

PROCESSO	- A.I. Nº 269280.0008/03-1
RECORRENTE	- C & A MODAS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0392-03/03
ORIGEM	- SIMÕES FILHO
INTERNET	- 18.12.03

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0169-12/03

**EMENTA:** ICMS. DIFERIMENTO. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. A responsabilidade pelo recolhimento do imposto é do adquirente de refeições, posto que o termo final para o pagamento do imposto é o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente. Infração comprovada. Não acatadas as preliminares de decadência e nulidade. Infração caracterizada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão que julgou o Auto de Infração PROCEDENTE.

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 17/06/03, para exigir o ICMS no valor de R\$41.526,82, acrescido da multa de 60%, em decorrência de:

1. Falta de recolhimento do imposto diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte de seus empregados, em aquisições de contribuinte com inscrição “Normal” – R\$39.811,05;
2. Falta de recolhimento do imposto diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte de seus empregados, em aquisições de contribuinte com inscrição de microempresa – R\$218,27;
3. Falta de recolhimento do imposto diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte de seus empregados, em aquisições de contribuinte com inscrição de microempresa – R\$1.497,50.

O autuado, ora recorrente, desde a sua peça de defesa, suscita a decadência dos débitos relativo a fatos geradores anteriores a 26/08/98, a teor do § 4º do art. 150 do CTN, “*que afirma ser de 5(cinco) anos o prazo para que se opere tacitamente a homologação*” e o fato de que foi intimado do Auto de Infração, no dia 26/06/2003.

Transcreve pensamento doutrinário a respeito do assunto.

Argüi, ainda, a nulidade do lançamento, tendo em vista o disposto no Art. 41, do RPAF/99, sob o argumento de que os autuantes não juntaram ao PAF as notas fiscais relacionadas nas planilhas acostadas aos autos, para provar a materialidade do fato gerador e determinar os limites do tributo, cuja constituição e atuação se busca.

Apreciando a preliminar de decadência invocada, o D. Julgador da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, inicialmente, deixa de acatar a argüição de decadência, com fundamento nas razões a seguir transcritas:

*“Embora o § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (caso do ICMS), deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, a doutrina tem entendido que tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o qual, após decorridos os cinco anos previstos legalmente, é aceito, por assim dizer, pelo sujeito ativo da relação tributária.*

*Entretanto, quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo e o Fisco atua no sentido de recuperá-las mediante lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”, e não o foi pelo sujeito passivo.*

*Na situação em análise, os fatos geradores do imposto ocorreram no período de janeiro/98 a dezembro/97 e o prazo para a constituição do crédito tributário, em relação ao exercício de 1998, se extinguiria no dia 31/12/2003. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 17/06/2003, não havia se configurado, ainda, a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, considera que, lavrado o Auto de Infração, não há mais que se cogitar de prazo de decadência, independentemente de notificação do lançamento ao sujeito passivo.*

Em seguida, robustece a sua Decisão, diz que o entendimento acima descrito é aquele manifestado reiteradamente por este CONSEF, consoante os inúmeros acórdãos até esta data prolatados, dentre os quais transcreve nos autos, alguns:

Acórdão CJF nº 0274-12/02, com voto da lavra do Conselheiro Sr. Ciro Roberto Seifert:

Acórdão CJF nº 0150-12/02 – voto vencedor da lavra da Conselheira Sra. Ivone de Oliveira Martins:

Acórdão CJF nº 0260-11/02, com voto exarado pelo Conselheiro Relator Sr. Tolstoi Nolasco Seara:

No que diz respeito a argüição de nulidade do Auto de Infração, o D. relator do PAF, também afastou a nulidade argüida, sob o fundamento, a seguir transcrito:

*“Deixo de acatar, ainda, a preliminar de nulidade levantada pelo autuado, por não terem sido acostadas ao PAF as notas fiscais que embasaram a autuação, as quais estão relacionadas nas planilhas elaboradas pelos autuantes e juntadas às fls. 9 a 14, tendo em vista que: a) os prepostos fiscais, por ocasião da informação fiscal, anexaram, aos autos, fotocópias de todos os documentos fiscais mencionados; b) embora intimado, o sujeito passivo se absteve de se manifestar, no prazo de 10 dias, sobre as notas fiscais juntadas posteriormente pelos prepostos fiscais, das quais recebeu cópias, conforme os documentos de fls. 272 e 273; c) ainda que não tivesse*

*recebido cópias dos documentos fiscais referidos, tal fato não configuraria cerceamento ao direito de defesa do autuado, considerando que se trata, no caso em tela, de aquisições de refeições destinadas aos seus empregados e tais notas fiscais fazem parte da documentação a que o contribuinte está obrigado a guardar pelo prazo de cinco anos, acorde o artigo 34, inciso VII, da Lei nº 7.014/96.”*

Quanto ao julgamento de mérito do PAF, o D. relator, assim decidiu:

“No mérito, constata-se que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS que deixou de ser recolhido nas entradas, no estabelecimento do autuado, de refeições destinadas a consumo por parte de seus empregados, uma vez que se encontrava encerrada a fase de diferimento.

Na situação em análise, o RICMS/97 prevê o seguinte:

*Art. 343 – É diferido o lançamento do ICMS incidente:*

*XVIII – nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinadas a consumo por parte dos seus empregados, para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento adquirente;*

*Art. 349. A responsabilidade tributária por substituição relativa ao imposto cujo lançamento seja diferido, correspondente às operações ou prestações antecedentes, é atribuída ao contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer a operação, evento, fato ou circunstância que encerre a fase do diferimento.*

Da leitura dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que a responsabilidade pelo pagamento do imposto diferido é do autuado, por ter sido o adquirente de refeições para o consumo dos seus empregados, e, dessa maneira, considero correta a autuação, já que os valores apontados no Auto de Infração não foram impugnados pelo sujeito passivo.”

Pelas razões apontadas, votou pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Irresignado com a Decisão supra, o recorrente interpõe o presente Recurso Voluntário, repetindo as mesmas razões já expendidas na sua peça de defesa, quais sejam a da arguição da decadência, e da nulidade do Auto de Infração, com base no § 4º, do art. 150 do CTN, esperando ver afastada a exigência do tributo referente a todo o período anterior a 26/06/98 e, que a juntada das notas fiscais, *a posteriori*, pelos Auditores Fiscais, referentes ao período da autuação, não é capaz de convalidar a nulidade do Auto de Infração, porquanto violados já foram os princípios da legalidade e da própria ampla defesa, na medida em que na oportunidade para o mesmo defender-se, não teve o recorrente acesso aos documentos fiscais que constituíram o fato gerador do tributo cobrado, o que por si só evidencia a nulidade do Auto de Infração.

Submetido o PAF à análise da PGE/PROFIS, esta em Parecer de fls. 306 a 308, diz que: “No Recurso Voluntário impetrado pelo autuado, não foi apresentado nenhum fato novo ou fundamentos jurídicos que venham a possibilitar a modificação do julgamento proferido pela JJF. Da análise do Recuso Apresentado, conclui-se que:

“No que concerne à decadência, o disposto no § 4º, do Artigo 150, do Código Tributário Nacional, que concede o prazo decadencial, em relação a tributos sujeitos por homologação (ICMS), a doutrina entende que tal prazo aplica-se nos casos em que o imposto foi antecipado e, efetivamente recolhido pelo contribuinte. Ao passo que, quando o Fisco atua no sentido de

recuperar o tributo por meio de lançamento de ofício, isto é, por meio do Auto de Infração, o prazo para contagem da decadência obedece aquele expresso no artigo 173, Inciso I, do Código Tributário Nacional, fato este que não foi observado pela autuada.”

Observa, ainda, que: “como os fatos geradores ocorreram no período de janeiro/1998 a dezembro/1999, e o prazo para a constituição do crédito tributário, em relação ao exercício de 1998, se extinguiria no dia 31/12/2003 e o presente Auto de Infração foi lavrado em 17/06/2003, não havia se confirmado, ainda, a decadência do prazo para o lançamento.”

Assevera a ilustre representante da Procuradoria: “Com relação à preliminar de nulidade do Auto de Infração, pela não juntada das notas fiscais, observa-se que é de guarda obrigatória da autuada as referidas Notas Fiscais, razão pela qual os autuantes optaram por não anexar ao Auto de Infração, o que foi feito *a posteriori*, com base ao que dispõe o § 1º do Artigo 18 do RPAF/99, é de guarda obrigatória das referidas notas fiscais, razão pela qual os autuantes optaram por não anexar ao Auto de Infração, o que foi rigorosamente obedecido neste Processo Administrativo Fiscal (PAF).”

Em conclusão, opina pela manutenção da Decisão recorrida e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto pelo autuado.

## VOTO

Ante à análise dos documentos acostados aos autos, chegamos à seguinte conclusão:

O Auto de Infração foi lavrado para imputação de exigência do ICMS ao recorrente em razão do diferimento do pagamento do tributo, nos termos do art. 343, VIII, do RICMS, pelas aquisições de refeições para seus funcionários, junto a dois estabelecimentos comerciais, no período de 31/01/98 a 31/01/99.

Não foram acatadas as preliminares de nulidade, pelas seguintes razões:

Quanto à decadência, quando o Fisco atua no sentido de recuperar o tributo por meio de lançamento de ofício, quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo, isto é, por meio do Auto de Infração, o prazo para contagem da decadência obedece àquele expresso no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”, e não o foi pelo sujeito passivo.

Assim sendo, como os fatos geradores ocorreram no período de janeiro/1998 a dezembro/1999, e o prazo para a constituição do crédito tributário, em relação ao exercício de 1998, se extinguirá no dia 31/12/2003 e o presente Auto de Infração foi lavrado em 17/06/2003, não havia se confirmado, ainda, a decadência do prazo para o lançamento.

Quanto à preliminar de nulidade levantada pelo recorrente, por não terem sido acostadas ao PAF as notas fiscais que embasaram a autuação, as quais estão relacionadas nas planilhas elaboradas pelos autuantes e juntadas às fls. 9 a 14, tendo em vista que:

a) os prepostos fiscais, por ocasião da informação fiscal, anexaram, aos autos, fotocópias de todos os documentos fiscais mencionados;

b) embora intimado, o sujeito passivo se absteve de se manifestar, no prazo de 10 dias, sobre as notas fiscais juntadas posteriormente pelos prepostos fiscais, das quais recebeu cópias, conforme os documentos de fls. 272 e 273;

c) ainda que não tivesse recebido cópias dos documentos fiscais referidos, tal fato não configuraria cerceamento ao direito de defesa do autuado, considerando que se trata, no caso em tela, de aquisições de refeições destinadas aos seus empregados e tais notas fiscais fazem parte da documentação a que o contribuinte está obrigado a guardar pelo prazo de cinco anos, acorde o artigo 34, inciso VII, da Lei nº 7.014/96.

O procedimento dos autuantes, ao acostar *a posteriori* as notas fiscais, que se encontravam sob a guarda do recorrente, encontra amparo no 1º, do art. 18, do RPAF/99, portanto, descabe a arguição de nulidade pela falta de juntada de tais documentos, uma vez que a mesma foi suprida, e concedida vistas ao recorrente, no prazo de lei, para se manifestar, querendo, sobre os mesmos.

Quanto ao mérito, no que diz respeito à falta de recolhimento do imposto diferido no recebimento de refeições para alimentação de empregados. a responsabilidade pelo recolhimento do imposto é do adquirente de refeições, posto que o termo final para o pagamento do imposto é o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente. É o que dizem os artigos 343 e 349 do RICMS/97. Infração, portanto, comprovada.

Ante as razões expostas, entendo não restar outra alternativa senão votar pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, para manter a Decisão recorrida.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269280.0008/03-1, lavrado contra **C & A MODAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$41.526,82**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de Novembro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS – RELATOR

MARIA OLIVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PROFZ