

PROCESSO - A. I. N° 269515.0113/07-8  
RECORRENTE - LUÍZA CERQUEIRA DOS SANTOS (FENÍCIA ELETRODOMÉSTICOS)  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n° 0059-01/08  
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS  
INTERNET - 24/07/2008

## 2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0204-12/08

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. CRÉDITO PRESUMIDO. MICROEMPRESA. DESENQUADRAMENTO. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PREVISTO PELA LEGISLAÇÃO. Comprovado o desatendimento à determinação regulamentar atinente ao uso do crédito presumido no caso de desenquadramento do SimBahia para o regime normal de apuração. Não acolhida a argüição de decadência. Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. PAGAMENTO DO IMPOSTO A MENOS. EXIGÊNCIA DA DIFERENÇA DO IMPOSTO. É devido o pagamento, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime de substituição tributária. Documentos acostados pelo sujeito passivo propiciaram revisão fiscal, com redução do valor do imposto devido. Mantida parcialmente a infração. Rejeitada a preliminar de decadência. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 27/06/2007, para cobrança de ICMS no valor de R\$58.869,43, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

1. utilizou crédito presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação tributária em vigor, no mês de abril de 2002, sendo cobrado o imposto no valor de R 50.964,58, acrescido da multa de 60%;
2. recolheu a menos o ICMS, na condição de empresa de pequeno porte, enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia – nos meses de dezembro de 2003, dezembro de 2004 e agosto a dezembro de 2005, sendo exigido imposto no valor de R\$3.387,84, acrescido da multa de 50%;
3. recolheu a menos o ICMS por antecipação tributária, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de julho de 2004, janeiro, julho e setembro a dezembro de 2005, sendo exigido imposto no valor de R\$4.517,01, acrescido da multa de 50%.

O autuado apresenta defesa, argüindo no que se refere à infração 1 a decadência da exigência, tendo em vista que o fato gerador ocorrido até 30/04/2002 estaria prescrito em 30/04/2007.

Quanto à infração 2, destaca que o autuante incluiu indevidamente na receita bruta do mês os valores relativos às devoluções e transferências, como comprovam as cópias do livro Registro de Apuração do período (fls. 63 a 76).

Com referência à infração 3, ressalta que não é cabível a cobrança do ICMS relativo à antecipação tributária concernente às Notas Fiscais de nºs 373.708 (Multibrás), 570.156 (Itatiaia), 485.647 e 10.627 (Movellar), 40.426 e 40.427 (Dacar), sem deduzir as devoluções em conformidade com as Notas Fiscais de nºs 1.180, 1.518, 1.804, 1.865 e 1.820.

Acrescenta que as notas fiscais emitidas pela TELASUL S.A., com alíquota de 17%, não tiveram repercussão em sua contabilidade, tendo em vista que o ICMS no período em referência fora recolhido pelo regime de apuração do SimBahia, sendo dispensados, por esse motivo, todos os créditos fiscais, e ainda, que o recolhimento do imposto relativo à antecipação tributária fora efetivado de acordo com acostados às fls. 77 a 99.

O fiscal autuante, em sua informação, quanto à infração 1, observa que a prescrição do direito à cobrança do crédito tributário ocorre em cinco anos, contados da data de sua constituição. Dessa forma, a prescrição somente ocorreria em 26/06/2012. Salienta que o caso em discussão se refere à decadência, que trata do direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário, observando que em conformidade com o disposto no art. 965, inciso I do RICMS/97, o referido prazo deve ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Assim, conclui que a decadência somente se daria a partir de 01/01/2008, enquanto que a constituição do crédito tributário se deu em 27/06/2007, não tendo ocorrido decadência, nem prescrição.

No tocante à infração 2, esclarece que tendo analisado a documentação juntada pela defesa concernente às devoluções e transferências (fls. 63 a 76), refez os cálculos referentes à apuração da receita bruta ajustada, excluindo os valores correspondentes, concluindo que inexiste o débito tributário inicialmente apontado.

Ao se referir à infração 3, afirma “*ter acatado a reivindicação do autuado referente às notas fiscais juntadas às fls. 77 a 87, relativas a devoluções de compra, que não haviam sido consideradas no levantamento, para fins de dedução, o que representou novos valores para essa infração.*

*Não concorda, entretanto, com as provas oferecidas às fls. 88 a 99, para amparar a alegação do impugnante de que a alíquota de 17% não tivera repercussão na sua contabilidade, nem quanto à argüição de que o imposto relativo à antecipação tributária fora recolhido. Ressalta que no período alcançado por essa infração o contribuinte realmente estava enquadrado como empresa de pequeno porte e não se aproveitara do crédito fiscal do ICMS destacado à alíquota de 17% nas notas fiscais emitidas pela empresa Telasul S. A. Esclarece que, no entanto, ao calcular o valor do imposto a recolher a título de antecipação tributária, o autuado se creditara do imposto destacado nos documentos fiscais, com base naquela alíquota e não com aquela cabível ao caso, que era de 7%, o que originou um recolhimento a menos de 10% sobre a base de cálculo constante daqueles documentos fiscais. Afirma que não há o que reformar no Auto de Infração em relação às notas fiscais da Telasul S. A.*

Concluindo, sugere que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, mantendo-se a infração 1 de forma inalterada, sendo excluído o débito relativo à infração 2 e reformando a infração 3, conforme demonstrado às fls. 101 a 106.

Notificado a respeito da informação fiscal, o autuado reprisando o seu entendimento relativo à infração 1, de que o prazo para a Fazenda Pública Estadual exigir o imposto se encontrava prescrito.

Diz que a infração 2 não mais existe, tendo em vista que seus argumentos foram aceitos pelo autuante.

No caso da infração 3, insiste que tendo a Telasul S.A. emitido as notas fiscais com a alíquota cheia sobre o valor de origem, não refletiu em sua escrita fiscal, tendo em vista que estando enquadrado no SimBahia, não se utilizava de crédito fiscal e que o ICMS correspondente à antecipação tributária fora recolhido, conforme provas anexadas à peça de defesa.

Em seu voto o julgador de Primeira Instância, quanto à alegada prescrição da cobrança dos créditos relativos aos fatos geradores ocorridos até 30/04/2002 (infração 1), sob a argumentação de que os referidos créditos se encontravam alcançados pela extinção, observa que, na realidade, o autuado pretendia se referir à decadência do direito de constituição do crédito tributário por parte da Fazenda Pública. Salienta que 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 de a 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. No presente caso, o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2003, estando o prazo final previsto para 31/12/2007. Como o lançamento ocorreu em 27/06/2007, não há o que se falar em decadência, e tem sido esse o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo do Acórdão da CJF, transcrevendo o voto do relator do processo.

Prosseguindo diz o julgador que essa infração versa sobre a utilização de crédito fiscal presumido do ICMS em valor superior ao permitido, considerando que tendo o contribuinte sido reenquadrado para o regime normal de apuração, deixou de atender as disposições vigentes à época, constantes do art. 408-B do RICMS/97, que transcreve:

*“Redação anterior dada ao art. 408-B, efeitos de 01/01/99 a 30/06/07:*

*“Art. 408-B. Na hipótese de alteração de inscrição, passando o contribuinte da condição de microempresa, de empresa de pequeno porte ou de ambulante para a condição de contribuinte normal, uma vez determinado o desenquadramento da condição anterior, deverá o contribuinte, no último dia útil do mês em que receber a comunicação do desenquadramento, efetuar o levantamento das mercadorias em estoque, especificando, separadamente:*

*I - as mercadorias cujas operações subsequentes sejam isentas ou não-tributadas;*

*II - as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos dos incisos II e IV do art. 353;*

*Redação anterior dada ao inciso III do art. 408-B, efeitos de 30/12/00 a 30/06/07:*

*“III - as demais mercadorias sujeitas ao ICMS, que não as referidas no inciso anterior, para fins de utilização do crédito fiscal a elas correspondente, a ser calculado mediante a aplicação da alíquota vigente no momento da aquisição, sobre o preço mais recente da mercadoria”*

*Redação anterior dada ao § 1º do art. 408-B, efeitos de 18/11/98 a 12/11/03:*

*“§ 1º O dia em que for efetuado o levantamento de que cuida este artigo servirá como referência na definição da data da efetiva alteração do regime de tributação determinado pela Fazenda Estadual”.*

*Redação anterior dada ao § 2º do art. 408-B, efeitos até 30/06/07:*

*“§ 2º A utilização do crédito a que se refere o inciso III deverá ser seguida de comunicação escrita dirigida à Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte”.*

*Redação anterior dada ao § 3º do art. 408-B, efeitos de 01/01/99 a 30/06/07:*

*"§ 3º O estoque apurado na forma deste artigo deverá ser lançado no Registro de Inventário, no prazo de 60 dias".*

Concluindo diz o julgador: *"Constato que tendo sido apurado pela fiscalização que o contribuinte não tivera atendido as determinações acima alinhadas, foi elaborado o demonstrativo de fl. 07, no qual são apontados os resultados encontrados, que correspondem ao saldo credor de ICMS aplicado sobre o inventário de 31/03/2002, o que indica que enquanto o autuado fazia jus a um crédito presumido de R\$ 9.902,31, se utilizara, de forma indevida, do crédito de R\$60.866,89, gerando, dessa forma, o montante do débito indicado de R\$ 50.964,58. Portanto, restou caracterizado o cometimento da infração 01".*

No que se refere à infração 2, em vista das provas apresentadas, o autuante, de forma acertada, efetuou os ajustes necessários, resultando na desconstituição da exigência tributária.

No que se refere à infração 03 ressalta o julgador que a exigência tributária tem previsão no art. 352-A do RICMS/97, que transcrevo em seguida:

*"Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição".*

Tendo o autuado acatado parcialmente a imposição fiscal, apresentando a comprovação de que as mercadorias haviam sido objeto de devolução parcial, com base nessas provas o autuante, acertadamente, elaborou novos demonstrativos, excluindo os valores relativos a tais operações, o que resultou em novo montante do débito apurado para o valor de R\$4.361,99.

Não acata, no entanto, a argumentação relativa às notas fiscais emitidas pela empresa TELASUL S.A., sediada no Estado do Rio Grande do Sul, no sentido de que houvera apurado o valor do imposto devido, inclusive computando os créditos destacados de forma equivocada pelo fornecedor com a alíquota de 17%, sob a alegação de que tal procedimento não repercutira em sua contabilidade.

Argumenta: *"Realmente as provas relativas ao recolhimento do ICMS estão carreadas aos autos, no entanto está claro que a maneira como foram realizados os cálculos representou em prejuízo à fazenda estadual, pois tomando-se como exemplo o documento de arrecadação de fl. 99, que se refere ao pagamento da antecipação tributária parcial concernente a um total de quinze notas fiscais, dentre as quais se encontram as de nºs 264.553 e 264.915 (elencadas na autuação), o recolhimento efetuado representou a cifra de R\$ 1.660,96, enquanto que o total do ICMS corretamente calculado relativo a apenas essas duas notas fiscais representa o total de R\$ 3.225,22. Enquanto isso, o recolhimento correspondente a esses dois documentos fiscais se resumiu ao valor de R\$ 468,60".*

Vota pela procedência parcial do Auto de Infração, sendo a infração 1 mantida integralmente, a infração 2 improcedente e a infração 03 parcialmente caracterizada no valor de R\$4.361,99.

Em sede de Recurso Voluntário o recorrente argui inicialmente preliminar de decadência, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, que estabelece a contagem do prazo de 5 anos a partir da ocorrência do fato gerador para os tributos por homologação. Transcreve Decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul.

Quanto à infração 1, afirma que não ocorreu qualquer irregularidade, por não haver sido utilizado o crédito presumido, já que a empresa encontrava-se enquadrada no regime de SimBahia, que estabelece percentuais específicos a serem aplicados, e que determinam o valor a ser recolhido pelo contribuinte. Acrescenta que a empresa não foi notificada do desenquadramento, ferindo-se, dessa forma, os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Referindo-se à infração 3, por se encontrar a empresa enquadrada no SimBahia, não há que se falar em utilização indevida de crédito fiscal, contestando a alegação de recolhimento a menor por antecipação, à razão de 10%.

Em seu Parecer a ilustre procuradora fiscal opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, argumentando inicialmente que as infrações não foram atingidas pela decadência, uma vez que o art. 150 do CTN estabelece o prazo decadencial de 05 anos, a contar da ocorrência do fato gerador, para a homologação tácita do ICMS, ressalvando, no entanto, em seu § 4º: “Se a lei não fixar prazo para a homologação”. Ocorre que a legislação baiana, respaldada em autorização legal, dispositivo citado, fixou o primeiro dia do exercício seguinte como o momento a partir do qual deve-se iniciar o prazo decadencial.

Afirma, ainda, que não se sustenta também o argumento recursal de que o prazo de cinco anos para a constituição definitiva do crédito tributário deve incluir o julgamento da defesa. Embora o CTN não expresse de forma objetiva o que se entenderia como constituição definitiva, o art. 151, III, estabelece a suspensão do prazo prescricional com a interposição de impugnação à autuação pelo contribuinte, concluindo-se, portanto, que a constituição do crédito tributário já ocorreu, pois é cediço que o prazo prescricional é posterior ao prazo decadencial, já que o primeiro refere-se à constituição do crédito e o segundo à sua exigência. Colaciona Decisão STJ sobre a matéria. Concluindo, entende que não se sustentam os argumentos recursais, já que a lei estadual, fundamentada na lei complementar, estabelece o prazo decadencial para a homologação do tributo como sendo de 5 anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte ao fato gerador.

Em relação à infração 1, o que está sendo exigido é o crédito fiscal utilizado equivocadamente por ocasião do desenquadramento do SimBahia, tendo verificado o autuante que a empresa não obedeceu às regras estabelecidas no art. 408-B do RICMS, creditando-se de valor superior ao permitido pela legislação.

Quanto à falta de notificação do desenquadramento, destaca que essa discussão, a essa altura, não tem relevância, posto o próprio contribuinte levantou o seu estoque e apurou o crédito que entendia ser legítimo, num ato de reconhecimento do seu desenquadramento.

Com relação à infração 3, os cálculos efetuados pelo contribuinte não estão em conformidade com a legislação aplicável, uma vez que foi utilizado o crédito à razão de 17%, em vez de 7%.

## VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar argüida, referente ao prazo decadencial, por se tratar de matéria pacificada neste Conselho de Fazenda, com fundamento em disposição expressa no art. 173, I do CTN, a mesma prevista também no art. 107-A, 1, do Código Tributário do Estado e no art. 955, I do RICMS/97, com respaldo no art. 150, § 4º do CTN, que assegura à legislação estadual fixar a contagem do prazo a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato gerador do crédito tributário. Também o argumento de que o prazo de 5 anos para a constituição definitiva do crédito tributário deve incluir o julgamento da defesa, não merece guarida, pois o art. 151, III do CTN estabelece a suspensão do prazo prescricional com a impugnação à autuação.

No mérito, com relação à infração 1 o fiscal autuante fundamentou a autuação no art. 96, I a X, do RICMS c/c o art. 124, pois ficou caracterizado que o contribuinte utilizou crédito de valor superior ao permitido na legislação.

Com relação à falta de notificação do desenquadramento, acompanho o entendimento da douta procuradora fiscal, que em seu opinativo destaca *“a inoportunidade da argüição, posto que o próprio contribuinte levantou o seu estoque e apurou o crédito fiscal que entendia ser legítimo, num ato de reconhecimento do seu desenquadramento”*.

Quanto à infração 3 o contribuinte utilizou o crédito fiscal de 17%, contrariando a legislação pertinente, que estabelece o percentual de 7%, importando em recolhimento a menos, à razão de 10%.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 269515.0113/07-8 lavrado contra **LUIZA CERQUEIRA DOS SANTOS (FENÍCIA ELETRODOMÉSTICOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$55.326,57**, acrescido das multas de 60% sobre R\$50.964,58 e 50% sobre R\$4.361,99, previstas no art. 42, incisos VII, alíneas “a” e I, “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de julho de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS