baixada pelo sistema de cadastro da SEFAZ/BA e foi beneficiada no período pelo Crédito presumido, na razão de 90% do imposto incidente nas operações de saídas, em conformidade com a Resolução nº 05/2009 do Conselho Deliberativo do PROBAHIA; Ademais, transmitiu a Escrituração Fiscal Digital - EFD relativo aos meses de abril de 2012 a janeiro /2015 com ausência de dados e deixou de transmitir as EFDs relativas aos meses de fevereiro a junho de 2015. Outrossim, apresentou as Declarações e Apuração Mensal do ICMS - DMAs relativas aos meses de abril/2012 a janeiro/2015 com ausência de dados das operações mercantis e deixou de apresentar as DMAs relativas aos meses de julho/2015 a junho/2016. Em razão ao exposto, foram utilizadas as movimentações mercantis de Entradas e Saídas realizadas pela empresa durante o período e armazenadas e colhidas no Sistema de Notas Fiscais Eletrônicas - Nfe, apurando-se os valores de ICMS Normal a recolher, computando-se o crédito presumido de acordo com a Resolução acima mencionada, bem como o ICMS substituto Retido e não recolhido relativo às saídas internas de mercadorias realizadas pela empresa no período.*”

Após apresentar defesa, fls. 43 a 71, e o autuante prestar a informação fiscal, às fls. 84 a 86, o relator, em Pauta Suplementar, converteu os autos em diligência por duas vezes. A primeira, na fl. 89, no sentido de que o autuante “*intimasse Impugnante a apresentar a comprovação inequívoca de suas alegações defensivas de que as operações arroladas no levantamento fiscal não foram concretizadas*”. Na segunda, na fl. 101, solicitou ao auditor fiscal estranho ao feito que procedesse “*a intimação ao impugnante*”, sendo que foi “*entregue ao Autuado a documentação solicitada na diligência, conforme se verifica às fls. 107 e 108, entretanto, o defendant não se manifestou no prazo regulamentar*”. Após, a 3ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, nos seguintes termos:

VOTO

Incialmente, cabe enfrentar a preliminar de decadência suscitada pelo Impugnante, que aduziu em suas razões de defesa que os débitos lançados no período de janeiro a maio de 2012 foram tragados pela decadência, com fundamento no §4º, do art. 150 do CTN.

O presente Auto de Infração, foi lavrado em 30/06/2017, fl. 01, e o sujeito passivo tomou ciência de sua lavratura através de intimação por via postal em 18/07/2017, fl. 39. Em se tratando de acusação fiscal de falta de recolhimento de ICMS referente às operações não escrituradas nos livros Fiscais próprios, irregularidade cometida pelo Autuado, sem que tenha declarado essas operações tributáveis, nem apurado o montante do imposto devido, inexiste, portanto, qualquer pagamento a ser homologado das operações objeto da autuação.

Observo, que em relação ao tema Decadência, a PGE - Procuradoria Geral do Estado, por meio da Procuradoria Fiscal, através da emissão do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, manifestou o

entendimento de que “Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, §4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis, apura o monte do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas”.

Assim, nos casos em que se apure débito não declarado e não pago (situação de total omissão, nada havendo a homologar), ou ainda nos casos em que, mesmo havendo algum pagamento, o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação, aplica-se as disposições do art. 173, inciso I do CTN. O prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado. Sem qualquer pagamento não há o que ser homologado.

Os recentes julgados, envolvendo questionamento em torno da contagem do prazo decadencial, prolatados pela Segunda Instância desse CONSEF, têm acompanhado o entendimento esposado no referido Incidente de Uniformização.

Nos termos expendidos, entendo não assistir razão ao Impugnante quanto à fruição do prazo decadencial, a partir da data da ocorrência do fato gerador, no que diz respeito às operações cujas ocorrências se deram no período de janeiro a maio de 2012, haja vista que decorreram da apuração, mediante levantamento fiscal, irregularidades não declaradas pelo Impugnante.

Logo, afigura-se aplicável como marco inicial para a contagem do quinquênio decadencial o estatuído nas disposições do inciso I, do art. 173 do CTN. Ou seja, a fruição do prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado.

Aliás, esse tem sido o entendimento assente manifestado reiteradamente nas decisões prolatadas pela 2ª Instância desse CONSEF, ao enfrentar as questões relacionadas ao tema Decadência.

Assim, os lançamentos cujos fatos geradores ocorreram no período de janeiro a maio de 2012, realizados na presente autuação, não foram tragados pela decadência e ficam mantidos, uma vez que o marco final do quinquênio decadencial somente ocorrerá em 31/12/2017.

Ao compulsar os autos, verifico, no que diz respeito aos aspectos formais do lançamento, que o presente Auto de Infração foi lavrado de acordo com o que dispõem o art. 39 do RPAF-BA/99, e o art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN. Por isso, e inexistindo qualquer violação aos princípios constitucionais que regem o procedimento e processo administrativo fiscal, em especial, os da legalidade, da ampla defesa, e do contraditório, se configura plenamente apto a produzir seus efeitos jurídicos e legais.

Assim, entendo não restar configurado nos autos, qualquer dos pressupostos de nulidades previstos na legislação de regência, precípuamente os elencados no art. 18 do RPAF-BA/99.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento de ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de abril de 2012 a janeiro de 2015, conforme demonstrativos acostados às fls. 09 a 31.

Em sede defesa, o Impugnante, em relação ao mérito da autuação, apresentou o entendimento de que “não assiste razão à Fiscalização, ao imputar à ora Impugnante, o pagamento de ICMS em decorrência de operações que não se concretizaram, tendo sido devidamente recolhidos, conforme documentos juntados, devendo, portanto, a vergastada autuação ser julgada integralmente improcedente.”

Sucede-se entretanto, que o Impugnante, apesar de afirmar não terem sido concretizadas as operações arroladas no levantamento fiscal e asseverar ter juntado a comprovação aos autos, assim não procedera.

Diligência determinada por essa 3ª JJF, para que o Defendente comprovasse de forma inequívoca a assertiva de que as operações não se concretizaram, não logrou êxito, uma vez que, mesmo devidamente intimado para esse fim, fls. 107 e 108, não se manifestou no prazo regulamentar.

Ao compulsar as peças que integram o contraditório em torno da acusação fiscal, constato que a exigência fiscal afigura-se devidamente fundamentada e alicerçada em demonstrativos que discriminam individualizadamente a origem dos valores exigidos, indicando claramente que os elementos coligidos, tiveram como fonte o sistema de emissão de notas fiscais eletrônicas e as informações econômico-fiscais prestadas pelo próprio Autuado. Frise-se ainda, que cópias dos demonstrativos de apuração e de débito foram entregues ao Defendente, fl. 32.

Quanto à alegação da Defesa de que a fiscalização pretende exigir o pagamento de multas capituladas nos incisos IX e XI, do art. 42 da Lei 7.014/96, consigno que se equivoca o impugnante, haja vista que os incisos citados, além de não figurarem nos autos, referem-se a descumprimento de obrigação acessória por falta de escrituração de notas fiscais de operações de entrada.

Resta patente nos autos, que no presente caso, o que ocorreu foi a falta de escrituração de notas fiscais, tanto de operações de entradas, como de saídas, resultando na apuração através de levantamento fiscal da falta de recolhimento do imposto devido. Portanto, devidamente configurado o descumprimento de obrigação principal preconizada no inciso III, do art. 42 da Lei 7.014/96.

Em suma, emerge indubidousamente do contraditório instalado nos autos, que o sujeito passivo foi acusado de ter cometido falta de recolhimento do ICMS, referente às operações não escrituradas nos livros Fiscais próprios, não trouxe ao PAF qualquer elemento capaz de elidir a imputação consubstanciada no Auto de Infração,

consoante demonstrativos acostados às fls. 10 a 31, cujas cópias foram devidamente entregues ao Autuado, fl. 32.

O Impugnante também alegou que a multa aplicada é desproporcional e tem caráter confiscatório, solicitando seu cancelamento ou redução. Saliento que a multa aplicada no Auto de Infração em decorrência de descumprimento de obrigação principal, não é ilegal, eis que, ao contrário, encontra-se expressamente preconizada na alínea “g”, do item III, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e constante do enquadramento legal do Auto de Infração. Esta instância de julgamento não possui atribuição (competência) para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, conforme art. 158 e 159 do RPAF-BA/99, nem para apreciar constitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda, de acordo com o inciso I, do art. 167 do RPAF-BA/99.

No tocante à solicitação do Impugnante para que as intimações relativas ao presente feito sejam feitas, exclusivamente, em nome de seu advogado, Dr. Nicolai Trindade Mascarenhas - OAB/BA 22.386, com endereço à Avenida da França, 163, Edifício Futurus, salas 402/404, Comércio, Salvador - CEP 40.000-00, sob pena de nulidade processual. Assinalo que não há impedimento para que tal providência seja tomada, porém, observo que, de acordo com o inciso III, do art. 26 do RPAF-BA/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108/109 do RPAF-BA/99, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ, para receber correspondências.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a decisão proferida, o representante do autuado apresenta Recurso Voluntário, fls. 132 a 156, no qual o patrono interpõe as mesmas razões da peça defensiva inicial, sendo que trago aqui resumidamente, conforme abaixo:

- a) Destaca a tempestividade da peça recursal, conforme dispõe o artigo 171, do RPAF do Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999;
- b) Discorre sobre os fatos da autuação: onde foram apontadas supostas falhas que deram azo à lavratura do auto de infração ora rechaçado;
- c) No mérito, alega decadência para os períodos de janeiro a maio de 2012, valendo-se da competência outorgada pelo art. 146, III, “b” da Constituição Federal vigente, no qual o Código Tributário Nacional – CTN veicula prazos decadenciais diversos, consoante a sistemática do lançamento tributário, distinguindo lapsos decadenciais relativos aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício (artigo 173) e aqueles atinentes aos tributos sujeitos a lançamento por homologação (artigo 150, § 4º). Reproduz os dispositivos legais para substanciar seus argumentos (art. 150, § 4º; art. 156, VII). Acrescenta que para o caso em tela que o Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2017, tendo transcorrido mais de 5 (cinco) anos da ocorrência dos fatos geradores do ICMS, relativamente ao período de 01.01.2012 a 29.06.2012, sendo certo que o transcurso do referido prazo implicou na homologação tácita dos procedimentos de apuração adotados e dos pagamentos, em vista do que se operou, consequentemente, a perda do direito da Fazenda Estadual exigir as diferenças do ICMS a que supostamente faz jus.
- d) Junta jurisprudência firmada no âmbito do E. Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba, proferido em julgamento de processo do qual foi parte a Impugnante, está firmada no sentido da aplicação do art. 150, §4º do CTN, nos casos de tributos cujo lançamento se dá por homologação (Processo nº 078.626.2008-9 - Acórdão 055/2014 - Recurso EBG/ nº 035/2013 - EMBARGANTE: CIMPOR CIMENTOS DO BRASIL LTDA. - EMBARGADO: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS. PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA - AUTUANTE: EDUARDO SALES COSTA - RELATOR: CONS. FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO). Sustenta que ficam cancelados os valores apurados até 29/06/2017, em razão de os fatos geradores ocorridos até essa data estarem definitivamente homologados, não mais podendo ser objeto de novo lançamento tributário. Volta a reproduz a jurisprudência das 1ª e 2ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Pede pela extinção do período decaído;
- e) Alega que não assiste razão à acusação fiscal de não recolhimento do ICMS no prazo regulamentar em decorrência de operações que não se concretizaram e sustenta os impostos foram devidamente recolhidos, conforme documentos fiscais juntados, devendo, portanto, a vergastada autuação ser julgada integralmente improcedente.
- f) Pede pelo cancelamento da multa aplicada, rogando pelo princípio da proporcionalidade e da

razoabilidade. Infere que não houve descumprimento especificamente no que tange à obrigatoriedade de registrar, no Livro de Registro de Entrada, o ingresso das mercadorias apontadas nas notas fiscais indicadas nos demonstrativos fiscais correspondentes. Cita as lições de Helenilson Cunha Pontes, reproduz o § 7º, do art. 42, da Lei n.º 7.014/96, reproduzido pelo art. 158, do Decreto nº 7.629/99, que instituiu o RPAF, ao órgão julgador o poder de dosar a penalidade aplicável ao contribuinte infrator em função do grau da sua culpabilidade e dos prejuízos causados ao Erário e verifica-se que o cancelamento da multa pelo órgão julgador está condicionado ao atendimento de alguns requisitos, quais sejam: (i) a penalidade deve decorrer do descumprimento de obrigação acessória; (ii) a conduta infratora não pode ter sido praticada com dolo, fraude ou simulação; e (iii) a infração não pode ter implicado na falta de recolhimento do imposto. Finaliza pelo acolhimento do cancelamento da multa e transcreve trecho da ementa e voto do Acórdão nº 0037-11/10, como também ementas dos Acórdãos nºs 0433-13/13, 0250-11/10; 0025-11/10, onde informa que suso entendimento de cancelamento ou ao menos redução da multa.

- g) Reitera caráter confiscatório da multa aplicada no percentual de 100%. Acrescenta que a Constituição Federal vedou a utilização de tributo com efeito confiscatório (art. 150, inciso IV), impondo aos entes tributantes a impossibilidade de invasão ilícita no patrimônio do contribuinte, absorvendo-o pela carga tributária a ponto de comprometê-lo injustamente ou até mesmo de privar-lhe o gozo de determinados direitos. Cita Heleno Taveira Torres, Júlio César Krepsky, Ricardo Corrêa Dalla, (TORRES, Heleno Taveira. Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica: Metódica da Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, pp. 660-667; KREPSKY, Júlio Cesar. Limites das multas por infrações tributárias. Leme: J.H. Mizuno. 2006, p. 209; DALLA, Ricardo Corrêa. Multas Tributárias: Natureza jurídica, sistematização e princípios aplicáveis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.207). Transcreve precedente do E. Supremo Tribunal Federal (STF. ADI n.º 2.551 MC-QO / MG. Tribunal Pleno, Min. Rel. Celso de Mello.DJ de 20/04/2006, p. 5; STF, RE 81.550/MG. Segunda Turma. Rel. Min. Xavier de Albuquerque. DJ 20/05/1975; STF. ADI-MC 1.075/DF. Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello.DJ de 24/11/2006; STF. ADI 551 / RJ.Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão.DJ de 14/02/2003, p. 58; STF.Rcl 10587 AgR / MG; Rcl 10649 AgR / RN; STF. AgRg 930.300/SC. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. DJ de 22/12/2012; TJ-PE. Ag 056752-8/02. Oitava Câmara Cível. Rel. José Ivo de Paula Guimarães.DJ de 02/02/2012; TJ-PE. Ag. 212809-8/01. Sétima Câmara Cível. Rel. Fernando Cerqueira. DJ de 18/01/11). Pede pelo acolhimento do cancelamento ou ao menos redução nos patamares registrados nos julgados dos tribunais superiores de jamais extrapolar a monta de 20%;
- h) Finaliza, requerendo a improcedência do Auto de Infração, consequentemente, Provimento do pedido recursal, afastando a cobrança veiculada.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado com previsão legal no art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, tendo a 3ª JJF julgado Procedente o Auto de Infração, lavrado em **30/06/2017**, para exigir ICMS no valor total de **R\$590.260,91**, referente à seguinte imputação:

Infração 01 - 02.01.02. Falta de recolhimento nos prazos regulamentares, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de abril de 2012 a janeiro de 2015 - Demonstrativos às fls. 09 a 31 e CD à fl. 33.

Consta como complemento que “A empresa encontra-se baixada pelo sistema de cadastro da SEFAZ/BA e foi beneficiada no período pelo Crédito presumido, na razão de 90% do imposto incidente nas operações de saídas, em conformidade com a Resolução nº 05/2009 do Conselho Deliberativo do PROBAHIA; Ademais, transmitiu a Escrituração Fiscal Digital - EFD relativo aos meses de abril de 2012 a janeiro /2015 com ausência de dados e deixou de transmitir as EFDs relativas aos meses de fevereiro a junho de 2015. Outrossim, apresentou as Declarações e Apuração Mensal do ICMS - DMAs relativas aos meses de abril/2012 a janeiro/2015 com ausência de dados das operações mercantis e deixou de apresentar as DMAs relativas aos meses de julho/2015 a junho/2016. Em razão ao exposto, foram utilizadas as movimentações mercantis de Entradas e Saídas realizadas pela empresa durante o período e armazenadas e colhidas no Sistema de Notas Fiscais Eletrônicas - Nfe, apurando-se os valores de ICMS Normal a recolher, computando-se o crédito presumido de acordo com a Resolução acima mencionada, bem como o ICMS substituto Retido e não recolhido relativo às saídas internas de mercadorias realizadas pela empresa no período.”

Da análise dos autos, verifico que o presente Recurso Voluntário visa a reapreciação da Decisão

de Primeira Instancia. A infração objeto da peça recursal trata de não recolhimento de ICMS em operações não escrituradas em livros próprios. Transmitidas as EFD relativas aos meses de abril de 2012 a janeiro/2015 com ausência de dados e deixou-se de transmitir as EFDs relativas aos meses de fevereiro a junho de 2015.

Inicialmente, já nas questões de mérito, observo existirem nos autos períodos **não decaídos**, uma vez que, nos meses autuados, o recorrente não efetuou os pagamentos devidos na apuração, numa afronta direta ao que determina o art. 150, § 4º do CTN e Incidente de Uniformização nº PGE-2016.194710-0.

Quanto ao mérito da infração, o contribuinte tornou-se infrator conforme art. 173, inciso I do CTN, a qual trata de “*não recolhimento no prazo regulamentar de ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, irregularidade cometida pelo Autuado, sem que tenha declarado essas operações tributáveis, nem apurado o montante do imposto devido, inexiste, portanto, qualquer pagamento a ser homologado das operações objeto da autuação ocorrido nos meses de janeiro, meses de abril de 2012 a janeiro de 2015 - Demonstrativos às fls. 09 a 31 e CD à fl. 33.*

Ademais, em diligências às fls 89, 101, 107 e 108, determinada pela 3ª JJF, para o contribuinte apresentar documentos comprobatórios do conteúdo da defesa, não foi logrado êxito por a autuada não se manifestar no prazo regulamentar.

Compulsando os autos, verifico que a decisão está pautada no art. 39 do RPAF-BA e no art. 142 do CTN, conforme princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório produzindo assim efeitos jurídicos.

No que se refere à redução da multa, nego o pedido por não ter previsão legal para aplicação, conforme dispõe abaixo:

§ 7º Revogado.

Nota: O § 7º do art. 42 foi revogado pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19.

Desta forma, tal como sobejamente demonstrado, o Direito positivo e por tudo que foi exposto é forçoso concluir que não merece reparo, portanto, a decisão recorrida por não cumprir a legislação Estadual, NEGO PROVIMENTO do Recurso voluntário para julgar o Auto de Infração PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299326.0011/17-5, lavrado contra **PLASTSPUMA BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COLCHÕES LTDA. - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$590.260,91**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS