

PROCESSO	- A. I. Nº 299167.0044/03-4
RECORRENTE	- PALHETA REFEIÇÕES COLETIVAS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0257-04/04
ORIGEM	- INFRAZ IGUATEMI
INTERNET	- 26/10/2004

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0340-11/04

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Modificada a Decisão. Comprovado que as mercadorias se destinavam ao uso e consumo do próprio estabelecimento, quando não é devida a antecipação tributária. Não acolhida a preliminar de decadência de parte do lançamento de ofício. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão da 4ª JJF, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – Acórdão JJF n.º 0257-04/04 – lavrado em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$529,52, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento;
2. Falta de recolhimento do imposto por antecipação no valor de R\$1.849,79, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88;
3. Presunção da ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis com imposto devido no valor de R\$1.918,67, apurada pela constatação de entradas não contabilizadas.

Em preliminar, o recorrente argüiu a decadência de parte das exigências, amparado no art. 150, § 4º, do CTN, que define que o marco inicial para a contagem do prazo de 5 (cinco) anos é a data da ocorrência do fato gerador, e não o primeiro dia do exercício seguinte.

No mérito, insurgiu-se apenas contra a infração 2, dizendo que não é devida a antecipação tributária do vinho que adquiriu, posto que este fora destinado ao consumo próprio do seu estabelecimento matriz, não havendo comercialização posterior, porque este não desenvolve atividade comercial. Neste caso, inexistiria a pretendida antecipação. Tanto é assim – produtos adquiridos para consumo próprio – que calculou e pagou o decorrente diferencial de alíquotas.

Pontuou que haveria omissão flagrante no julgado, porque a JJF não apreciou esta razão de mérito.

Concluiu requerendo a improcedência deste item, se já não fosse parcialmente nulo em razão da decadência.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, salientou que a preliminar de decadência não encontra amparo nos termos do CTN e do COTEB, pois, nos termos do art. 173, I, do CTN, o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extinguindo-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Asseverou que o entendimento jurisprudencial do STJ invocado pelo recorrente não lhe socorre, uma vez que determina a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, somente para as hipóteses de pagamento antecipado do tributo, e como no presente não foi objeto de antecipação pelo contribuinte, já não será caso de lançamento por homologação, hipótese em que a constituição do crédito se dará conforme o disposto no art. 173, I, do CTN.

Quanto ao mérito, considerou ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido.

Opinou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO

Sobre o tema “decadência”, já me pronunciei em outras oportunidades, entre elas a que gerou o Acórdão CJF nº 0274-12/02, da 2ª CJF, nos seguintes termos:

“Na segunda alegação preliminar, foi trazido o argumento que, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 30/04/2001, só poderia tratar dos impostos cujos fatos geradores ocorreram após o dia 30 de abril de 1996, em razão da extinção dos créditos tributários relativos aos fatos geradores anteriores, por decadência, visto que o prazo de 5 (cinco) anos para que o sujeito ativo realizasse o ato homologatório de lançamento do crédito tributário, previsto no art. 150, § 4º, do CTN, já teria expirado.”

Tal dispositivo do CTN determina 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.

Ocorre que o art. 173, I, do mesmo CTN, preconiza que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, significa dizer lançamento de ofício, como é o caso do Auto de Infração, extinguindo-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Desta forma, está claro que não se operou a decadência do período anterior a 30 de abril de 1996, como pretendeu fazer crer o recorrente.”

O argumento do recorrente de que estaria lastrado na Decisão do Superior Tribunal de Justiça, não procede, pois aquele precedente jurisprudencial, contém o seguinte mandamento: “*Se o pagamento do tributo não for antecipado, já não será o caso de lançamento por homologação, hipótese em que a constituição do crédito tributário deverá observar o disposto no artigo 173, I, do Código Tributário Nacional.*” (grifo meu)

Foi exatamente o que ocorreu neste Auto de Infração: o contribuinte ao deixar de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais e o devido por antecipação, além de ter sido apurada a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, deixou de lançá-lo, e consequentemente, não ocorreu o pagamento antecipado do imposto.

Assim, entendo que, também no presente caso, por se tratar de lançamento de ofício, via Auto de Infração, não se operou a decadência para o período de janeiro a junho de 1998, pois o prazo que a Fazenda Pública Estadual teria para constituir o crédito tributário relativo a este findaria em 01-01-2004, e o Auto de Infração foi lavrado em 30-06-2003 e o contribuinte cientificado do mesmo em 16-07-2003.

No mérito do item 2, único sob Recurso Voluntário, que trata da falta de recolhimento do imposto por antecipação, referente à aquisição de vinho em outras unidades da Federação, produto sujeito à substituição tributária, o recorrente alegou que esta não é devida, posto que o

produto fora destinado ao consumo próprio do seu estabelecimento matriz, não havendo comercialização posterior, porque este não desenvolve atividade comercial. Neste caso, inexistiria a pretendida antecipação. Tanto é assim – produtos adquiridos para consumo próprio – que calculou e pagou o decorrente diferencial de alíquotas.

De fato, analisando as provas carreadas aos autos, constato que o contribuinte recolheu o diferencial de alíquotas relativo a tais aquisições, à exceção da Nota Fiscal de n.º 8496, emitida em 19-02-1998, por Vinhos Piagentini S/A, no valor de R\$452,56, cujo DAE não localizei.

Também tomei a liberdade de pesquisar no sistema PSS/INC à arrecadação, por receita, do contribuinte autuado, para o exercício de 1998, objeto deste item da autuação, cujo extrato anexei às fls. 147 e 148 dos autos.

Nele se vê que o contribuinte não possui arrecadação pelo regime normal – comércio (salvo R\$45,55, no mês de maio, que considero irrelevante), mas tão-somente relativo à diferença de alíquotas, o que, em princípio, comprova que o mesmo não realiza operações de venda/fornecimento de refeições neste estabelecimento. Até porque, seria exigido imposto nesta rubrica, o que não ocorreu.

Então, acato a tese defensiva de que o vinho adquirido foi destinado ao uso e consumo do próprio estabelecimento.

Poderia alguém, ainda, aventar que o recorrente poderia ter desviado o vinho para outra filial, esta fornecedora de refeições, com o fito de fugir da antecipação tributária. Só que o contribuinte jamais foi acusado disto.

O art. 355, V, do RICMS/97, determina que não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar a estabelecimento de contribuinte para uso, consumo ou ativo immobilizado.

Dante disto, o meu voto é pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE a infração 2, do lançamento fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299167.0044/03-4, lavrado contra **PALHETA REFEIÇÕES COLETIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.234,39**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$465,70 e 70% sobre R\$1.768,69, previstas no art. 42, II, “f” e III, respectivamente, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de setembro de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTTE – REPR.. PGE/PROFIS