

PROCESSO - A. I. Nº 151301.0046/06-1
RECORRENTE - CACIFE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO E MÓVEIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0056-01/07
ORIGEM - INFRAZ CRUZ DAS ALMAS
INTERNET - 20/11/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0418-12/07

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. O autuado não elide a acusação fiscal. Infração confirmada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 09/11/2006, para atribuir ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, em relação aos meses de março a julho, setembro e outubro de 2001, abril, maio e agosto a dezembro de 2002, maio e junho de 2003, exigindo o imposto no valor de R\$10.993,93, acrescido de multa de 50%.

O autuado apresentou impugnação às fls. 43 a 46, alegando que atua na área de comércio varejista de material de construção, estando cadastrado no Regime do SimBahia, na condição de Empresa de Pequeno Porte, recolhendo seus impostos rigorosamente em dia, não constando nenhuma ausência de entrega das declarações exigidas, bem como vem cumprindo com suas obrigações acessórias e principais, conforme determina o RICMS/BA.

Argüiu que a fiscalização foi iniciada de forma incoerente, por não ter sido emitido o termo escrito referente à retenção de seus documentos, com especificação das quantidades, espécies, naturezas e condições. Além disso, o autuante não lavrou o Termo de Abertura de Fiscalização, em seu livro de ocorrências, nem este foi solicitado pela autoridade fiscal, bem como não foi cumprido o prazo de início do procedimento fiscal, conforme preceituam, respectivamente, os artigos 8º e 7º, incisos I a III, §§ 1º e 2º, do Decreto nº 70.235/72, que transcreveu.

Ressaltou que já efetuara o pagamento do ICMS pelo Regime do SimBahia, no momento em que foram efetuadas as vendas, não cabendo aqui, por este motivo, a cobrança do imposto, salientando que a persistir a exigência, que é indevida, estará sendo bi-tributado, o que contraria o CTN - Código Tributário Nacional.

Afirmou que o autuante não demonstrou, de forma clara e inteligível, os valores e os fatos apurados no levantamento, o que resultou na impossibilidade de elaboração de sua defesa, constituindo-se em infringência ao transcrito art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

Argumentou que no levantamento foi incluído período já alcançado pela extinção da cobrança do crédito tributário, uma vez que já se encontrava ultrapassado o prazo decadencial. Citou o inciso V, do art. 156 e transcreveu o art. 150, § 4º, ambos do CTN, observando que o ICMS é um imposto cujo lançamento se dá por homologação, isto é, sem prévio exame pela autoridade administrativa.

Solicitou que sejam acolhidas suas razões, para que o Auto de Infração seja anulado e o débito fiscal reclamado seja cancelado.

O autuante prestou informação fiscal às fl. 40 a 42, rechaçando a alegação defensiva referente à falta de emissão do Termo de Início e do Termo de Abertura de Fiscalização, esclarecendo que de acordo com a fl. 07 do PAF, foi atendida a exigência prevista no inciso III, do art. 26, bem no art. 28, incisos I e II, do RPAF/99, que transcreveu.

Justificando a falta de lavratura do Termo de Abertura no livro de Ocorrência, transcreveu o art. 408-C, do RICMS/97, salientando que estando o contribuinte cadastrado na condição de SimBahia - EPP desde 01/01/1999, não está obrigado ao uso de livros fiscais, a exemplo do Registro de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, o que invalida a argumentação.

Disse não ter fundamento a alegação do autuado de que a imputação tributária é indevida, em decorrência do seu enquadramento no SimBahia, considerando que o transcrito art. 353, inciso II, item 15, do RICMS/97, não deixa dúvidas quanto à sua obrigação de recolher o ICMS relativo à antecipação tributária.

No que diz respeito à afirmativa do autuado de que os valores não foram demonstrados de forma clara e inteligível, asseverou que os Demonstrativos de Apuração da Antecipação Tributária Devida por Entradas (fls. 10 a 13) indicam claramente os números das notas fiscais, os meses de entrada das mercadorias no estabelecimento, nomes dos fornecedores, unidades da Federação de origem, identificação dos produtos e os valores, estando anexadas as cópias de todas as notas fiscais indicadas nos demonstrativos (fls. 14 a 41). Acrescentou que tendo o autuado apresentado a sua defesa, torna-se difícil entender onde se encontra a falta de clareza e a impossibilidade do direito de defesa.

Tratando da argüição de inclusão na apuração de período já alcançado pela decadência, transcreveu o art. 956, inciso I, do RICMS/97, salientando que os débitos relativos ao exercício de 2001 (janeiro a dezembro) poderão ser reclamados pela Fazenda Pública a partir do primeiro dia do exercício de 2002 até o último dia do exercício de 2006. De acordo com as fls. 02 e 03 do PAF, o Auto de Infração foi lavrado em 09/11/2006, tendo sido entregue ao representante do contribuinte em 03/12/2006, portanto dentro do prazo decadencial.

Considerando que o imposto reclamado foi apurado em consonância com a legislação tributária em vigor, principalmente o RICMS/97 e baseado nos documentos fiscais apresentados e tendo em vista que o sujeito passivo não questionou o valor apurado no Auto de Infração, ratificou o valor do imposto devido no montante de R\$10.993,93.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“O Auto de Infração decorreu da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, em referência às aquisições de mercadorias enquadradas na substituição tributária (pisos cerâmicos), provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no inciso II, do art. 353, do RICMS/97.

O autuado, em sua peça defensiva, suscitou preliminar de nulidade, alegando estar prescrita parcialmente a ação para a cobrança dos créditos tributários, sob a argumentação de que os referidos créditos se encontravam alcançados pela decadência, citando a legislação correspondente a esse instituto.

Observo que essa alegação se baseou no entendimento de que a contagem do prazo para constituição do crédito tributário por parte da Fazenda Pública nesse caso, deveria, se iniciar na data de vencimento de cada parcela devida. Entendo razão não assisti-lo. Em primeiro lugar, as regras do art. 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81) e no art. 965, I, do RICMS/97, prevêem que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Em segundo lugar, a incidência da regra do art. 150, § 4º, do CTN diz respeito às situações nas quais a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação. No caso, o prazo para a contagem referente ao primeiro exercício objeto do lançamento (2001) iniciou-se em 01/01/2002, com prazo final em 31/12/2006. O lançamento ocorreu em 09/11/2006. Não há, portanto, o que se falar em decadência.

Ressalto, ainda, que tem sido esse o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05 e 0102/12-05, sendo que, neste último, transcrevo parte:

“Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/98, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/03 para constituir o crédito tributário mediante o lançamento. No caso em tela, o crédito tributário foi constituído em 30/06/03, quando foi encerrada a ação fiscal. Portanto, quando foi lavrado o Auto de Infração, ainda não tinha se operado a decadência relativamente aos fatos geradores citados no Recurso Voluntário. O fato de o recorrente só ter sido notificada do lançamento em fevereiro de 2004 não quer dizer que o crédito tributário tenha sido constituído nesta data.”

Saliento descaber a alegação de que o lançamento não apresenta clareza e precisão, o que se constituiria em cerceamento ao direito de defesa do autuado, uma vez que o procedimento fiscal não violou as regras contidas no artigo 18, II e IV, “a” e 39, III, do RPAF/99, haja vista pela descrição dos fatos se verifica que a imputação se refere à antecipação tributária, estando embasada em levantamentos e demonstrativos, extraídos da documentação fiscal recolhida junto ao próprio sujeito passivo, bem como foram anexados aos autos cópias dos documentos que embasaram a acusação fiscal, determinando com segurança, a infração e o infrator. Além do que o autuado, tendo recebido cópias dos correspondentes demonstrativos, exerceu o seu direito de defesa, apresentando impugnação e evidenciando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

Quanto à argüição de que a fiscalização fora iniciada de forma inadequada, por não terem sido emitidos os Termos de Arrecadação de Documentos e de Início de Fiscalização, ressalto que da leitura dos artigos 26, inciso III e 28, inciso II, do RPAF/99, que transcrevo abaixo, fica comprovada que a assertiva defensiva está destituída de fundamentação, haja vista que à fl. 07 dos autos consta o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e/ou Documentos.

“Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exhibir elementos solicitados pela fiscalização;

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;”

No mérito, esclareço que a exigência tributária está contida nos artigos 125, inciso II, alínea “b”, 371 e 353, inciso II, item 15, do RICMS/97, que transcrevo abaixo, para um melhor entendimento. Observo, ademais, descaber a argüição do impugnante de ocorrência de b-tributação, sob a premissa de que o fato de ser cadastrado no Regime Simplificado do SimBahia, o desobrigaria do pagamento do ICMS concerne à antecipação tributária. Reitero que dentre as ressalvas contempladas no art. 355, do citado Regulamento, não constam as aquisições realizadas pelos contribuintes enquadrado no referido regime.

“Art. 125. O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:

II - na entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 7º e 8º:

b) tratando-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação pela legislação estadual interna, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes;”

“Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

15 - produtos cerâmicos de uso em construção civil:”

“Art. 371. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125.”

Com base no acima exposto, tendo constatado que as mercadorias constantes nos documentos fiscais arrolados na presente exigência fiscal, não foram objeto de recolhimento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar, pelo que considero correto o lançamento do crédito tributário.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Em seu Recurso Voluntário o recorrente, manifesta-se inicialmente, nos seguintes termos: “O autuado não vem aqui discutir o recolhimento do ICMS por antecipação ou Substituição Tributária e sim demonstrar que em relação ao ano de 2001, fica extinto a cobrança do crédito tributário pelo Auto de Infração em virtude dos mesmos estarem ultrapassado o prazo decadencial conforme consta do Código Tributário Nacional. Estende-se em seu arrazoado, citando dispositivos constitucionais e opiniões de juristas sobre a matéria em exame, e conclui por solicitar que sejam acolhidas as suas razões, as quais de acordo com CTN e ANULE o Auto de Infração, por conter período ao qual se encontra prescrito, pois é claro o entendimento de que o prazo decadencial já foi alcançado, não podendo a Fazenda Estadual do Estado da Bahia cobrar o recolhimento do imposto.”

A PGE/PROFIS opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, depois de aprofundada análise jurídica dos dispositivos legais que regem a matéria, alongando-se no exame dos art. 150 e 173 do CTN, para concluir: “Ademais, quadra apontar que além das considerações acima alinhavadas,

há de se aditar ainda, repelindo ainda mais a tese recursal, que o art. 150, § 4º do CTN preconiza expressamente que o prazo decadencial será de cinco anos a contar do fato gerador se, e somente, não houver disposição em contrario. Entretanto, no Estado da Bahia o COTEB prevê em seu art. 23 expressamente um prazo diferenciado, não cabendo guarida neste ponto à tese levantada no apelo voluntário”.

VOTO

O Recurso Voluntário apresentado pelo recorrente restringe-se à sustentação da nulidade do Auto de Infração, sob a alegação de que decorreu o prazo decadencial para cobrança do tributo referente ao exercício de 2001, contado a partir da data do fato gerador, não se insurgindo contra os demais exercícios objetos da autuação.

Essa divergência já vem sendo enfrentada com freqüência por este Colegiado, culminando com o entendimento de que o § 4º do art. 150 da Constituição Federal ressalva expressamente que o prazo para homologação será de cinco anos, a contar do fato gerador, se a lei não fixar prazo. Ocorre que o COTEB, em seu art. 23 estabelece prazo diferenciado, ou seja, a contar do dia 1º de janeiro do exercício seguinte à ocorrência do fato gerador. No presente processo o ilustre procurador enfrentou fundamentadamente as alegações do recorrente, demonstrando com precisão e clareza a insustentabilidade do seu apelo recursal.

Em face do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

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 151301.0046/06-1, lavrado contra CACIFE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO E MÓVEIS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$10.993,93, acrescido da multa de 50% prevista no art. 42, I, “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de outubro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO – REP. DA PGE/PROFIS