

A. I. N°. - 269184.0010/21-7
AUTUADO - ALL GLASS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTES - LAUDELINO BISPO C. FILHO, LIANE R. SAMPAIO e PATRÍCIA T. FRAGA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 06/07/2022

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0100-03/22-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. LIVROS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O Autuado não apresenta elementos com o condão de elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Extinto o crédito tributário referente às ocorrências anteriores a 30.06.2016, nos termos do art. 150, inciso V do CTN. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2021, exige ICMS no valor de R\$ 714.144,57, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do imposto em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis. Consta que as mercadorias alvo da autuação estão enquadradas no regime de substituição tributária, que havendo a comprovação do recolhimento imposto, encerraria a fase de tributação. Entretanto, após inúmeras tentativas feitas pela fiscalização, o Autuado não comprovou os respectivos recolhimentos do ICMS ST. Sendo assim, cabe ao Estado cobrar o imposto normal objeto dessa infração, e o substituído nas Saídas correspondentes. As ocorrências se deram nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2018. (Infração 002.001.003).

O sujeito passivo apresenta impugnação fls.31/34. Considerando a falta de assinatura do representante legal na impugnação apontada, o Autuado supre o vício fls. 20/153. Registra a tempestividade de sua peça defensiva. Transcreve a infração que lhe foi imputada, com o respectivo enquadramento legal. Diz apresentar impugnação, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

Observa que o Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2021, tendo a ciência ocorrida em 05/07/2021. A autuação se refere a operações devidamente escrituradas, portanto declaradas pelo contribuinte e levadas a conhecimento do fisco com o cumprimento de suas obrigações acessórias via SPED.

Aduz que o termo inicial para contagem do prazo decadencial de cinco anos, é a data da ocorrência do fato gerador, conforme artigo 150, V, do Código Tributário Nacional, para tributos sujeitos a lançamento por homologação. Esse é o entendimento firmado no primeiro parágrafo do Incidente de Uniformização PGE 2016.194710-0. Ratifica o entendimento da PGE a Sumula N° 11 do CONSEF, conforme reproduz.

Afirma que considerando a apuração do ICMS por períodos mensais, com o acontecimento da ciência em 05/07/2021, as ocorrências anteriores a 30/06/2016 estão extintas por decadência. Aponta que devem então, ser excluídos do lançamento as ocorrências de janeiro a maio de 2016.

Sobre o mérito, comenta que todas as notas fiscais foram emitidas regularmente, com destaque do imposto devido, exceto algumas delas, detectadas pelo fisco, que não contiveram o lançamento do imposto por falha na emissão.

Informa que no período analisado passível de autuação, excluindo-se o período alcançado pela decadência foi emitido 26.485 notas fiscais. Dessas 999 foram emitidas sem destaque do imposto, sendo 539 em 2016; 208 em 2017 e 252 em 2018, ou seja, 3,77%, o que caracteriza falha de emissão e não erro proposital.

Nota que as operações que deveriam ter sido tributadas e não o foram, são as constantes das notas fiscais relacionadas pelo fisco nas três planilhas anexadas ao Auto de Infração, intituladas “Saídas não tributadas”, uma para cada exercício: 2016, 2017 e 2018. Todavia, para que se promova justiça fiscal, também há de se observar que vários recebimentos de mercadorias no período foram indevidamente lançados na escrituração, sem utilização do crédito fiscal, conforme Planilha “*Notas Fiscais de Aquisição Indevidamente Escrituradas sem Aproveitamento do Crédito Fiscal*” que segue anexa ao presente recurso.

Destarte, observa que, para que não se promova o enriquecimento ilícito do Estado, necessário se faz, a redução do montante cobrado, com os créditos não escriturados, em cumprimento, inclusive, do princípio da não cumulatividade do imposto.

Entende que há de ser reconhecido, que assim como notas fiscais - em quantidades não representativas conforme demonstrado anteriormente - foram indevidamente emitidas sem destaque do imposto, notas fiscais de aquisição também foram indevidamente registradas sem aproveitamento do crédito fiscal. Há de ser aplicada a isonomia entre as situações, para que seja cobrado apenas o imposto efetivamente não recolhido.

Em conclusão, pede o julgamento pela procedência parcial, com exclusão dos valores contestados.

A equipe de Autuantes presta a informação fiscal fls. 40/41. Diz que no prazo regulamentar o autuado apresentou defesa contra o Auto de Infração. Sobre as alegações contidas nesse documento, apresenta as seguintes argumentações.

No que se refere a alegação preliminar de contagem do prazo decadencial, informa que sendo uma atividade vinculada, cabe ao auditor fiscal nos trabalhos de auditoria, analisar os dados e autuar todas as infrações encontradas no período determinado pela Ordem de Serviço emitida pela Secretaria da Fazenda. Aduz que no que tange a interpretação da aplicação das regras de prescrição/decadência, entende que não tem competência para opinar sobre tal matéria, cabendo ao julgador estabelecer estes prazos.

Em relação ao mérito da autuação, verifica que o Impugnante concorda com o entendimento do fisco de que houve emissão de notas fiscais de saída sem lançamento do imposto, ratificando a procedência do Auto de Infração.

Por fim, observa que o Contribuinte apresenta uma planilha contendo um demonstrativo de notas fiscais de aquisição escrituradas, sem o aproveitamento do crédito. Com base nesses dados solicita que o fisco promova justiça fiscal, reduzindo o valor cobrado neste Auto, com os créditos não escriturados trazidos na defesa.

Sobre esta solicitação, informa que caso seja comprovada a não utilização dos créditos mencionados, caberá ao Contribuinte entrar com um processo junto à SEFAZ, pedindo autorização para utilização de crédito extemporâneo, regularizando formalmente a situação.

Diante do exposto, conclui pela procedência total do presente Auto de Infração.

Cabe registrar, a presença do patrono do autuado, Anselmo Leite Brum, RG 01.317.317-00, Contador, que na sessão de julgamento, realizou a sustentação oral.

VOTO

Preliminarmente, embora não tenha sido questionado pela defesa qualquer defeito quanto às formalidades a serem seguidas para lavratura do Auto de Infração, que caracterizam sua legitimidade, verifico que o lançamento fiscal foi exposto com clareza, com fundamentação de fato e de direito, na medida em que se descreveu a infração, fundamentando com a indicação dos documentos pertinentes, demonstrativos contidos no CD fls.19/23, entregue ao autuado, assim como foi indicada a legislação que regula os fatos sob julgamento.

Não foi identificada qualquer violação ao princípio da legalidade, do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, bem como na narrativa dos fatos correspondentes à irregularidade imputada.

Dessa forma, constato que 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 defendente arguiu decadência. Afirmou que considerando a apuração do ICMS por períodos mensais, com o acontecimento da ciência em 05/07/2021, as ocorrências anteriores a 30/06/2016 estão extintas por decadência. Aponta que devem então ser excluídas do lançamento as ocorrências de janeiro a maio de 2016.

Analisando esta alegação, verifico que assiste razão ao defendente no que se refere às ocorrências registradas até 30/05/2016. Sobre a decadência, assim 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*”.

O § 4º desse mesmo artigo, estabelece que, “*se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação*”. Neste caso, a contagem do prazo de decadência é a partir do fato gerador do tributo.

Por outro lado, de acordo com o art. 173, I do CTN, “*o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*”.

O entendimento firmado no CONSEF, e em conformidade com a PGE - Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0, é no sentido de que o lançamento por homologação seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º do CTN. Ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte. Ratifica o entendimento da PGE a Sumula Nº 11 do CONSEF.

A partir dessa análise, pode-se apurar a existência de débito declarado e não pago, e tributo não declarado e não recolhido (situação de total omissão, nada havendo a homologar), ou ainda, casos em que mesmo havendo algum pagamento, o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação.

No caso em exame verifica-se que as operações autuadas foram registradas, ainda que de forma defeituosa, operações tributáveis como não tributáveis, o que implica dizer que a declaração do contribuinte deveria ser homologada. Desta forma, se aplica a regra estabelecida no art. 150, § 4º do CTN, e a contagem do prazo é de 5 anos, a partir da ocorrência do fato gerador.

Considerando que o sujeito passivo tomou conhecimento do presente Auto de Infração em 05/07/2021, as ocorrências anteriores a 30 de junho de 2016, relacionadas no levantamento fiscal estão extintas pela decadência, nos termos do inciso V, art. 156 do CTN.

No mérito, o presente processo exige ICMS sob acusação de falta de recolhimento do imposto, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis. Consta que as mercadorias alvo da autuação estão enquadradas no regime de substituição tributária, que havendo a comprovação do recolhimento imposto, encerraria a fase de tributação. Entretanto, após inúmeras tentativas feitas pela fiscalização, o Autuado não comprovou os respectivos recolhimentos do ICMS ST. Sendo assim, cabe ao Estado cobrar o imposto normal objeto dessa infração, e o

substituído nas Saídas correspondentes. As ocorrências se deram nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2018. (Infração 002.001.003).

O defendente não negou o cometimento da irregularidade apurada em ação fiscal. Disse que no período analisado passível de autuação, excluindo-se o período alcançado pela decadência, foram emitidas 26.485 notas fiscais. Dessas 999 foram emitidas sem destaque do imposto, ou seja, 3,77%, o que caracteriza falha de emissão e não erro proposital. Disse que as operações que deveriam ter sido tributadas e não foram, são as constantes das notas fiscais relacionadas pelo fisco nas planilhas anexadas ao Auto de Infração, intituladas “Saídas não tributadas”. Todavia, também há de se observar que vários recebimentos de mercadorias no período foram indevidamente lançados na escrituração sem utilização do crédito fiscal, conforme Planilha “*Notas Fiscais de Aquisição Indevidamente Escrituradas sem Aproveitamento do Crédito Fiscal*” que segue anexo ao presente PAF. Acrescentou que para que não se promova o enriquecimento ilícito do Estado, necessária se faz a redução do montante cobrado, com os créditos não escriturados, em cumprimento inclusive do princípio da não cumulatividade do imposto.

Sobre este pleito do defendente, observo a impossibilidade de atendê-lo nesta fase processual. Além disso, pela falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar, são devidos os acréscimos tributários, o que não seria pago pelo defendente, se feita a compensação nesta fase, na forma pretendida pela defesa, inexistindo previsão legal para que nesta situação não sejam cobrados os acréscimos moratórios e multa.

No caso em exame, conforme ponderou acertadamente uma das Autuantes em sede de informação fiscal, o defendente poderá requerer a escrituração extemporânea dos créditos fiscais e sua utilização, devendo observar os procedimentos estabelecidos no art. 315 do RICMS/BA.

Neste cenário, excluindo-se as parcelas extintas pela decadência no exercício de 2016, referente aos meses de janeiro R\$ 67.207,28, fevereiro R\$ 42.350,97, março R\$ 40.331,00, abril R\$ 42.764,69, maio R\$ 43.349,14 e junho R\$ 40.675,58, o valor do Auto de Infração remanesce em R\$ 437.465,91.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269184.0010/21-7**, lavrado contra **ALL GLASS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 437.465,91**, acrescido da multa de 60%, prevista alínea “a”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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” item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 21 de junho de 2022.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR